

**CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESION Y SU  
INCIDENCIA EN EL DERECHO COLOMBIANO**



**DAVID MATIZ PINILLA**

**Director: Pablo Márquez y Javier Eidelman Gonzáles**

**Presentado para optar al título de  
ABOGADO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS  
CARRERA DE DERECHO  
Bogotá D. C.  
2009**

Nota de Advertencia: **Artículo 23 de la Resolución No 13 de Julio de 1946**

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

<b>CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESION Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO COLOMBIANO .....</b>	<b>6</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>11</b>
<b>1. HISTORIA Y SURGIMIENTO DE LA CONTRATACIÓN EN MASA .....</b>	<b>14</b>
<b>2. CONTRATOS POR ADHESIÓN .....</b>	<b>18</b>
<b>2.1 CONCEPTO .....</b>	<b>18</b>
<b>2.2 DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO         POR ADHESIÓN ¿ES O NO ES UN CONTRATO?.....</b>	<b>23</b>
<b>2.3 PREDISONENTE VS ADHERENTE: UNA PERSPECTIVA         ECONÓMICA .....</b>	<b>27</b>
<b>3. CLÁUSULAS LEONINAS O ABUSIVAS.....</b>	<b>35</b>
<b>3.1 CONCEPTO .....</b>	<b>35</b>
<b>3.2 MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS         EN LOS CONTRATOS.....</b>	<b>39</b>
<b>3.3 CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA.....</b>	<b>52</b>
<b>3.4 CÓDIGO CIVIL .....</b>	<b>64</b>
<b>4. IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE COMO CRITERIO     INTERPRETATIVO DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS.....</b>	<b>69</b>
<b>5. ESTADO ACTUAL DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA Y     EVOLUCION JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>75</b>
<b>5.1 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.....</b>	<b>75</b>
<b>5.2 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>82</b>
<b>6. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PARA UNA REGULACIÓN DE LAS     CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA .....</b>	<b>88</b>
<b>6.1 LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y LA LIBRE INICIATIVA         ECONÓMICA .....</b>	<b>88</b>
<b>6.2 LA PROPIEDAD COMO DERECHO Y LAS LIMITACIONES         IMPUESTAS POR LA CONSTITUCIÓN DE 1991 .....</b>	<b>89</b>
<b>7. DERECHO COMPARADO.....</b>	<b>92</b>
<b>7.1 DIRECTIVA 93/13/CEE DEL CONSEJO EUROPEO DEL 5 DE ABRIL         DE 1993.....</b>	<b>92</b>
<b>7.2 CHILE .....</b>	<b>95</b>
<b>7.3 ARGENTINA .....</b>	<b>97</b>
<b>7.4 URUGUAY.....</b>	<b>100</b>
<b>7.5 EL ESPECIAL CASO DE PERÚ.....</b>	<b>102</b>
<b>8. CONCLUSIONES .....</b>	<b>109</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>117</b>

## **RESUMEN**

### **CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESION Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO COLOMBIANO**

El objetivo del presente trabajo consiste en evidenciar un problema que ha surgido a raíz del desarrollo de las relaciones económicas en los contratos debido a la Globalización y al gran cambio que se ha producido por las características del mercado actual.

Se pretende realizar un estudio acerca de cómo ha evolucionado la inclusión de las cláusulas abusivas en los contratos en el Derecho Civil y la relación que tienen las mismas con los contratos por adhesión y los demás contratos y cómo ha sido tratado el tema, especialmente en Colombia, por la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

A partir de estos conceptos se explicarán figuras tales como el Abuso del Derecho y el principio de la Buena Fe, desde el punto de vista de la jurisprudencia colombiana y la doctrina, temas que para la monografía en cuestión resultan de cardinal importancia

Se hará un estudio de Derecho Comparado para evidenciar cómo ha sido tratado el tema en otros lugares del mundo con el fin de otorgar herramientas que pueden servir en el futuro para el desarrollo legislativo y jurisprudencial en Colombia.

Por último, se comprobará la necesidad, cada vez mayor, de intervención del Estado en la regulación de los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas, para evitar que éstas últimas se conviertan en la regla general de la contratación moderna.

## INTRODUCCIÓN

Desde hace algún tiempo en el mundo se viene presentando el fenómeno de la globalización; es decir, la estandarización de los productos y servicios. En palabras de Stiglitz, la globalización “es la integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el dismantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y (en menor grado) personas a través de las fronteras”<sup>1</sup>. El mismo autor, afirma que este fenómeno de la globalización es fuertemente impulsado por “*corporaciones internacionales*”, que no solo fomentan el movimiento del capital y los servicios sino también la expansión de la tecnología. Son precisamente estos fenómenos esbozados por Stiglitz, los que promueven procesos de masificación a través de los países y sus fronteras. Hoy, la globalización se puede entender “como una creciente interdependencia económica entre todos los países, provocada por el aumento del flujo de bienes y servicios, de capitales y por la rápida difusión de la tecnología y de la información”<sup>2</sup>.

La interdependencia de las relaciones humanas en todos sus campos se convirtió en el hilo conductor de la actividad del hombre. Ahora todo es masivo, todo está relacionado, todo es inmediato. Esta tendencia ha invadido prácticamente todos los campos de la actividad humana, desde la producción de insumos primarios, hasta los sistemas de computación más avanzados. Pero este fenómeno también ha permeado el Derecho, y con él, la institución de los contratos.

---

<sup>1</sup> STIGLITZ, JOSEPH. *El malestar en la globalización*, 1ª ed., Taurus, Santa fe de Bogotá, 2002, pág. 34.

<sup>2</sup> MESA, MARTINEZ, CIRO. *La globalización y la doble tributación*, CEDE, centro de estudios en derecho y economía, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004, pág. 303.

El esquema clásico del contrato en donde las partes negociaban y regulaban sus relaciones jurídicas,, queda superado, y viene a ser reemplazado por lo que Raymond Saleilles llamó por primera vez *Contratos de Adhesión*<sup>3</sup>.

Los contratos de adhesión vienen a formar una parte importante de la contratación contemporánea debido a factores económicos y empresariales que responden en la medida de lo posible a las exigencias de rapidez y celeridad creadas actualmente por el mercado de los bienes y servicios. A medida que el mercado se desarrolla los empresarios y las firmas tienen que recurrir a modelos preestablecidos de contratos para agilizar sus actividades y reducir los costos de transacción<sup>4</sup> derivados de la contratación.

Los contratos por adhesión no son malos per se; por el contrario, con ellos se constituye una herramienta indispensable para adecuarse al ritmo acelerado al que está sometido el comercio de bienes y servicios hoy en día. El problema de los contratos de adhesión es que en ellos se presenten prácticas abusivas por el predisponente y se incluyan las denominadas cláusulas abusivas, término que ha sido objeto de constantes discusiones y debates doctrinales; y es precisamente al análisis de éstas cláusulas al cual se circunscribe el objeto de este trabajo. Lo que se pretende es estudiar el por qué se incluyen las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión y cómo se regulan actualmente, tomando como referencia legislaciones de varios países que cuentan con mecanismos de protección y limitación a estas practicas. También se estudiará detalladamente el desarrollo legal y jurisprudencial que ha tenido este tema en Colombia y su tratamiento actual para concluir con una propuesta de actualización de las normas sobre el mismo.

Es de tener en cuenta que el presente trabajo no tiene como finalidad establecer la solución al problema de las cláusulas abusivas, pues tal

---

<sup>3</sup> SALEILLES, RAYMOND. *La déclaration de volonté, Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Paris, LGDJ, 1929..

<sup>4</sup> COASE, RONALD. *La empresa, el mercado y la ley*, ed 1ª. Alianza Económica, Madrid, 1994, pág 37.

pretensión resultaría lejana e imposible, debido a la complejidad del tema; pero sí es un trabajo que puede aportar herramientas valiosas, para que algún día, el derecho colombiano pueda ocuparse de una manera adecuada de éste tema tan complejo para el cual no se ha podido encontrar una solución eficiente. Lo que se pretende en el presente trabajo, es evidenciar uno de los temas de mayor trascendencia en la contratación contemporánea: las cláusulas abusivas y su presencia en los contratos. Se ilustrará el tema de los contratos por adhesión, ligándolo a la presencia de las cláusulas abusivas, y también, se estudiarán aspectos relacionados con las características, elementos y naturaleza jurídica de esta forma particular de estipulaciones, para concluir que, la presencia del Estado en la regulación de la contratación moderna (masiva), es indispensable para evitar que, por las condiciones del mercado, las cláusulas abusivas se conviertan en la regla general.

## 1. HISTORIA Y SURGIMIENTO DE LA CONTRATACIÓN EN MASA

En el mundo, desde los primeros códigos del Derecho Positivo en el Derecho Continental tal como ocurrió en países como Francia con el Código Civil de 1804, expedido por la orden de Napoleón, se ha vislumbrado una marcada tendencia hacia el fortalecimiento de la autonomía de la voluntad privada, que en estas épocas, integraba el pilar fundamental de las relaciones comerciales y civiles contractuales; esto se puede evidenciar en el alto contenido de normas dispositivas que se consagraron en el Código citado, supletoriamente a la voluntad de las partes. Según Santos Ballesteros<sup>5</sup> en la Edad Media, y aún hoy en día, se le otorga a la voluntad de las partes, máxima autoridad en sus relaciones contractuales, sin perjuicio de que por “estable que sea una materia jurídica hay que convenir en que las transformaciones sociales repercuten profundamente en su misma naturaleza”<sup>6</sup> De esta marcada tendencia, por ejemplo, se puede citar el artículo 1602 del Código Civil colombiano que establece que: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Además, esta tendencia proviene claramente de la tradición civilística francesa que más tarde vino a influir muchos de los códigos expedidos en Latinoamérica, como son los códigos Chileno y Colombiano, de los cuales el primero es pilar fundamental del segundo. Mediante este mecanismo, son las partes las que crean las normas y leyes que regirán sus contratos.

De esta manera, las legislaciones liberales abrieron el camino al principio de la autonomía de la voluntad privada y, de paso, les otorgaron a los particulares un gigantesco campo de actuación y de creación de sus propias relaciones contractuales, como legisladores y creadores de sus propios contratos.

---

<sup>5</sup> BALLESTEROS, JORGE. *Instituciones de responsabilidad civil*. Tomo I. 2ª ed. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Santa fe de Bogotá. 2006, pág. 91.

<sup>6</sup> *Ibíd.*, pág. 91.



El problema surge por cuanto al consagrar estos principios rectores de los contratos, las legislaciones partieron de un modelo de contratación que presumía una igualdad entre las partes, una igualdad fáctica, en donde dos contratantes podían sentarse a negociar y discutir en igualdad de condiciones las estipulaciones y cláusulas de sus contratos. Pero esto hoy en día, contemplando las relaciones comerciales y contractuales contemporáneas, es de difícil ocurrencia debido a la gran rapidez y movilidad que caracteriza el mercado de relaciones jurídicas actuales. En muchas ocasiones los empresarios se ven atraídos hacia mecanismos que reduzcan costos de transacción al contratar y que sirvan de modelo o base para desarrollar sus negocios por medio de ellos, para evitar tener que negociar las condiciones del negocio con cada persona en particular lo cual resultaría excesivamente oneroso y también haría imposible el desarrollo normal de sus negocios.

Este concepto de la autonomía de la voluntad privada, consagrada en los códigos liberales del siglo XIX, se viene criticando por un sector amplio de la doctrina, utilizando argumentos tales como que en los sistemas jurídicos contemporáneos, las normas jurídicas contractuales parten del supuesto de que las partes son iguales, es decir, que entre ellas existe una equivalencia de condiciones económicas, jurídicas e informativas. “El mecanismo tradicional ideado por el Derecho para hacer posible el intercambio de bienes y de servicios es la institución central del contrato. Este paradigma de contrato, al que se puede denominar “*contrato por negociaciones*”, es el resultado de una serie de tratos preliminares, conversaciones, discusiones y forcejeos, que plasman finalmente en declaraciones concordes”<sup>7</sup>. En el mismo texto se complementa lo anterior estableciendo que “ese modelo de contrato se aviene con personas que sólo contratan esporádicamente o con empresarios con un modelo de producción artesanal que sólo opera sobre pedidos; o cuando se trata de prestaciones sumamente diferenciadas y particularizadas, como ocurre, p.ej., cuando se encarga a una empresa constructora la construcción de

---

<sup>7</sup> ALTERINI, ATILIO ANÍBAL. *Instituciones de derecho privado. Contratación Contemporánea: Contratos Modernos derecho del Consumidor*. Ed. Temis, Bogotá, Colombia pág. 42.

un edificio. Sin embargo, lo anterior no concuerda con la contratación de prestaciones que hoy se producen masivamente”<sup>8</sup>.

*“La dinámica interna del capitalismo- reducción de los costos, realización del beneficio- determina el fenómeno de la producción en masa de bienes y servicios y la necesidad de una ampliación o ensanchamiento del círculo de los posibles clientes o destinatarios de los bienes y servicios producidos. El empresario, en el capitalismo avanzado, tiene que llevar a cabo una producción masiva, determinada con la mayor probabilidad posible antes de conocer el mero real de los eventuales clientes, a los que es necesario captar a través de fenómenos muy singularizados como el marketing y la publicidad”<sup>9</sup>.*

La manera de concebir la autonomía de la voluntad privada ha cambiado. Ésta hipótesis la sustentan muchos autores argumentando que “esta manera de concebir la autonomía y sus limitantes no podía permanecer estática con la evolución del Derecho ocasionada por las grandes transformaciones de la vida social y del mundo económico”<sup>10</sup>. A diferencia de algunos países del mundo como Italia<sup>11</sup> y Perú<sup>12</sup>, el concepto del principio de la autonomía de la voluntad privada en Colombia sigue teniendo la misma consagración legal de antaño; la única limitación que encuentran las partes para contratar en Colombia son el orden público y las buenas costumbres, pudiendo realizar todo lo que no se encuentre por fuera de éstos límites. Según la ley 153 de 1887, “la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva”<sup>13</sup>. Predicar que estos postulados se sigan aplicando a una

---

<sup>8</sup> Ibíd., pág. 42

<sup>9</sup> Ibíd., pág. 42.

<sup>10</sup> ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO. *Contratos Mercantiles*. Biblioteca Jurídica DIKE, Bogotá. 2003. pág. 48.

<sup>11</sup> El Código Civil Peruano en su artículo 1353 dice lo siguiente: “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo” En este artículo se puede observar claramente el alcance de la limitación que se hace al principio de la voluntad privada, ya que cualquier estipulación que viole o que se contradiga con una norma de carácter imperativo anulara la voluntad manifestada por las partes.

<sup>12</sup> El Código Civil Italiano establece que: “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y por las normas corporativas”.

<sup>13</sup> El artículo 13 de la ley 153 de 1887 fue demandado en acción pública de inconstitucionalidad por considerarse violatorio de la Carta Política de 1991. En esa ocasión el honorable tribunal declaró el artículo exequible en el entendido que la expresión “moral cristiana” significa “moral general” o “moral social”. Sentencia C-224 de Mayo 5 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

realidad económica como la que presenta el mundo actual es una posición un tanto ingenua debido a que, cada vez más, las relaciones comerciales y civiles de toda índole se vuelven más ágiles, más masivas y por ende requieren un control más adecuado por parte de los Estados. Aunque los postulados sobre los que fue inspirado el ordenamiento del derecho privado han sido pilares fundamentales en materia contractual, y sin pretender dejarlos de lado, es necesario adaptarlos y permitir su adecuación a la realidad económica actual. Incluimos las relaciones comerciales debido a que cuando fue creado el Código de Comercio, no tocó ningún postulado de la autonomía de la voluntad privada dejándole incólume y limitándose en este tema a realizar la remisión a las normas del Código Civil<sup>14</sup>.

Es así que los argumentos anteriormente expuestos generan un conjunto de erosiones al paradigma tradicional del contrato entendido como negociación expuesto en la mayoría de códigos liberales.

Una vez establecido el nacimiento del fenómeno de los contratos masa y explicadas las razones históricas y económicas que dieron pie para su formación, podemos adentrarnos en el estudio del concepto de esta particular especie de los contratos, para luego explicar la relación entre ellos y las cláusulas abusivas.

---

<sup>14</sup> El Código de Comercio establece en su artículo 1 y 2 lo siguiente: “Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”.

En el artículo segundo establece que: “en las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil”. Debido a que el Código de Comercio no quiso meterse con el principio de la voluntad privada y no lo reguló se da una remisión a las normas del Código Civil.

## **2. CONTRATOS POR ADHESIÓN**

En la actualidad es común que se presenten contratos por adhesión en las relaciones económicas y contractuales; si deseamos contratar con un banco, ya sea para abrir una cuenta o solicitar un crédito, sólo podemos aceptar las estipulaciones que nos plantea el formato realizado previamente por el banco y la única oportunidad de manifestar nuestra voluntad es aceptar o no aceptar dicho formato. Lo mismo ocurre en el campo de los seguros, en el cual los contratos de las grandes empresas aseguradoras ya han sido formados y al asegurado sólo se le deja la oportunidad de contratar o no, es decir, aceptar o no aceptar.

Otro ejemplo lo encontramos en el contrato de transporte, en el cual las partes no tienen la posibilidad de sentarse a estudiar y negociar las cláusulas del contrato por la rapidez con la que se requiere el servicio. Por último, podemos citar el caso de la contratación de telefonía móvil celular, campo en el cual es de reiterada ocurrencia que las empresas abusen de su posición y sus derechos para establecer cláusulas en desmedro de los derechos del consumidor; en muchos de los casos el consumidor ni siquiera se percata de la presencia de éstos abusos, aceptando las estipulaciones contenidas en el contrato ofrecido.

Los anteriores son sólo algunos ejemplos de las situaciones del mundo actual en las que nos podemos encontrar ante un contrato de adhesión y ante la inclusión de una cláusula abusiva. Por la importancia y la amplia presencia de estos contratos en nuestras vidas es necesario estudiar la figura en detalle como a continuación se expone.

### **2.1 CONCEPTO**

En Colombia no existe una definición legal que establezca lo que se considera como un contrato de adhesión; este tema ha sido tratado en su mayoría por la

jurisprudencia y la doctrina, pero sin llegar a la unanimidad. Diversos autores han tratado el tema, pero no se ha llegado a un consenso en el concepto; es mas, algunos autores evitan dar definiciones precisas o completas por la misma variedad de opiniones doctrinarias que sobre el tema han surgido. Por ejemplo, Ospina Fernández se limita a expresar que los contratos por adhesión son llamados así “por cuanto uno de los contratantes se limita a prestar su adhesión a las condiciones impuestas por el otro”.<sup>15</sup>

En la doctrina generalizada se ha aceptado por la mayoría de autores que la primera vez que se introdujo el concepto de contrato por adhesión al léxico jurídico fue por Raymond Saleilles<sup>16</sup> quién estableció que “indudablemente hay contratos, y existen unos predeterminados contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica esta aún por hacer , se le podría llamar, a falta de otra denominación mas adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes actuando como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya solo al individuo, sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su *lex contractus* y entrar a formar parte del acuerdo ya creado por si mismo”<sup>17</sup>.

Otro concepto, este si de carácter legal, es el establecido en el Código Civil Peruano en el artículo 1390 según el cual: “El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”.

Por otro lado la jurisprudencia colombiana ha establecido lo siguiente en cuanto a la naturaleza de este tipo de contratos:

---

<sup>15</sup> OSPINA FERNANDEZ, GUILLERMO. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* Temis, 6ª ed. 2000. p. 68 - 69

<sup>16</sup> SALEILLES, RAYMOND. *La déclaration de volonté. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Paris, LGDJ, 1929.

<sup>17</sup> SALAZAR, DIEGO. *Una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual. Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión*. En: Revista de derecho privado. Universidad de los Andes. Facultad de derecho. Bogotá, 2006,..

*...Ciertamente es que si el contrato implica necesariamente el concurso de voluntades de las partes, parecería lógico la exigencia de que su celebración debiera realizarse siempre previa discusión entre estas de todas y cada una de las cláusulas que lo integran, en forma tal que dichas cláusulas fueran elaboradas conjuntamente por todos los contratantes.- Sin embargo, en el comercio moderno es frecuente el caso de que dos personas lleguen a encontrarse vinculadas por un contrato, sin que con anterioridad se haya desarrollado ese proceso preliminar de discusión sobre las cláusulas y condiciones del mismo. Ordinariamente ocurre esto en puntos de transportes, seguros (se subraya), compraventa en los grandes almacenes, espectáculos, servicios públicos, etc., pues las grandes empresas que se dedican a estos ramos suelen fijar, por sí solas, sus precios y condiciones, ofreciéndolos al público sin admitir que persona alguna entre a discutirlos, sino simplemente a manifestar si los acepta o no. Esta nueva forma de contratación, puesta por complejidad comercial y económica, ha dado lugar a la distinción entre los contratos preestipulados y los contratos por adhesión, llamados así estos últimos, por cuanto uno de los contratantes se limita a prestar su adhesión a las condiciones impuestas por el otro.<sup>18</sup>*

Antes de cerrar el capítulo correspondiente a los contratos por adhesión, resulta necesario exponer, como antecedente de este tipo de contratos y de las cláusulas abusivas, lo que hoy se conoce como “condiciones generales de contratación”. Para ilustrar el tema, se puede citar el Código Civil argentino, que en su artículo 1932 establece lo siguiente: “Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”. Carlos Alberto Soto Coaguila, autor de varios documentos académicos en materia de contratos por adhesión, cláusulas abusivas y condiciones generales de contratación, ha expresado con respecto a estas últimas que “las cláusulas generales de contratación son un conjunto inmutable de cláusulas o condiciones redactadas de forma previa y unilateral por una persona natural o jurídica, con la finalidad de fijar las condiciones de una serie indefinida de futuros contratos particulares, cada uno de los cuales

---

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 21 de marzo de 1977; Magistrado Ponente Dr. José María Esquerri Samper.

tendrá sus propios elementos”<sup>19</sup>. Como se explicó en el capítulo correspondiente a los contratos por adhesión, en las economías modernas la producción y comercialización de los bienes y servicios (también la tecnología), ha generado la proliferación de contratos masivos para evitar lo que Ronald Coase ha llamado “costos de transacción”. Lo anterior conlleva a que se utilicen formularios preimpresos que son redactados previamente por la empresa y que contienen estipulaciones desfavorables para los consumidores, generando disposiciones que son abiertamente favorables a sus propios intereses. En cuanto a esto, Jaime Alberto Arrubla ha expresado lo siguiente:

*“En este proceso hacia el contrato, es manifiesto que si el rol de la voluntad del consumidor queda reducido a nada, no participa en lo que será el esquema o contenido del contrato. La etapa de formación del negocio queda reducida a un esquema preimpreso que el contratista detentador de la <fuerza económica> ha preparado con debido cuidado, y viene utilizando con anterioridad, y piensa utilizarlo en el futuro. Será la práctica y algunos fallos judiciales desfavorables a sus intereses, los que le inviten en un futuro a incluir algunas modificaciones que seguramente realizará su departamento jurídico, pero en las cuales no intervendrá ninguno de los consumidores”<sup>20</sup>*

Los contratos de adhesión a cláusulas generales de contratación,<sup>21</sup> constituyen el terreno perfecto sobre el cual pueden llegar a presentarse la mayoría de las cláusulas abusivas. Esto, se puede evidenciar citando la doctrina de la Superintendencia Financiera que en su momento expresó que:

*“El contrato de adhesión, conocido igualmente como contrato-tipo o de condiciones generales, es definido por la doctrina como aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los contratantes de manera que la contraparte no pueda modificarlas ni hacer cosa distinta que aceptarlas o rechazarlas. En este tipo de negocios la parte que aprueba el texto de las cláusulas redactadas por la otra no interviene en la formación del contenido*

---

<sup>19</sup> SOTO, COAGUILA, CARLOS ALBERTO. *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*, Universitas No. 106, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, diciembre 2003, Bogotá, pág. 577.

<sup>20</sup> ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO. *Contratos mercantiles*, tomo III, contratos atípicos, 7ª ed., 2008 Bogotá D.C., pág 78 y 79.

<sup>21</sup> Así los han llamado algunos autores, entre ellos Jaime Alberto Arrubla Paucar.

*contractual y el vínculo jurídico se establece por el simple acto de aceptación o adhesión al esquema predeterminado unilateralmente*<sup>22</sup>.

“Esta forma de contratar se impone al consumidor o usuario para que tome o deje el contrato sin que pueda discutir sus motivos. En muchas ocasiones, tendrá que aceptarlo aun contra su voluntad, porque la empresa es monopolista o porque la competencia tiene exactamente las mismas formas contractuales”<sup>23</sup>. La existencia de las condiciones generales de contratación, permite al adherente unir su consentimiento a un contrato que ha sido previamente elaborado por la otra parte, y a él, solo le resta aceptar o no el clausulado. Es por esta razón que, la doctrina ha identificado uno de los problemas que esta modalidad de contratación trae consigo, como lo es el de la presencia de cláusulas abusivas. “También ocurre la presencia de cláusulas técnicas establecidas por el estipulante, quien conoce perfectamente su oficio y que son una desventaja para el adherente, que es un hombre medio y no las entiende”<sup>24</sup>. Una vez entendida la relación existente entre las cláusulas generales de contratación, los contratos por adhesión y las cláusulas abusivas, podemos adentrarnos en el estudio de estas últimas, no sin antes exponer la discusión acerca de la naturaleza de los contratos por adhesión que se estudiará en el numeral 2.2 de este trabajo. Pero más que proponer una definición, este trabajo pretende analizar y estudiar las cláusulas abusivas que se presentan en los contratos de ésta índole y por lo tanto, nos basaremos en la definición propuesta por el profesor Diez Picazo según el cual los contratos por adhesión “son todos aquellos en que existe una previa prerredacción unilateral del contrato que es obra de una de las partes contratantes, por medio de formularios, impresos, pólizas o modelos preestablecidos y a la otra solo le es permitido declarar su aceptación o eventualmente su rechazo”<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, Concepto No. 2007001302-001, emitido el 23 de febrero de 2007.

<sup>23</sup> ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO. *Contratos mercantiles*. ob. cit, pág. 79.

<sup>24</sup> *Ibíd.* pág. 82.

<sup>25</sup> DIEZ – PICAZO, LUIS. *Introducción, Teoría del contrato. Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 4ª ed., Madrid: Ed Civitas, 1993, pág, 139.



## 2.2 DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO POR ADHESIÓN ¿ES O NO ES UN CONTRATO?

En la doctrina es bien conocida la discusión que existe frente a la naturaleza jurídica de los contratos por adhesión o preestipulados. Esta discusión genera una tensión entre dos posiciones opuestas entre dos sectores de la doctrina. La primera posición, “ha inducido a varios tratadistas del derecho público y a unos pocos civilistas a negar su índole contractual. Para ellos, el llamado contrato *por adhesión* es un acto jurídico unilateral, en que el único y verdadero agente, generalmente una poderosa empresa, al emitir una voluntad reglamentaria, impone su decisión a otra persona que, por consiguiente, sólo desempeña un papel pasivo en la operación”<sup>26</sup>. Una persona que generalmente se ha denominado “*parte débil o adherente*” por verse sometido a aceptar en la totalidad las estipulaciones y cláusulas contractuales que su predisponente establezca en el contrato.

Por el contrario, el sector mayoritario de la doctrina, con autores como Ospina Fernández, Saleilles y Díez Picazo entre otros, y sector por el que nos inclinamos en el presente escrito, sí acepta, a todas luces, que el contrato por adhesión es un contrato.

Para entender mejor la presente discusión, es necesario hacer mención de ella y explicar los argumentos principales que sustentan que sí estamos en la presencia de un acuerdo de voluntades con todas sus características y elementos; si es claro que existe una manifestación de acuerdo entre las partes, entonces, será mucho más fácil estudiar y analizar un tema de radical importancia que se presenta en este tipo de contratos por adhesión: el de las cláusulas abusivas.

---

<sup>26</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 6ª ed., Bogotá, Temis, 2000, pág. 68.

Entremos pues, al estudio de la posición planteada. Según el “Diccionario Jurídico Colombiano” de Bohórquez y Bohórquez, en materia de contratos, adhesión es el consentimiento de una de las partes a las cláusulas de la convención, las cuales han sido realizadas sin su participación por la contraparte, y cuyo contenido no admite discusión de su parte. Éste se ve obligado a aceptarlas o rechazarlas en su totalidad<sup>27</sup>. Se entiende, entonces, por adhesión, prestar el consentimiento, es decir, manifestar la voluntad para aceptar las condiciones preestablecidas por la contraparte en el contrato, y así, producir efectos jurídicos directa y reflexivamente. Otra cosa, es que el adherente no esté en la capacidad económica o jurídica de negociar el contenido preestipulado por la contraparte, y en cualquier caso esta característica de los contratos por adhesión en nada influye para no tenerlos por tales.

La mayoría de los tratadistas civiles niegan la postura de no atribuirle al contrato de adhesión su naturaleza contractual porque en ningún momento, en las definiciones de las diferentes legislaciones del contrato, se establece como requisito para su existencia o validez que exista una negociación del contenido por parte de los sujetos contratantes. Por lo tanto, “para que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o mas personas concurren a su formación, y poco importa que, al hacerlo, una de ellas se limite a aceptar las condiciones impuestas por la otra; aun así, aquella ha contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo”<sup>28</sup>.

Pero también la doctrina ha establecido que “el contrato es el acto jurídico bilateral intencionalmente dirigido a producir obligaciones”<sup>29</sup> de lo cual se sigue que tiene que existir intención, es decir voluntad manifestada, para que el

---

<sup>27</sup> BOHÓRQUEZ, LUIS FERNANDO Y BOHÓRQUEZ B, JORGE IVÁN, *Diccionario Jurídico Colombiano*. Editora Jurídica Nacional, Bogotá, 2004. Tomo I.

<sup>28</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 6ª ed., Bogotá, Temis, 2000, pág. 68.

<sup>29</sup> CUBIDES CAMACHO, JORGE. *Obligaciones*. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 4 ed. Bogotá, 1999. pág. 226.

contrato entre al universo jurídico y produzca sus efectos, y no vemos como un contrato de adhesión puede crearse, es decir, nacer a la vida jurídica, si no existe la aceptación, así sea limitada, del adherente. Como se dijo antes, la “*parte débil*” es en últimas la que decide si adhiere su voluntad al contrato o no. Por las anteriores razones, queda suficientemente sustentado el por qué el contrato de adhesión, sí es un contrato, en el cual, aunque limitada, existe una manifestación de voluntad por parte de las partes negociantes. Como lo ha dicho la jurisprudencia en algunos de sus fallos:

*...Los contratos de adhesión sí tienen real y efectivamente el carácter de verdaderos contratos. Contratos especiales quizá y que por este concepto merecen una interpretación particular, pero contratos al fin porque el individuo conserva la voluntad de no contratar; si contrata es porque quiere. El individuo es libre para no comprometerse pero una vez comprometido, esta obligado a respetar su decisión.<sup>30</sup>*

Por lo tanto, esta será la posición asumida a lo largo del desarrollo del presente análisis, debido a que, para entender el tema de la presencia de las cláusulas abusivas en los contratos, resulta de vital importancia considerarlo como un contrato, como se verá mas adelante.

Para comprender mejor el concepto de un contrato por adhesión, es preciso citar algunos ejemplos de la contratación contemporánea, porque en la actualidad, es normal que nos encontremos celebrando múltiples contratos por adhesión y que ni siquiera seamos conscientes de ello. Esto, porque el desarrollo económico de la sociedad ha dado un giro importante hacia la racionalización de los costos de producción, incluidos los costos de transacción<sup>31</sup> al momento de contratar. Según Ronald Coase, en el intercambio mercantil y en las relaciones contractuales existe algo que se llama costes de

---

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia Caso Civil de 8 de Mayo de 1974.

<sup>31</sup> Según Coase “para llevar a cabo una transacción de mercado se hace necesario descubrir con quién se quiere hacer un trato, informar a las personas correspondientes que se intenta llegar a un arreglo y los términos del mismo, concretar negociaciones para alcanzar un acuerdo satisfactorio, redactar un contrato, realizar inspecciones para comprobar que se cumplen las condiciones estipuladas”. En resumen, éstos son los costes de transacción mencionados por Coase y que marcan la pauta para la aparición de las empresas, ya que éstas desean reducirlos al máximo con un sistema organizado de contratación.

transacción, los cuales están presentes en todas las transacciones mercantiles que se realicen en el mundo real. Si celebro un contrato, primero debo buscar con quién hacerlo; al encontrar con quién hacerlo, debo celebrarlo e incurrir en los gastos que esto implica y después de celebrarlo debo vigilar que me lo cumplan. Si no me lo cumplen debo acudir a los mecanismos establecidos en las leyes para hacerlos cumplir, debo informarme y contratar un abogado. Todas las anteriores situaciones, según el profesor Coase, generan algún tipo de costos y vuelven el intercambio de bienes y servicios una actividad socialmente menos rentable. Por lo anterior, surgen las organizaciones, para masificar los procesos de contratación y facilitar y reducir dichos costes, creando mecanismos que solucionan lo costoso de tener una contratación particular con cada cliente. En palabras de Coase: “Fuera de la empresa, los movimientos de precios determinan la producción, que es organizada por una serie de transacciones de intercambio en el mercado. Dentro de la empresa estas transacciones mercantiles son eliminadas y, en lugar de la complicada estructura del mercado, aparece el empresario coordinador, quien dirige la producción”<sup>32</sup>.

Y es que es así, porque concebir hoy en día una sociedad sin mecanismos que permitan realizar contrataciones masivas es imposible, porque las empresas y los productores requieren de mecanismos ágiles y eficientes para ofrecer y vender sus productos a la sociedad de manera rápida y con bajos costos. Para ilustrar algunos casos en los que a diario contratamos mediante esta modalidad, podemos referirnos al contrato que celebramos en los parqueaderos, en los cuales sólo existe un tiquete en el cual se establecen estipulaciones realizadas por el prestador del servicio, sin mediar la negociación de las partes, porque al usuario no se le permite entrar a discutir las condiciones del contrato. Pero esta práctica no siempre trae consigo ventajas, ya que un observador atento, como ha ocurrido en muchos casos, puede darse cuenta de que existen cláusulas que eximen de responsabilidad al prestador del servicio; en estos términos, no es extraño que se encuentren

---

<sup>32</sup> COASE, RONALD. *La empresa, el mercado y la ley*, ed. 1ª. Madrid, 1994, pág. 39.

manifestaciones tales como: “el parqueadero no se hace responsable por robo o daños ocasionados al vehículo, ni por la pérdida o robo de objetos dejados dentro del mismo”.

Lo anterior revela un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor, debido a que el prestador del servicio prácticamente se está eximiendo de toda responsabilidad por el vehículo, y sólo está permitiendo u otorgando el derecho de aparcar, excluyendo de la relación contractual todas las obligaciones y deberes contractuales que la naturaleza del contrato le exigen. Lo anterior genera una ruptura de la naturaleza del contrato y por lo tanto exige, por un lado, una protección al consumidor y, por otra, una intervención estatal.

Otros ejemplos de éste tipo de contratos son: los celebrados en el campo del transporte, en los supermercados, en los contratos de telefonía celular y especialmente en los contratos de cuentas bancarias, en donde es imposible discutir la tasa de interés o cualquiera de las estipulaciones del contrato. Aunque existen múltiples escenarios en los que se presentan estos contratos, sólo se citan los más reconocidos por la doctrina, ya que, es sobre ellos que se hace mención en los documentos académicos.

### **2.3 PREDISPONENTE VS ADHERENTE: UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA**

Hasta ahora se ha visto que los contratos por adhesión tienen ciertas características o elementos que los configuran como tales: una parte fuerte y una débil, que el contrato tiene que ser redactado unilateralmente por el predisponente, y por último, que el contenido del mismo es impuesto al adherente por parte del predisponente, vetándolo de cualquier posibilidad de negociación. Cabe preguntarse entonces ¿cómo afecta la existencia de éstos contratos la posición del adherente o parte débil del contrato?

Para responder a este interrogante se hace mención del estudio de Diego Salazar, en donde el autor manifiesta que al existir contratos por adhesión, los particulares están en la imposibilidad de adquirir la información necesaria para evitar vincularse a éste tipo de contratos. Los costos de transacción se elevarían por encima del precio a contratar y entonces haría imposible la contratación. El efecto producido en las empresas que utilizan éste tipo de contratación, son manifestaciones abusivas o que benefician sólo al predisponente sin ningún tipo de restricción<sup>33</sup>. De lo anterior se puede decir que las empresas o las grandes firmas se aprovechan en forma ilimitada y sin restricción alguna, de su posición económica y contractual, porque les resulta fácil hacer un uso indebido de la desinformación de los consumidores. Así las cosas, es claro que cuando existen asimetrías de información entre los contratantes en el mercado, la parte fuerte del contrato, o aquella que cuenta con una posición ventajosa en la relación contractual o precontractual se inclinará por imponer estipulaciones abusivas que rompan con el equilibrio normal del contrato, y que gravan injustificadamente al adherente.

**2.3.1 La teoría de Todd Rakkof: una perspectiva económica.** Rakoff atribuye la utilización de la contratación estandarizada y las tensiones entre el adherente y el predisponente a cuatro (4) factores que serán explicados en el acápite siguiente y que él denomina como *la firma*<sup>34</sup> y *el mercado, la forma estandarizada y la firma, la forma estandarizada y el adherente*, y por último, *el poder de la forma estandarizada*. Aunque el tema de la firma (empresa) es tratado aquí desde la perspectiva de Rakoff, el primer autor en hablar de la empresa como una figura de indiscutible importancia para el estudio económico de la sociedad fue Ronald Coase. Según el autor citado, la empresa ha sido olvidada por los analistas económicos y su importancia para el mercado ha sido dejada a un lado; lo que intenta Coase es atribuirle a la empresa la relevancia

---

<sup>33</sup> SALAZAR, DIEGO. *Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual*. En: Revista de Derecho Privado. (Dic.2006). Universidad de los Andes. Facultad de derecho, pág. 26.

<sup>34</sup> Para los efectos de este trabajo los conceptos de firma y empresa se trataran como sinónimos. Para profundizar el concepto de la firma (empresa) ver COASE, RONALD. *La empresa, el mercado y la ley*, ed 1ª. Alianza, Madrid, 1994.

que de verdad tiene en el análisis económico del mercado. Coase define la empresa de la siguiente manera: “una empresa, por lo tanto, consiste en un sistema de relaciones que aparece cuando la dirección de recursos depende de un empresario”<sup>35</sup>. Uno de los argumentos con los que Coase fundamenta la existencia de las empresas consiste en que “el funcionamiento del mercado cuesta algo y que al formar una organización y permitir a una autoridad (al empresario) dirigir los recursos, se ahorran algunos costes para operar en el mercado”<sup>36</sup>.

También resulta interesante analizar la razón que da pie a la forma organizativa de las empresas para reducir costos de transacción desde el punto de vista societario. Esta es la institución legal que permite a los particulares organizar su capital, unir esfuerzos con otros para constituir una sociedad y eventualmente percibir utilidades; la sociedad se ha convertido en el vehículo actual de desarrollo de la actividad económica. De allí la importancia de su análisis desde esta perspectiva. Según el profesor Francisco Reyes Villamizar, autoridad de gran reconocimiento en materia societaria:

*...Desde la perspectiva económica, la justificación del desarrollo de empresas por medio de formas societarias, encuentra respaldo en la comparación entre los costos de gestión que debe soportar el empresario que se organiza bajo alguno de los tipos de sociedades. Es evidente que en toda actividad económica los costos que se derivan de la producción se reflejan de modo distinto, según la forma de organización que se tenga. Una primera aproximación permite comparar los beneficios o dificultades que ofrece un esquema de negocios simple respecto de una actividad organizada bajo una forma asociativa<sup>37</sup>.*

Resaltada la importancia de la empresa para el estudio de los contratos masivos desde la perspectiva económica de Coase y desde la perspectiva

---

<sup>35</sup> COASE, RONALD. *La empresa el mercado y la ley*. Ed. Alianza Económica. ob, cit., pág.

38.

<sup>36</sup> Ibíd. pág. 38

<sup>37</sup> REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. *Derecho Societario*. Bogotá: Ed. Temis S.A., 2002. pág. 3

- 4.

societaria, proseguimos a utilizar las relaciones existentes entre las diferentes variables en el mercado, relaciones planteadas por Rakoff.

**2.3.1.1 La firma y el mercado.** Según Rakoff la firma constituye una organización de factores desde la producción de insumos primarios hasta la venta y distribución de productos finales. Es así, que las grandes organizaciones prefieren utilizar mecanismos estandarizados para garantizar una organización administrativa interna, sin incurrir en altos costos de transacción. Las firmas recurren a la estandarización de las cláusulas contractuales debido a que esto les significa una reducción elevada en los costos de transacción, al tener las mismas cláusulas en todos los contratos que celebran, y con éste mecanismo evitan la incertidumbre que puede surgir de la diversidad de contratantes, pero esto hace que algunas de la estipulaciones resulten desfavorables al adherente. “Por lo tanto, la estandarización ayuda a ahorrar dinero, y lleva a estabilizar o controlar las relaciones en el mercado, y gracias a la ayuda del abogado, lo cual explica adecuadamente por qué las formas estandarizadas con frecuencia tienen términos complejos que no son favorables para el adherente”<sup>38</sup>.

**2.3.1.2 La forma estandarizada y la firma.** En este punto Rakkoff afirma que al interior de las empresas se requieren mecanismos aptos para proveer un funcionamiento adecuado de los procesos administrativos, lo cual se logra por medio de coordinación y establecimiento de departamentos y jerarquías. Lo anterior permite un adecuado uso de los recursos administrativos y económicos al interior de las firmas debido a que no hay que incurrir en explicación de las decisiones, ya que la organización funciona mediante superiores e inferiores, limitados por la jerarquía.

---

<sup>38</sup> RAKOFF, TODD. *Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica*. En: Revista de Derecho Civil. Universidad de los Andes. Facultad de derecho.



Por último, explica el mencionado autor, que esto evita las implicaciones económicas y jurídicas que puede traer el actuar de un vendedor aventurero, ya que si se acude a formas preestipuladas, el vendedor no puede excederlas y debe someterse a lo que el contrato estipuló, evitando así, contingencias en el contrato y mayores costos de transacción. Así, “en la medida en la que los subordinados reciben mayor discreción, se hace más difícil mantener la disciplina, ya que los estándares de resultados son menos claros”<sup>39</sup>. Las empresas no quieren realizar contratos individuales, porque esto implicaría elevados costos de transacción y costos en cada contrato individual, costos que tendrían que ser asumidos por la firma.

**2.3.1.3 La forma estandarizada y el adherente.** En el mercado es común que los adherentes a los contratos preestipulados estén conscientes de que tienen la imposibilidad de negociar los términos del contrato. Así, éstos aceptan el contrato en los términos que Rakoff llama “tómelo o déjelo” y dejan a un lado cualquier posibilidad de negociación sobre las estipulaciones contenidas en el contrato. Lo anterior, es consecuencia de que el consumidor entiende la organización jerárquica de la firma y acepta los términos estandarizados, ya que es consciente que cualquier insinuación hacia la negociación individual, será rechazada y sería aventurarse por un camino poco fértil donde nadie, dentro de la organización jerárquica, estaría en la capacidad ni en la disposición de negociar. Hoy por hoy, la contratación estandarizada esta inmersa en la cultura del mercado y de los que participan en él, y es de extraña ocurrencia cualquier intento de negociación.

Debido a lo anterior, los adherentes, al momento de contratar, sólo se fijan en factores como el precio, facilidades de pago, crédito etc. y dejan a un lado la letra pequeña o el resto de estipulaciones del contrato, permitiéndole así a las firmas que se aprovechen de ciertos términos como el exonerarse de cualquier

---

<sup>39</sup>

Ibidem.

tipo de responsabilidad <sup>40</sup> o establecer dicha responsabilidad sólo en cabeza del adherente. Según Llewellyn, citado por Rakoff, “la practica de contratar con el uso de formas estandarizadas llevaba a la acumulación de cláusulas protectoras al vendedor, en vez de cláusulas protectoras al comprador”<sup>41</sup>.

**2.3.1.4 El poder de la forma estandarizada.** Siguiendo con los argumentos da Rakoff, el recurrente uso de formas estandarizadas de contratación no responde al poder que ostente determinada o determinadas firmas en el mercado o a la posición monopolística con la que cuenten los predisponentes. Por el contrario, según el autor esta utilización recurrente obedece más bien a relaciones íntimas con la forma que tiene la circulación masiva de bienes y servicios del mercado en la sociedad contemporánea.

La forma en que se ha desenvuelto el mercado en los últimos años es la que ha hecho que la utilización de formas estandarizadas se practique cada día más y no, como erróneamente se ha pensado, que obedece a una posición de monopolio o poder absoluto en el mercado.

Las firmas utilizan procesos estandarizadas para maximizar la utilidad y reducir al mínimo los costos de transacción así no tenga una posición monopolística en el mercado. Ellas ostentan un poder, pero no un poder en el entendido del mercado, sino un poder en cuanto al adherente y frente al contrato.

Explicado el tema de la contratación masiva, sus antecedentes y características, es necesario explicar la relación existente entre este tipo de contratos y las cláusulas abusivas.

---

<sup>40</sup> Este tipo de cláusulas se presentan con frecuencia en el área de transporte y en los parqueaderos públicos. Hasta el punto que el código de comercio colombiano estableció expresamente la ineficacia de las cláusulas que exoneren de responsabilidad al transportador.

<sup>41</sup> RAKOFF, TODD. *Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica*. En: revista de derecho civil. Universidad de los Andes. Facultad de derecho.

Tenemos que, aunque la relación entre los contratos por adhesión y las cláusulas abusivas es cercana, no es única, debido a que no sólo se presentan en éste tipo de contratos. Existen múltiples situaciones que pueden llevar a incluir éste tipo de cláusulas en otros contratos en los cuales sí exista una negociación de las partes. El fenómeno de las cláusulas abusivas se viene presentando en la contratación contemporánea debido a la rapidez que exige el mercado actual en la negociación de bienes y servicios.

Actualmente las partes evitan sentarse a discutir las cláusulas de los contratos para evitar costos de transacción y aceptan las estipulaciones de los contratos tal y como se les presentan. Es por esto, que en el mercado contractual, muchas veces, se presentan abusos por una de las partes en la celebración del contrato ya sea por falta de cuidado, por la rapidez del sistema de contratación, como se explicó anteriormente, o por simple descuido. Estos abusos vienen a presentar problemas en la ejecución, interpretación o terminación de la relación contractual y generalmente se dan en sede judicial debido a que es en este momento que las partes lo notan.

Por ejemplo, en un contrato en que se presente una cláusula de exoneración de cualquier tipo de responsabilidad, como suele ocurrir en muchos casos, la parte afectada por el incumplimiento acude a la jurisdicción para exigir la indemnización de los perjuicios que se le causaron y advierte que una de las cláusulas exonera de responsabilidad a su contraparte, situación que lo pone en desventaja de exigir cualquier tipo de acción legal que tenga en la ley. Ya en este punto de la relación contractual, es el juez el que entra a analizar si la cláusula es vejatoria o no. Aunque en la mayoría de los casos la discusión se presenta en sede judicial, no quiere decir que siempre sea así; los problemas se pueden presentar antes de acudir a la jurisdicción, bien sea en la celebración, en la ejecución o en su terminación.

Existen autores que han afirmado la existencia de una relación íntima entre los contratos por adhesión y los predispuestos y las cláusulas abusivas, como ya

se explicó anteriormente. Posiciones como éstas pueden llevar a entender mejor las relaciones existentes entre estos conceptos, debido a que la relación aunque existente no siempre resulta clara; lo que intentamos hacer aquí es buscar eslabones que permitan encadenar dicha relación. Así, “a los conceptos de condiciones generales de la contratación y de contrato de adhesión se debe agregar el concepto de cláusula abusiva, puesto que esta figura se deriva del tratamiento que la legislación y la doctrina le dieron a las condiciones generales de la contratación, como medida de protección de los consumidores y adherentes”<sup>42</sup>, entonces tenemos que las denominadas cláusulas abusivas constituyen un verdadero mecanismo de control de fondo, inspirado en los principios del derecho civil de los contratos tales como el de buena fe, el abuso del derecho y, en general, las normas interpretativas de los contratos contenidas en el Código Civil.<sup>43</sup>

Entendida la relación existente entre las cláusulas abusivas y los contratos en general se procede a estudiar el tema de las mismas.

---

<sup>42</sup> SALAZAR, DIEGO F. *Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual*. Revista de derecho privado, Universidad de los Andes. Diciembre de 2006.  
2006.

<sup>43</sup> Las normas interpretativas que sirven de fundamento a la jurisprudencia para interpretar éste tipo de cláusulas serán explicadas, por razones de orden y estructura del presente escrito, en el capítulo tercero, el cual, abarca todo lo concerniente a ellas.

### 3. CLÁUSULAS LEONINAS O ABUSIVAS

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española establece que leonino es lo perteneciente o relativo al león. Es lo ventajoso para una sola de las partes. Lo anterior por alusión a la fabula “*Las partes del león*”, de Esopo<sup>44</sup>. La fábula cuenta que un día se asociaron una zorra, un asno y un león para cazar. Cuando hubieron obtenido las piezas de su botín, el león le dijo a la zorra que las repartiera en tres partes iguales y ésta prosiguió a hacerlo. De repente el león se abalanzó sobre el asno y lo mató. Después de esto el león miró a la zorra y le dijo “la primera parte es para mí porque soy el rey de la selva, la segunda es para mí por ser tu socio y la tercera parte me la dejas si no quieres correr con la misma suerte de tu compañero”. De ahí que en la jurisprudencia se le haya dado este nombre a las cláusulas que conceden una ventaja injustificada en desmedro de la otra parte.

Ya entrados en el tema de las cláusulas que conceden ventajas injustificadas a una parte en desmedro de la otra y entendida la razón de su apelativo de leoninas, se puede adentrar desde lo jurídico, es decir, al tratamiento que se le ha dado a este tipo de cláusulas en el campo del derecho.

#### 3.1 CONCEPTO

Se denomina leonina la cláusula que asegura a una sola de las partes ventajas contrarias a la equidad; la que asegura sólo beneficios o libera de todos los riesgos; aquella que priva de utilidades u obliga a sufrir todos los gastos o pérdidas a una de las partes<sup>45</sup>. Según la Corte Suprema de Justicia, la doctrina especializada ha calificado como abusiva – y de indiscutida inclusión en las llamadas “listas negras”, contentivas de las estipulaciones que, *in radice*, se estiman vejatorias-, aquella cláusula que “favorece excesiva y

---

<sup>44</sup> DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Editorial Real Academia Española. 22ª ed. Bogotá. 2001.

<sup>45</sup> BOHÓRQUEZ, LUIS FERNANDO Y BOHÓRQUEZ B, JORGE IVÁN. Diccionario Jurídico Colombiano. Editora Jurídica Nacional. Tomo I, 2005.

desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente”<sup>46</sup>.

En la doctrina, la jurisprudencia y la ley se han establecido diversas definiciones de las cláusulas abusivas o vejatorias, también llamadas así por la jurisprudencia colombiana, pero no existe un concepto uniforme que explique este fenómeno; lo anterior, aunque no exista una definición unánime, sí ha arrojado elementos significativos en los conceptos propuestos por los sectores mencionados, para establecer los componentes que debe tener una cláusula contractual para que sea considerada abusiva. Se pueden agrupar los elementos configurantes de las cláusulas abusivas en los siguientes:

1. Que confiera una ventaja desmesurada a una de las partes contratantes y;
2. que esa ventaja genere un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato.

Para citar otro ejemplo del concepto de cláusula abusiva se puede decir que “una cláusula es abusiva cuando en una relación contractual específica reporta una ventaja indiscriminada a favor de uno de los contratantes en menoscabo del otro”<sup>47</sup>.

También merece cierta atención la definición que se establece en la directiva 93/13 de la Comunidad Europea, en la cual se expresa que: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideran abusivas si, 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”. En la definición de la Directiva es

---

<sup>46</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de febrero 2 de 2001 exp. 5670. Magistrado ponente, CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

<sup>47</sup> SOTO COAGUILA, CARLOS ALBERTO. *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*. En: Universitas No. 106 (Dic.2003).

importante apreciar que se incluye una expresión de respeto al principio de la buena fe, pilar fundamental en este tema y que se explicará más adelante.

Una vez estudiado el concepto de las cláusulas leoninas, abusivas o vejatorias, y establecidos los elementos que las configuran, se puede entrar a realizar un recuento de las principales problemáticas que se han identificado por los operadores del derecho. También resulta de lógica importancia mencionar cuáles de los contratos celebrados en el mundo jurídico actual son más propensos por sus características para que se incluya en ellos dichas cláusulas.

La doctrina ha establecido que los contratos más propensos para establecer cláusulas abusivas son los de adhesión, entre los cuales se encuentran el contrato de seguro, transporte, medicina prepagada y prestación de servicios públicos domiciliarios, financieros o de crédito. Aunque en ellos es de reiterada ocurrencia la presencia de cláusulas abusivas, son contratos que cuentan con una regulación fuerte y extensa por parte del Estado Colombiano. Pero lo anterior no significa que en ellos no se incluyan cláusulas abusivas, porque, paradójicamente, es éste tipo de contratos en donde mayor recurrencia tienen a pesar de su amplia regulación.<sup>48</sup>

En países como Colombia, que no cuentan con un desarrollo legal extenso sobre la regulación de éstas cláusulas, la jurisprudencia ha tomado un papel preponderante debido a que la única forma de exigir o controlar el poder desmesurado en cabeza de una de las partes es por medio de un fallo en el cual se declare la nulidad o la terminación del contrato, mecanismos mediante los cuales el juez devuelve la equidad y la justicia a las situaciones presentadas entre las partes.

---

<sup>48</sup> Aquí cabe hacer la precisión de que la mayoría de autores han vinculado el tema de la presencia de las cláusulas abusivas a los contratos por adhesión, pero lo anterior no quiere decir que sólo se presenten en estos contratos. Como ya se dijo antes, existe la posibilidad de que en un contrato en donde se aplique en toda su extensión el principio de la voluntad privada, se estipulen y acepten cláusulas abusivas; lo anterior explica la amplitud de situaciones en las que se pueden incluir éste tipo de cláusulas, pero abarcar para abarcar el estudio de las mismas es imprescindible estudiar el tema de los contratos de adhesión.

De otro lado, la relación existente entre la Teoría del abuso del Derecho y las cláusulas abusivas es indiscutible; de ahí que la jurisprudencia colombiana viene tratando este tema hace muchos años a través de la aplicación de dicha teoría. Existen múltiples autores que ligan el abuso del Derecho a las cláusulas abusivas debido a la situación anteriormente mencionada. Ernesto Rengifo hace parte de aquellos que argumentan que “se puede observar la pertinencia del tema en la medida en que, si las condiciones generales de la contratación están predispuestas unilateralmente por una de las partes, pueden contener cláusulas abusivas, y ahí es donde la Teoría del abuso del Derecho (sobre todo en aquellos países como el nuestro en donde se carece de legislación a propósito en materia de cláusulas abusivas) operaría como instrumento de corrección ante contenidos abusivos predispuestos en contra de una de las partes de la relación jurídica”<sup>49</sup>.

Explicada la relación existente entre la Teoría del abuso del Derecho, tema que se desarrollará en el numeral 3.2.4.1 de este estudio, y las cláusulas abusivas en los contratos, se explicarán los mecanismos existentes para su control y consideramos que el tema del abuso del Derecho debe ser explicado en uno de los tipos de mecanismos existentes que a continuación se presentan.

---

<sup>49</sup> RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. 2ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2004. pág. 81.



## 3.2 MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS

La doctrina ha reconocido la existencia de cuatro tipos de sistemas de control para evitar la presencia de las cláusulas abusivas en la contratación contemporánea. Estos mecanismos son: el control administrativo, el control autónomo, el control legislativo y, por último, el control judicial.

En éste capítulo se explicará cada uno de estos sistemas, para así proceder a hacer un análisis de su eficacia en las diferentes legislaciones y, particularmente, en la colombiana.

**3.2.1 Control autónomo.** El primero de los controles que establece la doctrina para evitar que se presenten este tipo de cláusulas es el control autónomo, que lo realizan los propios consumidores al momento de contratar. Si bien es cierto que en la contratación masiva no se permite a la parte débil negociar el contenido del contrato, también es cierto que nadie está en la obligación de contratar, es decir, que por medio de la autonomía de la voluntad privada el particular que considere que sus derechos están siendo violentados por un contrato de adhesión en particular, puede tomar la decisión de no contratar.

El problema que se presenta en muchos de los casos en la vida cotidiana, es que las personas tienen, en muchas ocasiones, la necesidad de contratar de manera ágil y rápida para satisfacer sus necesidades, y no tienen tiempo para detenerse a estudiar la existencia de cláusulas abusivas<sup>50</sup>. Por otro lado, el control autónomo se puede realizar mediante la conformación de asociaciones

---

<sup>50</sup> Existen múltiples casos en los que los particulares contratan motivados por la urgencia. Por ejemplo, en el caso de los parqueaderos en donde la persona necesita estacionar el automóvil cerca de su lugar de destino y no tiene tiempo para detenerse a revisar las cláusulas, que como ya se explicó, generalmente no se responsabilizan por nada. Otro caso es el del contrato de transporte, en donde por la urgencia de viajar, el pasajero compra su tiquete, sin detenerse a observar las cláusulas, que en muchas ocasiones resultan abusivas.

de consumidores y usuarios.<sup>51</sup> Estas asociaciones se establecen para que los consumidores tengan derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios, que representen peligro, a obtener información completa por parte de los proveedores de los bienes y servicios que van a contratar, derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial y, por último, derecho a la reparación por daños y perjuicios, consecuencia de la adquisición de los bienes o servicios que se ofrecen en el mercado o de su uso o consumo.

Así, estas asociaciones permiten que los consumidores obtengan información completa sobre los bienes y servicios que contratan. También pueden realizar exigencias y tomar diferentes opciones para contratar, evitando así que se les someta a soportar la existencia de cláusulas abusivas.

**3.2.2 Control administrativo.** El segundo mecanismo que la doctrina ha reconocido para el control de éste tipo de prácticas, es el administrativo. Consiste en el control que realiza la administración por medio de la adopción de reglamentos generales que establecen las cláusulas generales de contratación. Así mismo, es un control previo a la celebración del contrato, pues estos reglamentos se deben respetar al momento de redactar las

---

<sup>51</sup> Según el artículo primero del decreto 1441 de 1982: “Entiéndese por liga de consumidores, toda organización constituida mediante la asociación de personas naturales, con sujeción a las normas previstas en el presente decreto, cuyo objeto sea garantizar la protección, la información, la educación, la representación y el respeto de los derechos de los consumidores de bienes y servicios, así como velar por el pago de las indemnizaciones a que se hagan acreedores, según la ley, por la violación de sus derechos”. La ley le permitió a estas ligas velar por: a) La eficacia de los organismos y entidades que establezca la ley para la defensa del consumidor, así como por la eficacia de los funcionarios de dichos organismos y entidades; b) La observancia de las normas sobre precios dictados por las autoridades gubernamentales y la racionalidad de los establecidos por los proveedores; c) La observancia de las normas sobre tarifas de servicios públicos; d) La idoneidad de las calidades de los bienes y servicios que se ofrecen al público y su ajuste a las normas técnicas expedidas por el Gobierno; e) La exactitud de las pesas, medidas y volúmenes de los productos y mercancías; f) La protección a los arrendatarios de bienes muebles e inmuebles y la observancia de las normas relativas al contrato de arrendamiento; g) La incontaminación de los alimentos, del aire y del agua, así como por la imposición y efectividad de las sanciones que, según las normas aplicables, cupieren a quienes los contaminen, y muchas otras funciones a favor de la protección de los consumidores.

cláusulas del contrato. Es así, que “mediante él se otorga a la administración pública la facultad de redactar directamente las cláusulas generales de contratación, actividad que puede lograrse mediante un acto normativo general, o mediante un acto normativo concreto”<sup>52</sup>.

Con respecto a la eficacia de éste tipo de control se puede citar el interesante artículo de Carlos Pizarro Wilson llamado “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno”, en donde se establece que:

*...La ventaja que presenta establecer un control administrativo ex ante, el cual debería sumarse al control represivo, radica en el mayor conocimiento de los órganos administrativos por sectores especiales para determinar cuáles son las cláusulas abusivas específicas que se verifican en el mercado contractual. Pero, sobre todo, el control preventivo o administrativo permite convocar la negociación entre los diversos actores de la contratación en masa y determinar qué cláusulas no deberían ni siquiera aparecer en los contratos, a fin de evitar la existencia de cláusulas abusivas sin necesidad de incurrir en los costos del control represivo o judicial.*

El control administrativo ha sido de amplia utilización en algunos países del mundo, como es el caso de Colombia, que aunque restringido al sistema financiero, se ha utilizado y ha traído beneficios innegables. En estos términos el artículo 146 numeral 4 del Estatuto Financiero establece la aprobación previa del modelo de contrato expresando que:

*...Los modelos respectivos, en cuanto estén destinados a servir como base para la celebración de contratos por adhesión o para la prestación masiva del servicio, serán evaluados previamente por la superintendencia bancaria al igual que toda modificación o adición que pretenda introducirse en las condiciones generales consignadas en los mismos.*

*En lo que tiene que ver con la respuesta del ordenamiento jurídico considerado en su conjunto frente a los problemas propios de los contratos de adhesión, la Corte llegó a afirmar que para la protección de la “parte débil” en el sistema vigente es suficiente el control administrativo como el que adelanta la Superintendencia Bancaria en*

---

<sup>52</sup> SOTO COAGUILA, CARLOS ALBERTO. *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*. En: Universitas No. 106. (Dic.2003). pág. 590.

*relación con la pólizas de seguros, en materia de reglamentos de ahorros y de fideicomisos*<sup>53</sup>.

**3.2.3 Control legislativo.** Esta especie de control también se establece ex ante a la celebración del contrato, como en el caso del control administrativo. En Colombia y en otros países del mundo, este es el mecanismo que se ha utilizado en ciertos campos para regular éstas cláusulas. Esta clase de control se puede llevar a cabo de dos maneras. La primera consiste en establecer prohibiciones de carácter general, como los son el principio de la buena fe, las buenas costumbres mercantiles, el orden público, etc. Ejemplo de estas prohibiciones generales son el artículo 1603<sup>54</sup> y 1624<sup>55</sup> del Código Civil Colombiano, el artículo 7 de la Ley 256 de 1996<sup>56</sup> y el artículo 3 de la Directiva 93/13 de la Comunidad Europea<sup>57</sup>.

La segunda manera de intervenir en las cláusulas abusivas por medio de la legislación es estableciendo una lista “negra” que abarca todas las prácticas y estipulaciones que por ningún motivo pueden plasmarse en un contrato, y que de llegar a estipularse, causaría la nulidad, ya sea de la cláusula en específico, o del contrato en general; lo anterior dependiendo de la incidencia y la importancia de la cláusula en la relación contractual. Esta lista puede ser

---

<sup>53</sup> PINZÓN SÁNCHEZ, JORGE. *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano*. En: revista Universitas. Pontificia Universidad Javeriana. No. 89. (Dic de 1995).

<sup>54</sup> “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”.

<sup>55</sup> “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretaran las cláusulas ambiguas a favor del deudor...Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretaran contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

<sup>56</sup> “Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.

Se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando este encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.

<sup>57</sup> “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideran abusivas si, 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”.

abierta, caso en el cual sólo se establecen algunos supuestos en la norma, permitiendo otros no contemplados expresamente (*numerus apertus*), y puede ser cerrada cuando a parte de los supuestos establecidos expresamente en la norma no se admiten otros (*numerus clausus*).

En la legislación peruana, se establece un control de los contratos por adhesión y de las cláusulas abusivas del artículo 1389 al 1401. Por ejemplo el artículo 1389 establece lo siguiente:

*“En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato”.*

También el artículo 1399 establece una sanción de ineficacia contra las cláusulas generales y los contratos de adhesión celebrados sin la autorización administrativa, o que atenten contra las normas establecidas para cada contrato en particular.

En Colombia se puede apreciar, como ya se explicó antes, una lista de carácter abierto (*numerus apertus*), en cuanto a los servicios públicos. Es así que la ley 142 de 1994 establece una lista de cláusulas abusivas que son prohibidas ex ante a la celebración de contrato, y que, de quedar estipuladas, serían nulas. Así, con éstas listas se puede ver claramente cómo el legislador mediante el control ex ante puede intervenir y regular las prácticas que se vienen estudiando.

Pero este sistema de control legislativo, no es el más eficiente ya que presenta algunas falencias. Se han esbozado algunas críticas que atacan la existencia del control legislativo, de las cuales dos son las que se erigen como las más fuertes: primero, se ha mencionado en textos académicos que las situaciones

planteadas en las listas negras o taxativas, resultan insuficientes por que dejan por fuera situaciones futuras que pueden llegar a presentarse, lo cual, obstaculizaría la aplicación de la norma en casos que no estén previstos en ella. Por ejemplo Carlos Pizarro menciona que:

*...“las situaciones previstas no abarcan todas las cláusulas abusivas que se pueden verificar en los contratos, dejando numerosas hipótesis fuera de la enumeración. Baste mencionar, por ejemplo, las que se refieren a plazos excesivos a favor del predisponente, cláusulas penales desproporcionadas, condiciones abusivas del crédito, establecimiento de los defectos o vicios ocultos de la cosa a cargo del adherente, etc. Con todo, lo restrictivo de la enumeración no sería mayor problema si no concurriera la segunda deficiencia.*

*Es insuficiente la propuesta de listas de cláusulas prohibidas por no contemplar una cláusula general que pueda subsumir aquellas estipulaciones abusivas que vaya creando el tráfico mercantil y que reconozca una labor activa a los tribunales en el control de dichas nuevas cláusulas abusivas”<sup>58</sup>.*

Existe otra crítica que se ha presentado al control legislativo de las cláusulas abusivas y, el cual, es de carácter económico. Se ha argumentado que la existencia o implementación de un control ex ante de este tipo, afectaría el libre juego de la oferta y la demanda, pilar fundamental de una economía, ya que la misma, necesita de cierta libertad para poder desarrollarse sin encontrar limitaciones en las relaciones particulares. La crítica anterior, no la compartimos en esta tesis, debido a que consideramos, como se expondrá en las conclusiones, que la intervención del Estado en este tema del control de las cláusulas abusivas es de absoluta trascendencia.

**3.2.4 Control judicial o represivo.** El control judicial es el que se produce ex post a la celebración del contrato. Consiste en la facultad que tienen los jueces de revisar tanto el contrato, como las cláusulas que en ellos se estipulan, para así declarar la nulidad o la ineficacia de todo el contrato o de alguna o algunas de sus cláusulas. Mediante este mecanismo, el juez intenta devolver el

---

<sup>58</sup> PIZARRO, WILSON, CARLOS. *La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno*. Vol. 6 No. 2, Bogotá, 2004, pág.139.

equilibrio contractual del contrato para que éste no resulte lesivo a la parte afectada.

Este ha sido el modelo utilizado en países como Alemania, Estados Unidos, Israel, España y Colombia.

Este control, que reporta una herramienta imprescindible, muchas veces pugna contra el tráfico contractual moderno, debido a que éste mecanismo, como ya se explicó antes es ex post a la celebración del contrato, lo cual implica que la parte que se vea afectada o que tenga interés en utilizarla, tiene que recurrir a altos costosos y extenuantes procesos ante la justicia para lograr el equilibrio del contrato.

Recurrir a la justicia en Colombia eleva los costos de transacción, debido a que quien demanda debe pagar un abogado, gastos de papelería, transporte y las costas del proceso además del valor en dinero por el transcurso del tiempo, aspecto que afecta directamente los costos de transacción en las relaciones contractuales. Por lo tanto, dejar que un sistema de este tipo se alimente únicamente de un control judicial posterior, resulta engorroso e ineficaz. Pero resaltados los problemas concernientes a éste mecanismo de control, es necesario resaltar la importancia de su aplicación debido a que, como se explicó en el punto 3.1, en países como Colombia, éste control realizado por parte de los jueces es de vital importancia debido al mínimo desarrollo legal con el que se cuenta sobre el tema.

La jurisprudencia utiliza la ya mencionada teoría del abuso del derecho para proteger la equidad en el contrato y devolverle el equilibrio correspondiente, pero para entender cómo se ha aplicado es necesario acudir al estudio de la teoría. A continuación se presentan en orden de mención los antecedentes, el concepto y los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios que ha tenido el abuso del derecho.

**3.2.4.1 Abuso del derecho como fundamento de la regulación de las cláusulas abusivas.** La teoría general de las cláusulas abusivas encuentra su fundamento en el abuso del derecho. Quien tiene un derecho y lo ejerce de acuerdo a su finalidad social está actuando lícitamente, dentro del marco de los derechos que el ordenamiento jurídico le otorga; por el contrario abusa de su derecho quien actuando dentro del ejercicio del mismo, le desvía de su fin, ya sea con culpa o sin ella; es decir, está actuando ilícitamente, está excediendo la finalidad que el ordenamiento jurídico ha establecido para que pueda gozar de su derecho.

Esto ocurre con las cláusulas abusivas, pues quien tiene el derecho de contratar excede su finalidad amparándose en un disfraz falso del ejercicio de su derecho a contratar y excede los límites, desvía la finalidad de su derecho, incluyendo cláusulas que desbordan el principio de la buena fe y exceden el campo de sus derechos, afectando el equilibrio de justicia del contrato y haciéndole excesivamente oneroso para su contraparte.

**3.2.4.2 Precisiones y delimitación del tema.** La teoría del abuso del derecho goza de una amplia gama de situaciones a las cuales puede aplicarse; éstos campos son las situaciones fácticas a las cuales los jueces han aplicado dicha teoría como el abuso en el derecho de propiedad, en el derecho de retención, las inmisiones<sup>59</sup> o relaciones de vecindad y, por último, el abuso en el derecho de los contratos. Aunque resultaría interesante realizar un estudio de todas estas situaciones para abarcar el estudio completo de la teoría, estos campos desbordan el tema de esta obra, debido a que aquí sólo se trata el tema específico de la situación contractual, esto es, el abuso del derecho en el ejercicio de la actividad contractual; por esto, se estudiará la teoría general del

---

<sup>59</sup> La ley 675 de 2001 en su artículo 74 establece lo siguiente: "NIVELES DE INMISIÓN TOLERABLES. Las señales visuales, de ruido, olor, partículas y cualquier otro elemento que, generados en inmuebles privados o públicos, trascienden el exterior, no podrán superar los niveles tolerables para la convivencia y la funcionalidad requerida en las Unidades Inmobiliarias Cerradas. Tales niveles de incidencia o inmisión, serán determinados por las autoridades sanitarias, urbanísticas y de policía; con todo podrán ser regulados en forma aún más restrictiva en los reglamentos de las unidades inmobiliarias cerradas o por la asamblea de copropietarios".



abuso del derecho y, la parte específica del abuso que se presenta en los contratos, lo anterior con la finalidad de aplicar la teoría al tema específico aquí tratado, esto es, las cláusulas abusivas en los negocios jurídicos.

**3.2.4.3 Antecedentes.** El abuso del derecho es una teoría creada por la jurisprudencia colombiana, apoyada por sólida jurisprudencia internacional. La ley goza de un carácter general y no puede regular la amplia gama de situaciones fácticas que se presentan en la realidad y, por esto, existen mecanismos para concretarla.

La ley 153 de 1887, en su artículo 8º, contiene una de las normas más importantes en nuestra legislación, según la cual “cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”. Es esta una de las reglas más importantes de nuestra legislación civil: la única fuente de derecho no es la ley, porque no todo el derecho está legislado, ya que la ley no puede, por el hecho de su carácter general, prever todas las situaciones y adaptarse a todas ellas<sup>60</sup>.

En armonía con lo anterior, la misma ley en su artículo 4º, complementa la anterior norma transcrita expresando que “los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”.

Por otro lado, la primera consagración legislativa que tocó el tema del abuso del derecho, aunque de manera general, sin establecer pautas o lineamientos que seguir, fue el Código de Comercio expedido mediante el decreto 410 de 1971, estatuto que estableció en su artículo 8º que “el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

---

<sup>60</sup> ORTEGA TORRES, JORGE. Código Civil Comentado. 15ª ed. Bogotá. Temis. 1982. pág. 32.

De las normas anteriores, la jurisprudencia nacional ha podido dar cabida a variadas e importantes teorías jurídicas, como son la de la imprevisión, la de la buena fe, y entre ellas, la del abuso del derecho<sup>61</sup>.

**3.2.4.4 Concepto.** La doctrina ha definido la figura del abuso del derecho como “la comisión de hechos ilícitos amparándose en el ejercicio de un

---

<sup>61</sup> Aunque la teoría del abuso de derecho viene gestándose desde hace mucho tiempo en el seno de la jurisprudencia colombiana, es preciso hacer referencia al efecto que ha tenido la evolución de la concepción de la relatividad de los derechos, en donde se comienza a tomar conciencia de que no existen derechos absolutos, sino que más bien los derechos son esencialmente relativos y hasta el más importante de ellos, comporta un límite en su disfrute; incluso aquellos derechos hoy denominados por los operadores jurídicos como fundamentales tienen un límite en su disfrute. Este principio fundamental de los derechos se puede observar con carácter de norma constitucional en los artículos 1 y 95 inc. 3 numeral 1 de la Constitución Política Colombiana que establecen lo siguiente: “Colombia es un estado social de derecho organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia de el interés general”. Aquí la constitución establece la prevalencia del interés general sobre el particular, elevando dicho canon al más alto rango normativo, para darle todo el potencial que conlleva dicho enunciado. Por otro lado el artículo 93 establece que: “Toda persona está obligada a cumplir la constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”. Es así que ahora la constitución pondera la existencia de límites en el ejercicio del derecho, apoyando así la posición de la jurisprudencia. Para profundizar sobre el tema de la relatividad de los derechos, se puede citar la sentencia T-228 de mayo 10 de 1994, en la cual se expresó que: “[E]l ordenamiento jurídico debe ser interpretado y aplicado dentro de una concepción sistemática e integral que haga compatibles el ejercicio y la protección de los derechos con la exigencia del cumplimiento de las cargas, obligaciones y deberes de los asociados, elementos inherentes a aquellos y sobre los cuales no puede prevalecer un concepto individualista que pretenda erigir en ilimitadas las posibilidades que el ordenamiento otorga al titular del respectivo derecho. El estado social de derecho supone un esquema normativo, indispensable para la vida en sociedad, en cuya virtud los derechos individuales únicamente se reconozcan en la medida en que atiendan al interés colectivo. Se los relativiza, pues, para que se sometan a los requerimientos del bien público. No otro sentido tiene, por ejemplo, el concepto de función social atribuido a la propiedad por el artículo 58 de la Carta”.

Es importante mencionar que la valiosa teoría de la relatividad de los derechos fue esbozada por primera vez, por Josserand y, ha sido utilizada ampliamente por la jurisprudencia como se puede evidenciar en la sentencia T-102 de marzo 13 de 1995 de la Corte Constitucional, en donde se menciona que: “[A]unque la doctrina del abuso del derecho tiene un origen jurisprudencial o pretoriano, su formidable progreso está vinculado a la obra del gran profesor de la Universidad de Lyon. Josserand parte de la relatividad del derecho subjetivo y ve en el ejercicio abusivo un rompimiento con el espíritu de la institución: todos nuestros derechos subjetivos —dice el famoso profesor— deben orientarse y proyectarse hacia un fin. Cada derecho tiene una misión propia que desempeñar; lo que equivale a decir que cada derecho debe realizarse conforme al espíritu de la institución. Ciertamente en una sociedad organizada el pretendido derecho subjetivo no es sino un derecho-función: no puede salirse del plan de la función que desempeña sin que su titular incurra en una desviación, en un abuso”

derecho”<sup>62</sup>. Aunque esta definición no es exacta y adolece de algunas fallas<sup>63</sup>, será la utilizada en la presente monografía, por ser la que expresa, de forma más concreta, la naturaleza de tan importante figura. Por lo anterior y debido a la complejidad de definir en un solo concepto una figura tan amplia e importante para el estudio en cuestión, se desarrollará su composición como a continuación se muestra.

**3.2.4.5 Jurisprudencia.** Como ya se dijo antes la teoría del abuso del derecho fue creada en Colombia por los jueces los cuales derivaron su fundamento de la ley 153 de 1887. La Corte Suprema de Justicia, en 1936, estableció que la teoría “tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral. No se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden; exige que las mismas sean ejercidas no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo”.

Sobre el tema del abuso del derecho, la jurisprudencia ha sido profusa, es decir, existen múltiples fallos en los cuales se explica de manera detallada el fundamento y los alcances de la teoría; pero existen fallos que condensan y explican el fundamento del abuso del derecho de manera magistral y por lo tanto son de necesaria cita. Así la Corte Suprema de Justicia ha dicho que:

*Gracias a encomiables esfuerzos impulsados por necesidades de la vida práctica que se hicieron sentir en el mundo occidental a partir*

---

<sup>62</sup> BOHÓRQUEZ, Luis Fernando y BOHÓRQUEZ B, Jorge Iván. Diccionario Jurídico Colombiano. Editora Jurídica Nacional. Tomo I

<sup>63</sup> La definición no es exacta porque mis derechos terminan donde comienzan los derechos de los otros; entonces cabría preguntarse si puedo cometer un hecho ilícito actuando dentro de los límites de mis derechos. En otras palabras, según el Diccionario Jurídico Colombiano de Bohórquez y Bohórquez “el término no es exacto, pues el derecho cesa donde el abuso comienza; pero la doctrina lo ha consagrado para significar con ello que se trata de supuestos en los que, ejerciéndose un derecho objetivamente legal, se hace de tal modo que se perjudican intereses ajenos o, cuando menos, se muestra una intención antisocial e inmoral en dicho ejercicio”. Aunque la definición anteriormente citada tiene esta falla, será tomada para ilustrar de manera sencilla la figura del abuso del derecho.

*de la segunda mitad del siglo pasado y debido, así mismo, a una saludable tendencia ideológica de humanización del derecho privado en todas sus manifestaciones, que por la misma época tuvo expresivos desarrollos en la jurisprudencia francesa, hoy en día se tiene por sabido que, por obra de la llamada teoría del abuso del derecho, a propósito del ejercicio de cualquier facultad encajada en una situación jurídica individual activa y de contenido patrimonial, preciso es de distinguir entre el uso y el abuso en dicho ejercicio, puesto que aun cuando procede a afirmar con fuerza los derechos subjetivos porque de su reconocimiento depende la dignidad de la existencia humana, vivida en la plenitud de su dimensión personal, no es posible dejar que los derechos subjetivos se desentiendan de la justicia o se desvíen del fin para el cual han sido consagrados, y se utilicen en cambio como armas de agresión para sojuzgar y explotar a los demás. De ahí que el titular de los derechos, no debe salirse de madre; no se la debe considerar como un fin absoluto al que sea menester sacrificar incluso al hombre mismo. Si es legítimo el ejercicio de los derechos, no puede tolerarse su abuso<sup>64</sup>.*

**3.2.4.6 Doctrina.** Actualmente, en la moderna contratación de masas, la doctrina ha acudido a la figura del abuso del derecho para tratar de limitar el tema de las cláusulas abusivas en los contratos. Así, en opinión del profesor Jorge Santos Ballesteros, el postulado del abuso del derecho ha adquirido una importancia decisiva como medio idóneo para imponer que el poder económico desborde los marcos legales e imponga a los contratantes llamados débiles condiciones onerosas y desproporcionadas<sup>65</sup>.

Pero para hablar de abuso del derecho como fuente de responsabilidad contractual y extracontractual<sup>66</sup>, es necesario establecer una definición.

---

<sup>64</sup> BOHÓRQUEZ, LUIS FERNANDO Y BOHÓRQUEZ B, JORGE IVÁN. *Diccionario Jurídico Colombiano*. Editora Jurídica Nacional. Bogotá. Tomo I. 2005.

<sup>65</sup> SANTOS BALLESTEROS, JORGE. *Instituciones de responsabilidad civil*, ob., cit., pág. 112-113.

<sup>66</sup> Aunque, en principio, la figura del abuso del derecho consagrada en el Código de Comercio Colombiano fue inspirada para abarcar sólo derechos, la jurisprudencia ha aceptado que en cuanto al postulado esencial del derecho, carácter que muy pocos se atreven a disputarle, el abuso del derecho, trasciende del ámbito meramente extracontractual al cual se quiso restringir, para orientar, por el contrario, toda actividad humana amparada por el ordenamiento jurídico. Lo anterior se puede sustentar con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que en su momento expresó lo siguiente: “[E]l acto ilícito abusivo tiene su fisonomía jurídica y en buena medida autónoma, por lo que no siempre implica de suyo un supuesto de responsabilidad extracontractual o aquiliana; también puede justificar la reparación pecuniaria de daños conforme a las reglas de la responsabilidad contractual (G.J., . CXLVII, pag. 82) y lo que resulta todavía mas significativo, permite denegar protección jurídica a

Entonces, tenemos que el abuso del derecho es la comisión de hechos ilícitos amparándose en el ejercicio de un derecho y es preciso destacar que aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos o que se aparten de los fines económico-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo<sup>67</sup>.

Entonces, si una de las partes desborda los límites de su posición excediéndose en el uso de su derecho, está violentando el principio de la buena fe, columna vertebral de las relaciones contractuales; así “si una de las partes no utiliza sus prerrogativas contractuales de acuerdo a la finalidad reconocida exenta de un motivo serio y legítimo, incurre en abuso del derecho”<sup>68</sup>.

---

pretensiones que impliquen el ejercicio en condiciones abusivas de las facultades en que se manifiesta el contenido de situaciones jurídicas individuales activas de carácter patrimonial (...) En sistemas como el colombiano donde no se cuenta con una definición legal del “abuso”, su existencia debe ser apreciada por los jueces en cada caso, en función de los objetivos de la regla de derecho frente a la cual esa figura adquiere relevancia. Por eso con evidente acierto expresaba en 1928 H. Capitant en un escrito dedicado al tema (Sur l’abuse des droits, Revista trimestral de derecho civil, Paris) que con el rigor exigido en un comienzo por las distintas corrientes de pensamiento, es en verdad imposible diseñar una fórmula única aplicable a cualquier clase de derechos que permita definir el abuso en su ejercicio, toda vez que en algunas situaciones que corresponden al campo de la responsabilidad extracontractual se requerirá en el autor la intención de perjudicar o bastará la culpa más o menos grave y aún la simple ausencia de un interés o utilidad (...) En suma, nada hay de insensato en entender, guardando consonancia con estas directrices básicas, que los tribunales sabrán en cada caso hacer uso del saludable poder moderador que consigo lleva la sanción de los actos abusivos en los términos de notable amplitud en que la consagran preceptos como el artículo 830 del Código de Comercio, tomando en consideración que esa ilicitud originada por el “abuso” puede manifestarse de manera subjetiva – cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder. O bajo forma objetiva cuando la lesión proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo. (C. S.J, Cas. Civil, SEnt. Octubre 19 de 1994, Exp. 3972. M.P. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS).

<sup>67</sup> BOHÓRQUEZ, LUIS FERNANDO Y BOHÓRQUEZ B, JORGE IVÁN. *Diccionario Jurídico Colombiano*. Editora Jurídica Nacional. Bogotá, Tomo I. 2005.

<sup>68</sup> SANTOS BALLESTEROS, JORGE. *Instituciones de responsabilidad civil*. ob., cit, pág. 112-113.

Es claro que los derechos no gozan actualmente de un carácter absoluto,<sup>69</sup> pues su disfrute no puede atentar contra el ordenamiento jurídico de los derechos de los demás. Por lo tanto, al contratar, la parte fuerte no puede exceder su ámbito de actuación en el contrato, imponiendo cláusulas que exoneren su responsabilidad y que agraven la posición del adherente y afecten el equilibrio del contrato, so pena de nulidad. Como lo ha dicho la Corte:

*...El poder de negociación, constituye abuso del derecho por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último, le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación.<sup>70</sup>*

### 3.3 CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA

En Colombia no existen muchas leyes positivas que regulen el tema de las cláusulas abusivas. Más bien, ha sido un tema que ha sido tratado desde el

---

<sup>69</sup> La propiedad ha sido considerada por muchos ordenamientos jurídicos del mundo como el derecho principal y con más prerrogativas del cual se desprenden o derivan los demás derechos; esto hasta el punto de considerarlo absoluto. Pero esta tendencia manifiestamente liberal y anacrónica ha sido modificada y atenuada por la actual teoría de la relatividad de los derechos, en donde se establece que no hay derechos con prerrogativas absolutas de los que su titular pueda hacer uso sin infringir el ordenamiento jurídico. Mis derechos terminan donde comienzan los de los demás. En Colombia, el derecho de dominio también denominado propiedad ha sido objeto de modificaciones por la relatividad de los derechos; es así como el Código Civil en el artículo 669 define que “el dominio es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella (\*arbitrariamente\*), no siendo contra ley o contra derecho ajeno”. El adverbio arbitrariamente fue declarado inexecutable por la corte constitucional en sentencia C-559 de 18 de Agosto de 1999, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Lo anterior en razón a las limitaciones que le impuso la constitución de 1991 a la propiedad, como son la función social y ecológica. También son limitaciones a éste derecho la utilidad pública y el interés general, temas que se realizan por medio de la extinción de dominio y las expropiaciones.

<sup>70</sup> BOHÓRQUEZ, LUIS FERNANDO Y BOHÓRQUEZ B, JORGE IVÁN. *Diccionario Jurídico Colombiano*. Editora Jurídica Nacional. Bogotá, Tomo I, 2005. Corte Suprema de Justicia; Sentencia de Casación del 19 de Octubre de 1994. sent. 123/2000.

punto de vista de la jurisprudencia y la doctrina. Por lo anterior, en Colombia existe una legislación precaria, que se ha quedado atrás, en la regulación de éste tema, y cada día se hace necesario una regulación completa o por lo menos ilustrativa del tema. En la actualidad, se ha proliferado cada vez más la existencia y la aplicación de los contratos por adhesión o contratos masa, generando desequilibrios contractuales, debido a que aquel que suscribe un contrato de este tipo, no tiene posibilidad alguna de negociar las estipulaciones del contrato.

Este tipo de contratos se presentan en el campo de las telecomunicaciones y en los contratos bancarios, en donde por la naturaleza del mercado, sería imposible contratar con cada uno de los consumidores del servicio y, por lo tanto, se hace necesario generalizar la actividad contractual y así evitar altos costos de transacción, que pueden generar grandes perjuicios a las empresas. Por otro lado, en este tipo de contratos es posible que se presenten cláusulas abusivas debido a la imposibilidad de negociar al momento de contratar y por esto es necesario que el estado regule el tema por medio de leyes, jurisprudencia y mecanismos administrativos<sup>71</sup>.

**3.3.1 Ley de servicios públicos domiciliarios.** La ley de Servicios Públicos Domiciliarios fue una de las primeras leyes (si no la primera) que reguló de manera directa las cláusulas abusivas en los contratos en Colombia. Aunque esta ley sólo regula los contratos que se celebran con los consumidores finales de los servicios públicos domiciliarios y hace parte más del derecho público que del derecho privado, su contenido resulta importante para el tema aquí tratado, debido a que en ella se hace referencia a un listado enunciativo (no taxativo) de cláusulas abusivas que no se pueden incluir en dichos contratos, so pena de ser declaradas nulas.

---

<sup>71</sup> Los mecanismos de regulación se explicaron en el capítulo correspondiente a los mecanismos de protección de las cláusulas abusivas en los contratos. Véase numeral 3.2 de la presente obra.

Así, la Ley 142 de 1994, establece en el artículo 34 la prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas y dispone que “Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia”, y a continuación establece una lista no taxativa de restricciones indebidas a la competencia entre las cuales las mas importantes son: a. El cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio; b. La prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa; c. Cualquier clase de acuerdo con eventuales opositores o competidores durante el trámite de cualquier acto o contrato en el que deba haber citaciones al público o a eventuales competidores, y que tenga como propósito o como efecto modificar el resultado que se habría obtenido en plena competencia; y d. El abuso de la posición dominante al que se refiere el artículo 133 de esta ley, cualquiera que sea la otra parte contratante y en cualquier clase de contratos.

Ahora bien, la misma ley, en el artículo 133, establece ciertas prácticas que se consideran como abuso de la posición dominante por parte de las entidades prestadoras de dichos servicios y entre las cuales se encuentran:

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



- 3- Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario.
- 4- Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellos.
- 5- Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa.
- 6- Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa.

Ahora bien, aunque la norma no establece expresamente como sanción la nulidad, ésta sí se puede inferir de la interpretación del penúltimo inciso del artículo en mención que establece que: “si se anula una de las cláusulas a las que se refiere este artículo, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción”. La ley establece que si se anula una de las cláusulas contenidas en dicho artículo, las demás conservaran su validez. De lo anterior se puede concluir que la sanción que el legislador estableció si se llegare a incluir una de las cláusulas del artículo 133 en un contrato de prestación de servicios públicos es la nulidad de dicha cláusula, entendiendo que las demás que no estén sujetas a la misma sanción, seguirán teniendo validez.

**3.3.2 Legislación comercial.** En materia comercial se han establecido ciertas normas para defender a los consumidores; tales como la Ley 256 de 1996 sobre competencia desleal, la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y el Decreto 3466 de 1982 (Estatuto del Consumidor), el cual no se explicará

porque no contiene aportes significativos al tema de las cláusulas abusivas<sup>72</sup>. Aunque en el cuerpo del Código de Comercio no se reguló el tema de las cláusulas abusivas, en materia de transporte sí existe un artículo que establece una prohibición de exoneración de responsabilidad que fue realizada por una modificación al código en mención, de la cual se hablará más adelante.

### **3.3.2.1 Normas sobre competencia desleal: ley 256 de 1996**

Para tener claro el tema de la competencia desleal es necesario hacer referencia al tema del cambio de paradigma en dicha legislación, “de un modelo profesionalista y restringido sólo para los comerciantes a un modelo de mercado o social”<sup>73</sup>. Lo anterior se debe tener en cuenta porque dicho cambio abrió las puertas a la protección de los consumidores y de otras personas que por no ser profesionales no contaban con la protección de esta ley. Lo anterior es de vital importancia debido a que:

*...“el derecho de la competencia comprende dos grandes áreas de estudio, en primer lugar, comprende el denominado derecho de la competencia desleal, que es aquel que regula las relaciones de los agentes dentro del mercado y la rivalidad existente entre los mismos para la constitución, conservación y desarrollo de la clientela, sancionando todos aquellos comportamientos que resultan contrarios a los usos y las buenas costumbres mercantiles*

---

<sup>72</sup> El mencionado decreto establece que “solo son admisibles como causales de exoneración de la responsabilidad del productor que da lugar a la aplicación de las sanciones administrativas previstas en los artículos 24 y 25 y a la indemnización de perjuicios contemplada en el artículo 36, la fuerza mayor, el caso fortuito no sobrevenido por su culpa, el uso indebido del bien o servicio por parte del afectado conforme al procedimiento indicado en el artículo 28. En todo caso deberá probarse también el nexo de causalidad entre el motivo de exoneración invocado y la falta de correspondencia entre la calidad e idoneidad registradas o las contenidas en la licencia o en la norma técnica oficializada, o con las que ordinaria y habitualmente se exijan en el mercado y las que efectivamente tenga el bien o servicio respectivo”. Aunque el mencionado Decreto no profundiza en el tema de las cláusulas abusivas, si establece una norma que regula la presencia de causales de exoneración. Según el citado decreto: “Las causales de exoneración previstas en el artículo anterior no se aplicarán en los siguientes casos: a). Cuando no se haya efectuado el registro u obtenido la licencia que sean legalmente obligatorios. B) Cuando el registro efectuado no se ajuste a las condiciones de calidad e idoneidad descritas en el artículo 1º o a las condiciones determinadas por la autoridad competente o a las normas técnicas oficializadas. c). Cuando no se advierta al público sobre la existencia del registro, la licencia o la norma o normas técnicas oficializadas. d). Cuando no se haya indicado el término de la garantía mínima presunta, siendo obligatoria su indicación”.

<sup>73</sup> RENGIFO GARCIA, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. 2a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004, pág. 254.

*y en segundo lugar, comprende las practicas restrictivas de la libre competencia o derecho de la promoción de la competencia, el cual proscribire y sanciona todas aquellas conductas que de alguna manera restringen, limitan o eliminan el desarrollo de la libre competencia al interior de un mercado: Ley 155 de 1959 y Decreto 2153 de 1992”.*<sup>74</sup>

En materia comercial la ley 256 de 1996 en su artículo 7 establece una prohibición general en donde dice que: “Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial. Se constituye así, una prohibición general que se basa en el respeto al principio de la buena fe comercial, y se sancionan actos o hechos que resulten contrarios a las sanas costumbres mercantiles, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor. Pero esta ley, a continuación, hace una enumeración de actos que se consideran como competencia desleal, tales como: actos de desviación de clientela, actos de desorganización, actos de descrédito, actos de comparaciones, etc.,

Se considera que el objeto principal de la presente ley es el de garantizar la libre y leal competencia, en beneficio de todos los que participen en el mercado y, en consecuencia, la prohibición general es una restricción que abarca las prácticas abusivas que se puedan presentar en un contrato de adhesión. Este tema de la competencia desleal fue creado en armonía con la Constitución Política colombiana que, expresamente, prohíbe el abuso de la posición dominante, aunque de manera general. En la ley 256 esta prohibición está encaminada a proteger las relaciones que se puedan presentar en el mercado.

Es importante analizar el tema de la competencia desleal desde el punto de vista de la legitimación por activa, debido a que como su campo de aplicación se extendió a un campo mayor de agentes, pues su legitimación es para entablar acciones de protección, prohibición o sanción también. Quizás esta es la característica que diferencia la competencia desleal de las prácticas

---

<sup>74</sup> PALACIO CARDONA, RODRIGO. *Aspectos generales del derecho de la competencia desleal, derecho de la competencia*, 1ª ed. Dike, 2003, Medellín, pág. 53.

restrictivas de la competencia, debido a que, en esta la acción puede ser ejercitada por cualquier persona que participe o demuestre su interés de participar en el mercado, incluso el Ministerio Público puede acudir a interponerla<sup>75</sup>. Aunque ésta norma no contiene una regulación expresa sobre las cláusulas abusivas, estos dos temas están muy ligados debido a que los dos parten del supuesto de protección de la justicia, del equilibrio contractual y del principio de la buena fe, encaminado a permitir la libre competencia y evitar conductas tales como los pactos de exclusividad. La posición anteriormente mencionada se puede entender mejor, citando a Ernesto Rengifo quién expresó lo siguiente:

*...“Para entender esa relación que hemos propuesto entre cláusulas abusivas y régimen de la competencia desleal se debe entender el cambio de paradigma que implicó la Ley 256 de 1996 con respecto a la normativa de la competencia desleal que disciplinaba el Código de Comercio del año 1970. Éste había reglamentado el tema desde una perspectiva que se puede llamar profesional, es decir, un régimen dirigido de manera exclusiva a los comerciantes: sólo entre comerciantes se aplicaban las conductas constitutivas de competencia desleal. Pero, además, para que la normativa operara era necesario que los comerciantes se dedicaran a una actividad comercial común (common field activity): si no existía una actividad similar o equivalente tampoco aplicaba la competencia desleal. Total, si no se era comerciante y si no se desplegaba una actividad común, la normativa aplicable no eran los artículos 75 y siguientes del Código de Comercio, sino el régimen de la responsabilidad civil extracontractual, si con un acto desleal se había ocasionado un perjuicio a otra persona o incluso a otro comerciante pero en actividad comercial diversa. Esos criterios restrictivos para el uso del régimen de la competencia (ser comerciante y estar dedicado a una actividad común a la del infractor) fueron precisamente modificados por la Ley 256 al cambiar de modelo y al acoger un modelo más amplio que se suele llamar de mercado o social (...) Pues bien, si la prohibición general contenida en la Ley 256 es aquella según la cual no se pueden realizar actos de competencia desleal y que los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial (art. 7º), y si en la cláusulas abusivas subyace un punto de confrontación con el principio de la buena fe y del justo equilibrio de las prestaciones,*

---

<sup>75</sup> Véase RENGIFO GARCIA, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, ob. cit., pág. 254

*se observa al rompe la relación entre éstas y el nuevo régimen de la competencia desleal que acoge el modelo de mercado*<sup>76</sup>.

Precisado lo anterior y entendida la diferencia básica entre la competencia desleal y las prácticas restrictivas y su conexión con las cláusulas abusivas, que se pueden presentar en los contratos por adhesión, podemos proseguir con el desarrollo de la ley 155 de 1959,

**3.3.2.2 Normas sobre prácticas restrictivas de la competencia: ley 155 de 1959 y decreto 2153 de 1992.** Hemos visto en páginas anteriores que el abuso del derecho constituye la columna vertebral del fundamento de la teoría de las cláusulas abusivas en los contratos. En últimas, lo que se intenta con las leyes de la competencia es lograr una competencia sana en el mercado, evitando actos, conductas y acuerdos restrictivos que atenten contra la libre iniciativa económica dando aplicación a lo que el artículo 333 de la Constitución Política ha llamado abuso de la posición dominante, que en última instancia constituye un abuso del derecho en el mercado<sup>77</sup>.

Las normas que regulan las prácticas restrictivas de la competencia se encuentran consagradas en la ley 155 de 1959 y en el decreto 2153 de 1992<sup>78</sup>. El fin de estas normas es prohibir ciertos actos, acuerdos y conductas que se consideran de objeto ilícito por tener repercusiones muy negativas en el desarrollo normal del mercado<sup>79</sup>. Para los efectos del entendimiento de estas normas, el decreto 2153 trae un catálogo de definiciones que consiste en lo siguiente:

---

<sup>76</sup> RENGIFO GARCIA, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, ob., cit, pág. 253.

<sup>77</sup> *Ibíd.*, pág. 253.

<sup>78</sup> El artículo 46 del decreto 2153 establece que: “En los términos de la ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito”.

<sup>79</sup> Aunque resultaría interesante desarrollar el tema de la Regla de la Razón y de la regla “Per se”, teorías que se utilizan para aplicar las normas de la libre competencia a la conducta de los agentes en el mercado, se desbordaría el tema central de esta obra y por ello no se explicarán, aunque hagan parte importante del estudio de estas dos normas.

- Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o concientemente paralela entre dos o más empresas.
- Acto: Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica.
- Conducta: Todo acto o acuerdo.
- Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.
- Posición dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.
- Producto: todo bien o servicio

Todas las definiciones anteriores se incluyen en la regulación de las prácticas restrictivas de la competencia, tema que ha sido regulado por la legislación colombiana para evitar comportamientos que puedan atentar contra la promoción de la competencia, el cual proscribe y sanciona todas aquellas conductas que de alguna manera restringen, limitan o, eliminan el desarrollo de la libre competencia al interior de un mercado<sup>80</sup>. Pero, antes de seguir con el desarrollo de estas normas, es necesario explicar cómo se trata el tema de las cláusulas abusivas en el régimen de prácticas restrictivas de la competencia (Ley 155 y Decreto 2153).

*“Al igual que el régimen de la competencia desleal, bajo el nuevo paradigma institucional, de mercado o social, el régimen de las prácticas restrictivas de la competencia al proteger y estimular la misma, está protegiendo el mercado, los intereses de los competidores y de los usuarios o consumidores. Su regulación se encuentra de manera principal en la Ley 155 de 1959 y en el*

---

<sup>80</sup> PALACIO, CARDONA, RODRIGO. *Aspectos generales del derecho de la competencia desleal, derecho de la competencia*, ob., cit, pág. 53.

*Decreto 2153 de 1992, normas que prohíben las conductas que afectan la libre competencia en el mercado*<sup>81</sup>.

Este decreto señala qué acuerdos y cuales actos son contrarios a la libre competencia, y por lo tanto, su finalidad consiste en proteger el mercado de la presencia de conductas abusivas. Además de lo anterior, el decreto en estudio, también prohíbe el abuso del derecho, tema claramente ligado a las cláusulas abusivas, ya que el primero, se ha tomado como sustento teórico de las segundas. Si lo que pretenden las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia, es prohibir ciertas conductas<sup>82</sup> que se han entendido como perjudiciales al interior del mercado, pues su relación con las cláusulas abusivas y con el abuso del derecho es evidente. Ambas tienden a disminuir la presencia de actuaciones injustificadas o que desvíen la finalidad de los derechos y las prerrogativas que brinda el ordenamiento jurídico. Es por lo anterior, que el decreto mencionado trae una lista de actos<sup>83</sup> y acuerdos<sup>84</sup> que están prohibidos por considerarse perjudiciales para el funcionamiento del mercado.

Ahora bien, aunque los temas tratados en este punto de las normas comerciales tienen una relación cercana como ya se explicó, no son lo mismo y existen diferencias entre ellas, las cuales ha sintetizado Ernesto Rengifo García así:

---

<sup>81</sup> RENGIFO GARCIA, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, ob., cit, pág. 257.

<sup>82</sup> Al hablar de conductas, nos referimos a la definición planteada por el Decreto 2153 de 1992, según el cual, “conducta es todo acto o acuerdo”, y por ende, también hablamos de posición dominante como conducta.

<sup>83</sup> Para el Decreto 2153 se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos: 1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el Estatuto del Consumidor; 2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios y 3. Negarse a prestar o vender servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

<sup>84</sup> El mismo decreto trae una lista de acuerdos contrarios a la libre competencia, entre los cuales, se encuentran los siguientes: 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios; 2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros; 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas o suministro etc.

*...Se puede afirmar que existe abuso del derecho cuando se presenta un ejercicio anormal o disfuncional de un derecho subjetivo; habrá cláusula abusiva cuando en el contenido de un contrato existe una ventaja desproporcionada para una de las partes en cuanto a los derechos y obligaciones que dimanen de la relación jurídica, y existirá abuso de la posición dominante (de mercado) cuando el titular de una situación jurídica subjetiva obtiene una ventaja significativa y abusiva en el mercado en detrimento de la libre competencia<sup>85</sup>.*

El autor anteriormente citado propone un ejemplo en donde pueden concurrir las hipótesis mencionadas; por ejemplo, en el suministro de un producto, se supedita a la aceptación de obligaciones adicionales: “le vendo el computador, siempre y cuando, señor comprador, adquiera la impresora, su cartucho de tinta y el papel”. Esta conducta podría ser censurada desde el punto de las prácticas restrictivas porque el vendedor podría estar abusando de la posición preponderante que ostente en el mercado y podría ser sancionada igualmente por romper la equidad, la justicia y el principio de buena fe en el contrato, es decir podría ser sancionada por abuso del derecho por incluir cláusulas abusivas en un contrato.

Otro ejemplo que puede servir para ilustrar la situación en cuestión y que es de constante ocurrencia en Colombia consiste en las ventas atadas que hacen las grandes empresas de telecomunicaciones celulares: si alguien quiere ir a comprar un teléfono móvil celular, se encuentra con que el teléfono lo venden con un paquete de servicios que son irrescindibles del celular, es decir si ese comprador deseara comprar sólo el aparato no podría; en el paquete ofrecido por la empresa incluyen el seguro del celular, derecho a buzón, derecho a identificador de llamadas y, por último, y como si no fuera una función esencial del celular, estas grandes empresas abusan cobrando el servicio de identificación de las llamadas, lo cual incrementa al doble el precio que el comprador estaba dispuesto a pagar. La conducta anterior podría ser sancionada por las normas de competencia desleal, por abuso de la posición

---

<sup>85</sup> RENGIFO, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, ob., cit. pág. 258.



dominante y, por el abuso del derecho, por incluir cláusulas abusivas en el contrato.

**3.3.2.4 El caso del transporte en el Código de Comercio.** En la misma medida, en materia de transporte, el artículo 992 del Código de Comercio, modificado por el decreto 01 de 1990, establece que “las cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, no producirán efectos”. Nótese cómo en este caso, es la misma ley la que establece una prohibición para el transportador, una prohibición específica, que en caso de presentarse no puede llegar a producir efectos en el mundo jurídico. Aunque en este caso la ley no hace mención alguna en cuanto a si la exoneración de responsabilidad en este caso es una práctica abusiva o es considerada como cláusula abusiva, sí es claro que de incurrirse en la conducta descrita por la norma, la cláusula o cláusulas son ineficaces, es decir, no pueden producir efectos.

Hay una inclinación por la tesis, según la cual en esta norma se incluyó una prohibición tácita y específica de cláusulas abusivas que la doctrina ha llamado “exoneración total de responsabilidad”. Así, si el transportador tiene la obligación de prestar un servicio de transporte, debe así mismo actuar diligentemente y poner todo su empeño y atención en la prestación realizada; además, según el principio de la buena fe, el transportador debe obligarse no sólo a lo que en el contrato se estipula sino también a lo que naturalmente emana de las obligaciones por el prestadas. Por lo tanto, si se pudiese pactar exoneración de responsabilidad en todos los casos, el transportador podría actuar negligentemente y no responder por su conducta descuidada. Así se está desviando la finalidad de la naturaleza de cualquier contrato según la cual la persona que actúe con dolo o con culpa y cause un perjuicio, debe repararlo.

### 3.4 CÓDIGO CIVIL

Aunque el Código Civil Colombiano no hace una mención expresa de las cláusulas abusivas en los contratos, por razón de que en la época en que fue expedido no existía, en la tradición jurídica de esos tiempos, el desarrollo de los contratos por adhesión ni de las cláusulas abusivas, sí trae un artículo que ha servido de base para los jueces en el desarrollo e interpretación de las cláusulas abusivas, también llamadas vejatorias por la jurisprudencia.

De acuerdo con lo anterior, el mencionado estatuto trae consigo las normas de interpretación de los contratos, entre las cuales es necesario hacer mención en especial al artículo 1624 en el cual se establecen las pautas para interpretar el contrato a favor del deudor de la siguiente manera: “no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretaran las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretaran contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

La jurisprudencia se ha expresado en cuanto a lo anterior diciendo que:

*“Ni la jurisprudencia ni la doctrina le han negado a los contratos de adhesión fuerza vinculatoria contractual, sino por el contrario, los han encontrado en escenarios adecuados para desarrollar ciertos principios de hermenéutica contractual, por cuanto, si bien la desigual posición de las partes en la formación de éstos acuerdos, ha originado seria disparidad de criterios sobre la naturaleza jurídica, hasta el punto de que algún sector de la doctrina se ha inclinado por negarle a tales contratos su carácter contractual, otro, mayoritario, sostiene la llamada teoría contractual de los actos de adhesión, mediante la aducción de una razón apta para absolver toda perplejidad: en definitiva, el contratante débil resulta vinculado sólo por la aceptación que otorga, pudiéndola también rechazar”.<sup>86</sup>*

---

<sup>86</sup> Corte Suprema de Justicia. Caso Civil de 8 de Mayo de 1974. Gaceta Judicial. Tomo CCXXV No.2464, Segunda parte, pág. 321.

Otras posiciones doctrinarias, han manifestado en cuanto al artículo 1624 del Código Civil que:

*...“Establece la norma mencionada que las cláusulas dictadas por un contratante, bajo la forma de condiciones generales o en modelos o formularios, se interpretan, en caso de duda, a favor del otro contratante, apartándose en este sentido de las reglas generales de interpretación (que se inspiran, como se ha visto, en la compaginación de los intereses opuestos de las partes). La razón de ser de esta solución ha de buscarse no solo en la consabida necesidad de la tutela del adherente, sino también, y quizá principalmente, en la consideración de que el sujeto que predispone las cláusulas, ha debido hablar claro si quería darle a la cláusula un sentido favorable a él, y si no lo hizo, mal puede pretender dárselo, valiéndose de la duda. (C. C. col. arts. 1624-2)”*.<sup>87</sup>

En otra sentencia importante, la Corte Suprema de Justicia expresó:

*...“Que el acuerdo se forme por libre discusión entre las partes o porque una de ellas adhiere a cláusulas invariables de ofertas generales de contratación, no hace al fondo mismo de la obligatoriedad, igual en principio para ambas hipótesis, aunque, sin embargo, haya de variar el criterio interpretativo, que por la naturaleza de las cosas debe favorecer a quien adhiere a cláusulas que en forma alguna redactara”*.<sup>88</sup>

Existen autores, como Luis Padilla, que refiriéndose al artículo 1624 en estudio, consideran que la equidad cumple una función reguladora, por tanto que, “la equidad tiene la doble función de adaptación del principio jurídico normativo general al caso particular, y de creación del mismo en su defecto. Desempeña pues, el papel de moderadora o de reguladora de la justicia legal y por eso, se dice de ella que, en su esencia, es justicia con prioridad a la legal”.<sup>89</sup>

Existen otras apreciaciones doctrinarias importantes en cuanto a la interpretación *contra proferentem*, como la ha llamado Juan Benítez Coarci expresando que:

---

<sup>87</sup> RENATO SCONGNAMIGLIO. *Teoría general del contrato*, traducción de Fernando Hinestrosa. 1961, Bogotá, Pág. 246-247

<sup>88</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de mayo de 1936, M.P.: JOSÉ HERNÁNDEZ ARBELÁEZ, CII, 98 y 99.

<sup>89</sup> LUIS PADILLA C., *La justicia*. Escuela libre de derecho, México, D.F., 1956, pág. 78.

*...”Como sabemos, la interpretación contra proferentem se encuentra regulada en el artículo 1304, inciso 2º del Código Civil, el cual extiende su ámbito de aplicación a todo el derecho patrimonial; como consecuencia de la fórmula limitada establecida en el terreno del derecho de consumo, el citado precepto legal prescribe: las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretaran contra ella... Resulta que la doctrina tradicional considera que la interpretación mas favorable al consumidor es aquella que se realiza siempre en contra del predisponente”.*<sup>90</sup>

Aunque la posición de Coarci, pertenece al derecho uruguayo, es aplicable al artículo 1624 del Código Civil Colombiana porque las estructuras de los dos artículos son similares. En palabras del autor:

*...”El punto neurálgico de la interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas se encuentra reglamentado en el artículo 1624 del Código Civil, cuyo segundo inciso – a excepción de cinco palabras sin mayor connotación- es idéntico al artículo 1304, inciso 2 del Código Civil uruguayo; y, por ello, las conclusiones ut supra expuestas son aplicables mutatis mutandis. La única complicación mayor que deberá padecer el jurista colombiano será la inexistencia de un medio ambiente legal como el uruguayo”*<sup>91</sup>.

Para lograr una mayor claridad de cómo la jurisprudencia ha tratado el tema de la interpretación de las cláusulas ambiguas en los contratos por adhesión, es importante mencionar lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en casación de 1980, en donde se estableció que:

*“Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales, incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno solo de los contratantes (...) Es igualmente cierto que, inspiradas en la equidad, la*

---

<sup>90</sup> BENÍTEZ COARCI, JUAN J. *La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas*. Temis. Bogotá. 2002, pág. 47.

<sup>91</sup> *Ibidem*, pág. 129.

*jurisprudencia y la doctrina han sostenido que estos contratos deben ser interpretados a favor de la parte que ha dado su consentimiento por adhesión. Más, este criterio interpretativo no puede entrañar un principio absoluto: es correcto que se acoja cuando se trata de interpretar cláusulas que por su ambigüedad u oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos, pero no cuando las estipulaciones que trae la póliza son claras, terminantes y precisas. En tal supuesto esas cláusulas tienen que aceptarse tal como aparecen, puesto que son el fiel reflejo de la voluntad de los contratantes y por ello se tornan intangibles para el juez. Pueden aparecer ante esta exageradas, rigurosas y aún odiosas tales estipulaciones; sin embargo, su claridad y el respeto a la autonomía de la voluntad contractual le vedan al juzgador, pretextando interpretación, desconocerles sus efectos propios”<sup>92</sup>.*

Para finalizar el análisis de la norma interpretativa contenida en el artículo 1624 del Código Civil, es importante mencionar la posición de Ernesto Rengifo García que expresa lo siguiente:

*...“Nuestro Código Civil la consagra en su artículo 1624, dictado en un ambiente individualista, pero cuyo sentido y aplicación se ha redimensionado debido al fenómeno de los contratos por adhesión. A raíz de las condiciones generales, esta regla de interpretación ha devenido más exigente por cuanto ella no sólo operaría en contra de quien redactó la cláusula, cuando ésta es oscura, dudosa o ambigua, sino que también operaría cuando el intérprete, por ejemplo, frente a una duplex interpretatio de una cláusula contractual, acoge aquella interpretación que resulta más favorable al adherente; es decir que independientemente de que la cláusula general sea ambigua u oscura, ella se debe siempre interpretar, tratándose de condiciones generales, a favor del adherente”<sup>93</sup>.*

De acuerdo a la jurisprudencia y doctrina mencionadas, podemos concluir que el artículo 1624 del Código Civil, ha servido para interpretar los contratos por adhesión y las cláusulas contenidas en ellos. En Colombia, no es muy profusa la existencia de normas que permitan la interpretación de los contratos por adhesión y las cláusulas generales. De ahí, la importancia de la mencionada

---

<sup>92</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de agosto de 1980, M.P.: HUMBERTO MURCIA BALLENA, CLXVI, 117 a 131.

<sup>93</sup> RENGIFO GARCIA, ERNESTO. *Del abuso del derecho al Abuso de la posición dominante*. 2a ed. Universidad Externado de Colombia, 2004, Bogotá, pág. 213.

norma. Esta norma interpretativa, se ha extendido no solo a estipulaciones que no sean claras y, hayan sido extendidas por una de las partes, sino que también aplicaría en situaciones en donde existe una doble interpretación, y el juez, se debe decidir por aquella que sea más benéfica o menos gravosa para el adherente o consumidor. Lo anterior, explica el por qué se ha dado un trato especial a la interpretación de las cláusulas contenidas en estos contratos. Es por la desigualdad que se genera, por el poder de una parte y, la debilidad de la otra.

#### 4. IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE COMO CRITERIO INTERPRETATIVO DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

La autonomía de la voluntad privada es el principio que rige las relaciones entre particulares y por virtud de él las partes tienen un campo de acción, que si bien no es absoluto, sí marca una pauta para determinar el margen en que éstos deben desarrollar sus propias relaciones. Como ya lo hemos dicho antes, éste esquema de la voluntad privada se ve limitado por cuestiones como el orden público y la buena fe al momento de emitir la manifestación de la voluntad por medio de un contrato o cualquier acto jurídico encaminado a producir efectos en la vida del derecho.

Como lo dice el profesor Jorge Santos Ballesteros:

*...Si el contrato es un acuerdo de voluntades para producir obligaciones, se está hoy en día lejos de considerar a las partes en completa libertad para producir su objeto. Como otras instituciones jurídicas, los contratos sufren cada vez más la fiscalización, la acción de los poderes públicos que se preocupan de las condiciones en que se celebran, de los efectos que producen, de las cláusulas que comprenden, de la recta interpretación que tienen”<sup>94</sup>...el viejo principio de la autonomía de la voluntad de las partes se acomoda a los principios que en razón del orden social ven en esta materia no un fenómeno puramente privado, sino también un hecho con hondas repercusiones sociales.*

Con las precisiones anteriormente mencionadas, el artículo 1603 del Código Civil establece el principio de la buena fe en los siguientes términos: “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella”. Así es que el

---

<sup>94</sup> SANTOS BALLESTEROS, JORGE. *Instituciones de responsabilidad civil*. Tomo I. 2ª ed, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006, pág. 92-93.

postulado de la buena fe abarca una gran cantidad de relaciones jurídicas, permeándolas de una obligación de lealtad y transparencia en su desarrollo<sup>95</sup>.

Según Ospina Fernández la apreciación y el concepto del postulado de la buena fe corresponde al principio según el cual: “Los actos jurídicos deben ser cumplidos de buena fe, vale decir con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada a que obedece su celebración”<sup>96</sup>.

El Código Civil, en concordancia con el principio de la buena fe, establece en el artículo 1618 que “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” y en el 1621 complementa diciendo que cuando no se pueda establecer la voluntad contraria, debe estarse dispuesto a lo que mejor encuadre en la naturaleza del contrato que se celebró.

El ordenamiento positivo establece unas pautas generales de comportamiento a las partes en cualquier contrato o acto jurídico que se celebre, otorgando una luz de interpretación cuando resulte cualquier problema en la ejecución, interpretación o cumplimiento del mismo, pero con el desarrollo actual de las relaciones comerciales, con la rapidez que requieren ciertos campos del desarrollo económico, no es suficiente una orientación genérica que se limite a establecer pautas generales de actuación, pues en muchos casos esas pautas, por su misma naturaleza general, pueden ser violadas o inobservadas por los

---

<sup>95</sup> Para plasmar un ejemplo de la amplitud del principio de la buena fe en la jurisprudencia de Colombia, se puede analizar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 11 de Mayo de 1970 citada por el profesor Jorge Santos Ballesteros en la cual se establece que la responsabilidad contractual no necesariamente nace de la existencia de un contrato sino en general de la presencia de un vínculo jurídico preestablecido entre las partes. Es decir, que la buena fe no solo es aplicable en el terreno contractual, sino que también puede ser considerada como norma de conducta a las partes en la etapa precontractual, indicándoles cómo deben comportarse en los tratos prenegociales, es decir, cuando apenas se está gestando en el interior de las partes la intención de manifestar su voluntad y exteriorizarla para que ella produzca sus efectos en el mundo jurídico.

<sup>96</sup> OSPINA FERNÁNDEZ GUILLERMO. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 6a ed. Temis Bogotá, 2000. pág. 327.



particulares al momento de manifestar su voluntad<sup>97</sup>; es por esto que en éste campo, el ordenamiento jurídico positivo es el encargado de velar impositivamente por que éstas pautas se cumplan a cabalidad y, no sólo esto, sino que también requiere la adopción de normas concretas que limiten el ejercicio de la voluntad privada como anteriormente se explicó.

Con ocasión de la celebración de un contrato financiero entre un particular y una entidad financiera, la Corte Suprema de Justicia dijo lo siguiente, ilustrando el tema de la importancia del principio de la buena fe contractual:

*...”La Corte no puede dejar pasar por alto el contenido de notoria inequidad que comporta la inteligencia que el tribunal le confirió a la cláusula contractual, exhibida por la parte demandada como exonerativa de cualquier compromiso con el demandante, porque de admitirse ésa como una interpretación aceptable para ese tipo de cláusulas de estilo, se estarían desconociendo directrices jurisprudenciales que en el campo de la hermenéutica han sido propuestas, amen de dar pábulo a prácticas irregulares que a su vez se tornan abusivas, porque con fundamento en tales interpretaciones y concurriendo circunstancias como las que el caso en estudio ofrece, se deja al usuario del servicio de crédito en manos de la entidad financiera, que de por sí en una economía de mercado tiene una posición dominante, más cuando se trata del incumplimiento de cláusulas fundamentales del contrato. Recuérdese que la entidad demandada suscribió la escritura de compraventa del barco, donde aparece que parte del precio sería pagado con el préstamo otorgado por la demandada, siendo ésta,*

---

<sup>97</sup>

Para ilustrar el desequilibrio contractual al que se puede someter a la parte débil de un contrato se puede ver la sentencia T-307 de 1997 de la Corte Constitucional, en la cual se obliga a una EPS, por medio de la acción constitucional de tutela, a prestar los servicios de salud a los cuales se estaba negando por aplicación de una cláusula abusiva. Aunque aquí la Corte Constitucional no tiene la facultad de declarar la nulidad o la ineficacia de la cláusula, por no ser competencia de ella, sí es claro que puede hacerla inaplicable en el caso concreto. En esta ocasión dijo la Corte: “Lo ocurrido en este caso implica, además, la imposición de un criterio de la empresa prestadora del servicio sobre la parte más débil en la relación contractual -el usuario- y, por consiguiente, respecto de los derechos mínimos de esa parte, en el plano constitucional, no puede aceptarse que de hecho impere la definición de la empresa, sin oportunidad inmediata de acceso al servicio para quien lo necesita, amparado como está en un contrato celebrado con el fin de lograr una protección integral de la salud, y habiéndose probado que ésta era sana al celebrarlo, como en el caso presente. Se requiere, en consecuencia, dispensar el amparo constitucional con carácter definitivo, sin remitir la protección de la vida (art. 11 C.P.) a una controversia sobre el alcance de una cláusula inaplicable en cuanto contradice el carácter integral del contrato, violenta el principio de la buena fe y afecta los derechos fundamentales”.

*entonces, una legítima expectativa que la entidad financiera no podía defraudar sin la causa justificativa, pues ella con su propia conducta había contribuido a formarla. De manera que la llamada razonabilidad del contrato no permite frente a cláusulas de esta estirpe un control de contenido distinto a aquel que tenga como norte el postulado de la buena fe, y que es el único que al fin y al cabo permite no solo mantener el equilibrio contractual, que cláusulas como la comentada tienden a desvirtuar, sino controlar el poder efectivo de una de las partes<sup>98</sup>.*

La Corte Constitucional ha definido el principio de la buena fe contractual en los siguientes términos: “[S]egún el principio de la buena fe contractual, las partes obligadas por un acto jurídico actúan bajo los parámetros de la recta disposición de la razón dirigida al cumplimiento fiel de las obligaciones derivadas del acto. Se trata de reconocer que al momento de aceptar la realización de una determinada prestación, se procederá con honestidad, lealtad y moralidad”<sup>99</sup>. La Corte Suprema de Justicia, ha propuesto una definición distinta a la propuesta por la Corte Constitucional, y ha mencionado que el principio de la buena fe contractual, “es aquel que pregona que los contratos no sólo obligan a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación”<sup>100</sup>. De lo anterior, se puede concluir que, aunque las definiciones que las Honorables Cortes proponen no son idénticas, sí establecen elementos importantes para la interpretación de los contratos y, para la aplicación de la justicia y la equidad, que en últimas, son una manifestación de la honestidad y la moralidad. Existen desarrollos jurisprudenciales importantes que han explicado el espíritu del principio de la buena fe contractual y el abuso del derecho de la siguiente manera:

*...“Son éstas, sin duda, las bases más claras que hoy en día, a la luz de estos postulados constitucionales, le suministran vigoroso sustento a la doctrina en cuestión, entendido como queda la ética colectiva, aquella que la sociedad ampara y procura hacer efectiva con su aprobación o con su rechazo, le dispensa holgada cobertura al ordenamiento positivo el cual, sin las ataduras*

<sup>98</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de Marzo de 1998, M.P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

<sup>99</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 2004 (M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL).

<sup>100</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia 11135 de noviembre 18 de 1998, Sala de Casación Laboral. M.P., FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ.

*impuestas por indoblegables guiones conceptuales, recoge las normas de comportamiento individual exigibles para asegurar una convivencia social justa; y es precisamente penetrando con profundidad en esta idea como puede llegarse a percibir, sin que medie objeción valedera alguna, la evidente conexión que, en el plano de las relaciones contractuales, existe entre la prohibición del abuso y la exigencia de buena fe consagrada en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, ello hasta el punto de poder afirmarse sin escándalo que en este terreno, la primera no viene a ser cosa distinta de una modalidad peculiar de infracción del imperativo general de conducta que la segunda implanta; (...) En consecuencia, el descomunal disparate que el recurrente encuentra en la sentencia por cuanto admite ella la posibilidad de abuso en el terreno de las negociaciones contractuales, no existe en verdad pues el acto ilícito abusivo, contra lo que sostiene la censura, tiene su fisonomía jurídica propia y en buena medida autónoma, por lo que no siempre implica de suyo un supuesto de responsabilidad extracontractual o aquiliana; también puede justificar la reparación pecuniaria de daños conforme a las reglas de la responsabilidad contractual y, lo que resulta todavía más significativo, permite denegar protección jurídica a pretensiones que impliquen el ejercicio en condiciones abusivas de las facultades en que se manifiesta el contenido de situaciones jurídicas individuales activas de carácter patrimonial”<sup>101</sup>.*

La importancia del principio de la buena fe en los contratos es evidente. La buena fe sirve de criterio interpretativo, de marco general y, adicionalmente, se erige como uno de los fundamentos que en compañía del principio de la autonomía de la voluntad privada alimentan la actividad contractual. Así lo ha indicado la doctrina, expresando que “la autonomía privada no es el único principio fundamental sobre el que descansa la contratación privada, pues existe otro principio de igual jerarquía como la buena fe, y de la sumatoria de ambos debe determinarse la fuerza obligatoria del contrato”<sup>102</sup>.

En conclusión “mediante la aplicación del principio de la buena fe se pueden corregir los excesos del *pacta sunt servanda*, y con mayor razón en el sistema

---

<sup>101</sup> Corte Suprema de Justicia. Casación Civil, sentencia de 19 de octubre de 1994, exp. 3972. M.P. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS

<sup>102</sup> SOTO, CARLOS ALBERTO Y MOSETT ITURRASPE JORGE. *El contrato en una economía de mercado*. 2ª edición, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009. pág. 92.

de contratación masiva o predispuesta, donde la libertad contractual se encuentra limitada en los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales o ausente en los contratos por adhesión”<sup>103</sup>.

---

<sup>103</sup> Ibídem, pág. 92

## 5. ESTADO ACTUAL DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA Y EVOLUCION JURISPRUDENCIAL

Para lograr una visión completa de las cláusulas abusivas en Colombia, es necesario remitirnos al tratamiento que la jurisprudencia ha dado a esta importante figura.

### 5.1 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En la jurisprudencia colombiana, la primera sentencia que trató el tema de las cláusulas abusivas fue en 1936:

*...“y se produjo por el litigio ocasionado en razón del pago de unos cheques falsos con cargo a la cuenta corriente del cliente. Los jueces de instancia declararon la responsabilidad del banco por cuanto consideraron que había incurrido en culpa por no cerciorarse de la autenticidad de los instrumentos antes de pagarlos. La casación discutió la validez de ciertas cláusulas aceptadas por el cliente al retirar del banco las libretas de cheques y que en esencia establecían la irresponsabilidad del banco por el pago de cheques falsos y la renuncia del cliente a adelantar acciones judiciales contra el mismo”<sup>104</sup>*

La mencionada sentencia incorporaba cláusulas que expresaban que “si por culpa o descuido se usare de la libreta para extender algún cheque falso, el cliente, dueño de la libreta, renuncia a todo reclamo contra el banco y será responsable ante éste y ante terceros de los prejuicios que pudieren resultarle”; “todo cheque perteneciente a la libreta del girador, aun cuando su firma haya sido falsificada, será de cargo de éste al ser pagado por el cajero”, y “el que reciba una chequera del banco se hace responsable de su custodia y de cualquier uso que de ella se haga”<sup>105</sup>. Ernesto Rengifo menciona que “la corte para rechazar la validez de las cláusulas de no responsabilidad recurre a un concepto indeterminado o, si se quiere, meta jurídico, como es el del orden

---

<sup>104</sup> RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. 2 ed. Universidad Externado de Colombia, 2004. . p. 303

<sup>105</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de diciembre de 1936, M.P.: ANTONIO ROCHA, XLIV, 405 a 415.

social. Esto resulta explicable en la medida en que la sentencia constituía el inicio en el derecho colombiano del tema de las cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias”<sup>106</sup>.

También en el año 1936, la Corte Suprema de Justicia expresó lo siguiente con ocasión de un contrato de seguro:

*“La opción consagrada por la póliza a favor de la compañía es muy distinta. No es una opción entre dos prestaciones de valor desigual como la que el recurrente enuncia. Es que -interpretarla de otro modo equivaldría hacer todo lo contrario de lo que la doctrina enseña en materia de contratos de adhesión- una opción entre dos prestaciones equivalentes, o, mejor dicho, entre dos formas o modos de llegar a un mismo resultado: la indemnización del daño sufrido por el asegurado. No se trata para la compañía de escoger entre una prestación que realmente implique indemnización y otra que no alcance a indemnizar completamente al asegurado, sino de la escogencia entre la indemnización en dinero y la indemnización en especie (...) En otros términos: la locución –monto de la pérdida o daño- no puede interpretarse, sobre todo tratándose como en este caso de un contrato de adhesión, en el sentido de que en ella sólo queda comprendido el valor que la cosa destruida tenía en el momento del incendio, para darle, mediante esa interpretación, al asegurado, una suma inferior a la que representa el valor de construcción de un edificio igual al incendiado, porque ello conduciría a que dicho asegurado no quedara debidamente indemnizado o, lo que es lo mismo, a que el daño sufrido por él no quedará completamente reparado”<sup>107</sup>.*

En la cita anteriormente mencionada, se puede ver cómo la Corte, dio aplicación a las normas de interpretación de los contratos del Código Civil, estableciendo que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe ceñirse a ella más que a lo literal de las palabras.

---

<sup>106</sup> RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. ob, cit, 2004. pág. 304.

<sup>107</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de diciembre de 1936, M.P.: EDUARDO ZULETA ÁNGEL, XLIV, 674 a 684.

Más adelante, hacia el año de 1970, la Corte precisó el tema de la injerencia del principio de la autonomía de la voluntad privada en los contratos por adhesión, expresando lo siguiente:

*“[P]ara que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o más personas concurren a su formación, y poco importa que, al hacerlo, una de ellas se limite a aceptar las condiciones impuestas por la otra; aun así, aquella ha contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo (...) Es claro que si la adhesión de una parte a la voluntad de la otra basta para formar el contrato, todas las cláusulas del mismo se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente (...) En conclusión: no es cierto, como lo pretende la censura, que el contrato de seguro, aunque se celebre por adhesión, no admita en toda su amplitud la operación del postulado de la autonomía de la voluntad privada, tal cual éste se encuentra consagrado en la ley, entre otros el artículo 1602 del C.C., para todos los contratos preestipulados o no, así como tampoco es cierto que las partes, en ejercicio de dicha autonomía, no puedan insertar en el contrato todas las estipulaciones que estimen convenientes, desde luego con la limitación general de no contrariar el orden público y las buenas costumbres, especialmente cuando éstos están amparados por leyes imperativas, como lo prescriben los artículos 16, 1518, 1523, 1524 y concordantes del C. C.”<sup>108</sup>.*

De acuerdo a la jurisprudencia establecida por la Corte en la mencionada sentencia, resulta interesante plantear la teoría que sobre la autonomía privada en la contratación masiva ha planteado Carlos Alberto Soto Coaguila.

*“Con relación a la libertad contractual o de configuración interna, la realidad es mucho más evidente. Cuando contratamos masivamente, la etapa de la negociación o de las tratativas, que es donde se exterioriza la libertad contractual para determinar la forma y contenido del contrato, es prácticamente inexistente (...) Ahora, esto no es un capricho de la sociedad, es una realidad. Las personas no pueden darse el lujo de estar negociando cada uno de los contratos que diariamente realizan. La contratación masiva es el vehículo que logra que las personas puedan intercambiar los bienes y servicios de una manera eficiente. Como puede observarse, la autonomía privada, basada en estas dos libertades, adolece de profundas grietas. Esta estructura fue*

---

<sup>108</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de diciembre de 1970, M.P.: Guillermo Ospina Fernández, CXXXVI, 183 a 192.

*pensada y diseñada para una contratación paritaria en la que hay tratativas, negociaciones; en fin, están presentes tanto la libertad de contratar como la libertad contractual. En cambio, para la contratación masiva, esta estructura es inapropiada, no funciona”<sup>109</sup>.*

Resulta importante contrastar las dos posturas, la de la Corte y la de la doctrina atrás citada, pues con esto, se puede abarcar la complejidad de la discusión sobre los contratos por adhesión y la voluntad privada. Reiteramos, en ningún momento estamos negando la naturaleza contractual de los contratos por adhesión, pues mal haríamos tomando esa posición. Lo que sí es importante resaltar, es cómo la realidad económica ha influido sustancialmente en las concepciones antiguas sobre las que fueron inspirados los sistemas de contratación privada.

Posteriormente el 2 de febrero de 2001, la Corte Suprema de Justicia<sup>110</sup> abordó de manera directa la presencia de una cláusula abusiva en un contrato de seguro. La cláusula consistía en limitar los medios de prueba que el asegurado tiene para probar la ocurrencia del siniestro. En esta ocasión la Corte argumentó, que es abusiva la cláusula que limita indebidamente los medios de prueba que el afianzado tiene para demostrar el siniestro. En la mencionada sentencia, la Corte abordó la presencia de las cláusulas abusivas desde el punto de vista del abuso del derecho en el ejercicio de la posición dominante y, no como lo hizo en la sentencia de 1936 atrás citada, desde un punto de vista más genérico, como es el orden social. “En este orden de ideas, se puede colegir que el abuso del derecho en el ejercicio del poder de negociación, se encuentra cuando en la predisposición de las condiciones generales de contratación se incluyen cláusulas abusivas, esto es, aquellas que favorecen de manera excesiva o desproporcionada la posición contractual del

---

<sup>109</sup> SOTO, CARLOS ALBERTO Y MOSETT ITURRASPE JORGE. *El contrato en una economía de mercado*, ob., cit. pág. 184.

<sup>110</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo, en *Jurisprudencia y Doctrina*, t.xxx, no. 352, abril de 2001, Bogotá Edit. Legis, pags. 595 a 615



predisponerte y perjudican inequitativa y dañosamente la del adherente”<sup>111</sup>. Así, la Corte afirmó las características de las cláusulas abusivas de la siguiente manera: 1. Que su negociación no haya sido individual; 2. Que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe comercial; 3. Que generen un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen los particulares. La corte mencionó que:

*...”en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas, ejemplo prototípico de las cuales lo suministra el ejercicio del llamado “poder de negociación” por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación”<sup>112</sup>.*

En otra sentencia importante, la Corte Suprema de Justicia se expresó con respecto a las cláusulas abusivas en un contrato de juego y apuesta. En la mencionada oportunidad la Corte mencionó que:

*“La referida cláusula sexta no tiene ni puede tener el alcance de privar a los apostadores de las posibilidades de ganancia cuando sus formularios no llegan a las urnas del “5 y 6” por culpa de la sociedad o de sus selladores, esto es, por el incumplimiento de la obligación de llevar allí tales formularios. Lo contrario implicaría reconocerle a la empresa la potestad de decidir a su arbitrio cuáles formularios participan en el concurso y cuales otros no, con el solo hecho de hacerlos depositar o no en las urnas mencionadas. Como esta facultad sería inadmisibles por entrañar una condición potestativa dependiente de la mera voluntad de la empresa, fuerza es concluir que la sanción prescrita por la mentada cláusula sexta no puede tener aplicación cuando el no*

---

<sup>111</sup> RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. ob, cit, 2004. pág. 317.

<sup>112</sup> Aparte citado por RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. ob. cit., 2004. pág. 317.

*advenimiento de los formularios a las oficinas del “5 y 6” se debe, no a caso fortuito, sino a negligencia o descuido imputable a la propia empresa”<sup>113</sup>.*

Otro lugar común en donde pueden llegar a presentarse las denominadas cláusulas abusivas o vejatorias, es el contrato de depósito de automóviles. Muchas veces, los prestadores del servicio de depósito de automóviles, son empresas poderosas, las cuales establecen condiciones generales al contratar con cada uno de los particulares o consumidores del servicio. En muchas ocasiones, si no en todas, las mencionadas cláusulas generales de contratación, creadas por el dueño del parqueadero contienen estipulaciones exonerativas de responsabilidad, lo cual, claramente, constituye un ejercicio abusivo de su posición en el mercado. Ya han existido varias manifestaciones por parte de la jurisprudencia y de la Superintendencia de Industria y Comercio. Esta última expresó lo siguiente en cuanto la mencionada modalidad de contratación.

*...“En desarrollo de la norma anterior, el numeral 4.1. del capítulo cuarto del título II de la circular externa 10 de la Superintendencia de Industria y Comercio (Circular Única), dispone que, “Toda persona o establecimiento que preste servicios que impliquen la entrega de un bien respecto del cual se desarrolla la actividad (reparación de vehículos en talleres, reparación de electrodomésticos, parqueaderos, servicio de lavandería, entre otros), debe expedir un recibo donde consten, entre otras, las obligaciones establecidas en el artículo 39 del decreto 3466 de 1982” (...) De conformidad con lo dispuesto en el decreto 3466 de 1982, en todos los contratos de compraventa y de prestación de servicios se entiende pactada a cargo del productor la obligación de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad del bien o servicio de acuerdo a las exigencias ordinarias y habituales del mercado y por ende, todos los bienes y servicios están amparados por una garantía mínima de calidad e idoneidad. La normatividad desarrollada en el Decreto 3466 de 1982 señala que quien responde directamente por la garantía del producto frente al consumidor es el expendedor o proveedor del bien o servicio”<sup>114</sup>.*

---

<sup>113</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 1962, M.P.: ENRIQUE LÓPEZ DE LA PAVA, C, 269 a 283.

<sup>114</sup> Concepto 02002565 del 27 de Febrero de 2002 emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

Con respecto a las cláusulas de exoneración de responsabilidad, la Corte Suprema de Justicia ha sido tajante. En su doctrina, es claro que cualquier estipulación de irresponsabilidad es nula, ineficaz y, por lo tanto, no produce efecto alguno. Con respecto a lo anterior, la Corte expresó lo siguiente:

*“Considerando aquí la cuestión, más a la luz de los preceptos legales que entre nosotros regulan la materia que al abrigo de las tesis anunciadas, cabe aceptar que evidentemente las cláusulas de irresponsabilidad, cuya presencia no es rara hoy en cierto tipo de contratos, son absolutamente nulas y por ende ineficaces cuando mediante ellas el obligado pretende eximirse de responsabilidad por su culpa grave, la que en materia civil se asimila al dolo, según el texto del artículo 63 del C.C.; desde luego que el 1522 de la misma obra le niega validez a la condonación del dolo futuro, y el 1523 ibídem estatuye que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes (...) Cuando del contrato de depósito se trata, la responsabilidad del depositario es también susceptible de sufrir variaciones por acuerdo expreso de las partes, ya que los artículos 2224 y 2247 del C.C., como lo hace también el 1604, no establecen sino reglas supletorias. Consiguientemente pueden acordar una diligencia menor y hasta suprimir la responsabilidad del depositario, salvo en casos de dolo o culpa lata. Pero para la eficacia de dicha estipulación, como contractual que es, se hace menester que el depositario demuestre la voluntad del depositante de aceptar esa atenuación o exoneración de la responsabilidad; y, en general, dicho consentimiento no resulta del solo hecho de colocar un cartel en tal sentido en el inmueble del depositario, porque tal aviso no ha llamado necesariamente la atención del depositante y porque las cláusulas contenidas en él, unilaterales generalmente, no han sido discutidas por éste y por tanto con razón frecuentemente rehúsa a aceptarlas.*

En este punto, es importante resaltar la posición de la doctrina moderna en cuanto a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión y en la contratación moderna:

*“Debido a que en la contratación masiva no existe la etapa de la negociación y la colaboración de una parte contratante en el diseño del contenido del contrato, se pueden presentar casos – como en efecto sucede - en los que la parte contratante, que ha elaborado el contrato por adhesión o las cláusulas generales de contratación, abuse de su posición jurídica de predisponer, integra*

*o parcialmente, el esquema contractual, e incorpore condiciones que exclusivamente lo beneficien o que perjudiquen únicamente al contratante adherente. Una forma usual es la exoneración o el traslado de toda responsabilidad de los productores o proveedores hacia los consumidores o adherentes al contrato predispuesto, con lo cual existe un claro desequilibrio en la relación contractual”<sup>115</sup>.*

## **5.2 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Aunque el objetivo del presente trabajo, estudia la presencia de cláusulas abusivas en la actividad contractual, consideramos necesario mencionar algunas de las posiciones esbozadas por la Corte Constitucional en materia de cláusulas abusivas, debido a que, sus fallos, constituyen un aporte invaluable en cuanto al tema aquí tratado. Por lo tanto, en este acápite, se tomarán como referencia las sentencias constitucionales más importantes emitidas por la Corte Constitucional. Reiteramos, aunque no es el tema central de la presente investigación, resulta necesario mencionarlo, precisando que sólo se explicarán fallos que directamente traten sobre la actividad contractual. Entendidas las precisiones anteriormente mencionadas, proseguimos con su desarrollo.

Para estudiar el tema de la protección constitucional de las cláusulas abusivas, es necesario precisar lo aducido por la Corte Constitucional en la sentencia T-115, en cuanto a que el abuso de un derecho contractual no tiene naturaleza constitucional. El propietario de un apartamento solicita a su arrendatario permiso para mostrar el inmueble en horario ordinario. El inquilino se negó, argumentando que se le estaba violando el derecho a la intimidad y, que lo anterior, se oponía al goce y disfrute que sobre el inmueble ostentaba. Por lo anterior el propietario del inmueble interpuso acción de tutela, por considerar que se le estaba violando su derecho de propiedad. En la mencionada sentencia, se discutió si efectivamente, se le estaba violando el derecho de

---

<sup>115</sup> SOTO, CARLOS ALBERTO Y MOSETT ITURRASPE, JORGE. *El contrato en una economía de mercado*, ob. cit, pág. 331.

propiedad por un abuso del derecho por parte del inquilino. La Corte Constitucional expresó en su momento:

*...“En el artículo 95 de la C.P., subyace un principio fundamental del ordenamiento jurídico que hace imperioso el ejercicio razonable de los derechos constitucionales (...) El orden constitucional no admite el ejercicio abusivo de los derechos reconocidos en la carta (art 95). En una perspectiva dinámica, el ejercicio de los derechos constitucionales debe ser compatible con el respeto de los derechos ajenos. Se abusa de un derecho constitucional propio cuando su titular hace de él un uso inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines. En este orden de ideas, el abuso es patente cuando injustificadamente afecta otros derechos y, también, cuando su utilización desborda los límites materiales que el ordenamiento impone a la expansión natural del derecho, independientemente de que se produzca en este caso un daño a terceros”<sup>116</sup>.*

Respecto al punto del derecho del arrendador-propietario, de penetrar en el inmueble arrendado con el objeto de mostrarlo a los interesados en su adquisición, la Corte estimó que ese derecho no estaba consagrado en la Constitución ni de ésta se desprendía; que ese derecho era de naturaleza legal o contractual y que por lo tanto no podía devenir constitucional<sup>117</sup>. Por lo anterior, la Corte sentó la posición de que a la hipótesis de hecho planteada, le correspondía una acción de estirpe legal y no constitucional, como lo pretendía el accionante. La posición anteriormente mencionada, fue ratificada por la sentencia T-240 de 1993 de la Corte Constitucional, en donde se argumentó que los derechos que se derivan de un contrato no pueden tener rango constitucional. La Corte argumentó que “[E]l demandante, no obstante que el derecho de crédito y la correlativa suspensión del mismo se consagran en un contrato suscrito con el demandado y tienen por lo tanto naturaleza contractual, ha preferido situar la controversia en el plano constitucional (...) la Corte Constitucional considera que se encuentra frente a una equivocada

---

<sup>116</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-511 del 8 de noviembre de 1993, M.P.; EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

<sup>117</sup> RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. ob, cit, 2004. págs. 346-347.

constitucionalización de una pretensión contractual”<sup>118</sup>. Esta jurisprudencia ha sido reiterada y aplicada por la Corte Constitucional<sup>119</sup> y, por lo tanto, se concluye que, el abuso de un derecho derivado de una relación contractual, no puede ser protegido vía tutela por tener acción ante los jueces ordinarios.

Por otro lado, la Corte Constitucional, ha manifestado que la negativa a contratar, en ciertos casos, puede considerarse como un abuso de posición dominante en contra de la parte a quien se le niega el derecho de contratar. En esta hipótesis, la Corte Constitucional sentó su jurisprudencia expresando que:

*“La Constitución informa el entero ordenamiento jurídico, cuyas normas se elaboran dentro de los causes en ella previstos y conforme a los principios, valores y pautas supremas que ella dispone. No obstante el poder de irradiación que se le reconoce a la Carta y que se extiende al universo de las normas infraconstitucionales, la jurisprudencia de la Corte ha sido constante en señalar que el ámbito del contrato, en principio, está librado a la regulación legal y a la autonomía de las partes. Los litigios comerciales, por consiguiente, normalmente se ventilan ante la jurisdicción ordinaria y a la luz de las fuentes pertinentes y más próximas, las que suelen coincidir con la ley y el contrato. Sin embargo, el actor y el juez de la causa, en este caso, estiman que la controversia privada que enfrenta a un pequeño empresario, fabricante de velas, con una grande empresa que se niega a suministrarle la materia prima fundamental para su proceso productivo -parafina en bloques-, tiene directa relevancia constitucional, como quiera que la conducta de esta última se traduce para el primero en una afectación manifiesta de los derechos de igualdad, trabajo y protección de la familia, lesionados a causa de la paralización de la fuente exclusiva de sus ingresos”<sup>120</sup>.*

Por lo anterior y, en concordancia con el aparte citado, para la Corte, la negativa de una gran empresa a contratar por causas de retaliación a una pequeña empresa o empresario, puede constituir abuso de la posición dominante por violar el derecho fundamental del trabajo y, debido a que, la

---

<sup>118</sup> Corte Constitucional. Sentencia T.594 del 9 de diciembre de 1992, M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

<sup>119</sup> Entre otras sentencia se pueden consultar: Sentencia T-231 de 1996 y Sentencia T-340 de 1997.

<sup>120</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-375 de agosto de 1997, M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

actividad del pequeño empresario dependía del suministro de bloques de palma que hacía la gran empresa. Además de lo anterior, la Corte argumentó que el único sustento de la familia del pequeño empresario era la fábrica de velas y, por lo tanto, la familia dependía del trabajo del empresario, situación que en criterio de la Corte merecía protección constitucional directa. Lo anterior, muestra cómo la Constitución puede llegar a tener una aplicación directa en ciertos casos, para lograr la protección de los derechos fundamentales. Aunque la tesis planteada en esta sentencia, se contradice con la esbozada en las sentencias anteriormente mencionadas de la Corte Constitucional, es importante mencionar lo expresado por Ernesto Rengifo.

*“En síntesis, la tesis de la eficacia de los derechos fundamentales frente a los sujetos de derecho privado (Drittwirkung) es un desarrollo lógico de la teoría de la irradiación de la constitución en el plano dogmático, es decir que la fuerza normativa de los derechos fundamentales penetra todos los sectores del ordenamiento jurídico. La eficacia inmediata es la aplicación directa del texto constitucional; la mediata es interpretar la norma a la luz de los principios o valores axiológicos de la constitución.*

*Pues bien, esa eficacia inmediata se puede apreciar en la sentencia que se ha comentado en tanto y en cuanto los valores y principios constitucionales tuvieron eficacia directa en la solución de un conflicto de derecho privado entre un distribuidor de materia prima y el fabricante de un producto con el uso de ésta”.*<sup>121</sup>

Una vez estudiadas las posiciones más importantes de las altas Cortes, consideramos importante mencionar el laudo arbitral de Celular Ltda. vs. Corcel s.a., por la claridad con la que expone la naturaleza de las cláusulas abusivas y su marco legal en Colombia. En la justicia arbitral, es de normal ocurrencia que, en los procesos se alegue la presencia de cláusulas abusivas. En el mencionado fallo arbitral de Celular Ltda. vs. Comcel s.a., el tribunal se pronunció sobre las cláusulas vejatorias de la siguiente manera:

*“Resumiendo, entiende el tribunal que son abusivas las cláusulas que, incluidas por regla general en un contrato de contenido*

---

<sup>121</sup> RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. ob, cit., 2004. págs. 361-362.

*predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual.*

*Por supuesto, lo “excesivo” de la estipulación, su “injustificación” o “irrazonabilidad”, su “desproporción”, son asuntos que en cada caso deben ser cuidadosamente evaluadas por el juzgador. No existen, ni podrían existir, definiciones únicas, precisas y generalizables sobre tales características”<sup>122</sup>.*

En el presente laudo arbitral, se establece el marco normativo sobre el cual reposa el tema de las cláusulas abusivas. Lo anterior, resulta de vital importancia debido a que en el capítulo siguiente se tratará el fundamento constitucional para la regulación de las cláusulas abusivas, y por lo tanto, tener claridad de las normas básicas sobre las cuales se inspira su control, resulta una herramienta importante.

*“Sin pretender hacer una enumeración completa, puede decirse que actualmente la teoría del abuso del derecho y sus variantes de las cláusulas contractuales abusivas y del abuso de la posición dominante, encuentran asidero en el derecho positivo colombiano, especialmente en los siguientes textos:*

**Constitución Política:** el artículo 95 incluye entre los “deberes de la persona y el ciudadano” el de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”. En el artículo 230 preceptúa: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos, al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Y el artículo 333 dispone: “El Estado por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que persona o empresa hagan de su posición dominante en el mercado nacional”.

**Código Civil:** entre otros textos aplicables a la materia que se analiza, contiene los siguientes: ART. 15.—“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”. ART. 16.—“No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el

---

<sup>122</sup> Laudo Arbitral. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil siete (2007). Punto Celular Ltda. v. Comunicación Celular S.A. -Comcel S.A.-



orden público y las buenas costumbres. ART. 1603.—“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”. ART. 2341.—“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido”. ART. 2356.—“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta”.

**Ley 153 de 1887, artículo 8º:** “Cuando no haya una ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”.

**Ley 142 de 1994:** al regular el contrato de servicios públicos que celebra una empresa suministradora y un usuario, define la posición dominante como “la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto del mercado de servicios y de los sustitutos próximos a este, cuando sirve el 25% o más de los usuarios que conforman el mercado”. Se ocupa también de las cláusulas abusivas y, entre otras cosas, establece al respecto la presunción legal de que las que enumera a título de ejemplo se consideran como tales, lo mismo que “cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo”.

**Decreto 2153 de 1992:** al desarrollar la prohibición constitucional de abusar de la posición dominante en el mercado, dispone en su artículo 45 que la posición dominante es “la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”. Y en su artículo 50 enumera las conductas constitutivas de abuso de posición dominante.

**Decreto 663 de 1993 o estatuto orgánico del sistema financiero:** contiene normas relativas a la protección del cliente de instituciones financieras y de una manera general prohíbe las cláusulas exorbitantes o que den lugar a un abuso de posición dominante en el campo de las relaciones contractuales”<sup>123</sup> ..

Analizadas algunas de las posiciones más relevantes de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Laudo Arbitral citado, podemos continuar con el desarrollo del fundamento constitucional sobre el que reposa la teoría de las cláusulas abusivas en Colombia.

---

<sup>123</sup> Laudo Arbitral. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil siete (2007). Punto Celular Ltda. v. Comunicación Celular S.A. -Comcel S.A.-.

## **6. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PARA UNA REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA**

Para lograr una visión completa del tema de esta tesis, es necesario realizar una presentación de las normas constitucionales que sirven de fundamento para la actuación del Estado en esta materia. Por lo anterior, se estudiarán las principales normas constitucionales concernientes al régimen económico, pasando por la libre iniciativa económica, el derecho de propiedad y su nueva concepción dentro de la carta política del 91 hasta la moderna concepción de los derechos, no ya concibiéndolos como absolutos sino como derechos relativos, que tienen, límites muy claros en las leyes y en la jurisprudencia. Con lo anterior, por qué el Estado debe intervenir por medio de sus leyes y sus jueces en la regulación de ciertos contratos y, en especial, en aquellos que dan cabida a la presencia de las cláusulas abusivas.

### **6.1 LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y LA LIBRE INICIATIVA ECONÓMICA**

La Constitución Política de 1991 trajo consigo una serie de modificaciones importantes en cuanto a la estructura y funciones del estado. Es así que nuestra carta dispone en su artículo primero que Colombia es un Estado Social de Derecho, trascendiendo así la noción de Estado de Derecho de las sociedades liberales, y otorgándole al Estado la obligación de velar por los bienes, la honra, la libertad y por propugnar la dignidad humana en todos los campos de la vida de sus habitantes. Entonces, el antiguo esquema del Estado de Derecho no desaparece sino que trasciende a un modelo más activo del mismo.

La Corte Constitucional ha tratado el concepto de Estado Social de Derecho en múltiples ocasiones por medio de sus sentencias; así, por ejemplo, en la sentencia C - 449 de 1992 dice la Corte que:

*La concepción clásica del estado de derecho, no desaparece pues, sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al*

*encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le auna la efectividad de los derechos humanos que se desprende del derecho de lo social. El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado social de derecho.*

Entonces puede concluirse que el Estado es el supremo guardián de los derechos de las personas y es a él, a quien corresponde velar por ellos a través de sus ramas (judicial, legislativa y ejecutiva). Por lo anterior, es importante que se regule la materia de los contratos de adhesión por parte del Estado y se garanticen mecanismos y herramientas en pro de la protección de los ciudadanos.

## **6.2 LA PROPIEDAD COMO DERECHO Y LAS LIMITACIONES IMPUESTAS POR LA CONSTITUCIÓN DE 1991**

La Constitución, en su artículo 58, establece que la propiedad es una función social que implica obligaciones, imponiéndole así una esencia de carácter social, que no puede ser transgredida por los particulares en su explotación y dejando atrás ese viejo esquema de los derechos absolutos, en donde el propietario podía hacer uso de ellos arbitrariamente. Ahora bien, “si a través del contrato se materializa el ejercicio del derecho de propiedad privada, entonces en él también inciden las funciones social y ecológica que en la constitución se predicán de dicho derecho”<sup>124</sup>.

Es así que la Constitución misma está imponiéndole límites directos al uso, al goce y al disfrute de este derecho, que como ya se dijo antes, no es absoluto.

---

<sup>124</sup> PINZÓN SÁNCHEZ, JORGE. *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano*. En: Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana. No. 89. (Dic. 1995). Este interesante escrito fue elaborado por el autor en razón de su ponencia, realizada en España en los *Encuentros Jurídicos sobre Armonización del Derecho Iberoamericano*. Aunque fue elaborado en 1995, el presente documento constituye una herramienta indispensable para el entendimiento del tema de cláusulas abusivas en Colombia ya que realiza una descripción de la evolución legislativa y jurisprudencial del tema hasta ese momento.

Por otro lado, nuestra carta, en su artículo 333, dice que: “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”. Entonces tenemos que la propiedad como función social y con sus limitaciones y obligaciones, mezclada con la obligación del Estado de impedir o restringir cualquier abuso que hagan personas de su posición dominante, genera una obligación para el mismo de velar por el desarrollo y disfrute de los derechos de los ciudadanos, entre los cuales se encuentra el derecho a contratar con empresas y particulares.

La doctrina se ha manifestado en cuanto al deber del Estado de velar por el interés común presente en los contratos, y ha expresado que los contratantes no cuentan con un poder ilimitado para regular sus relaciones jurídicas, porque éstas, como todo derecho, están limitadas por el bien común, que cumple la función de contención, a manera de camisa de fuerza, para controlar la actividad de los particulares. El profesor Jorge Pinzón Sánchez, expresa que si el contrato es un instrumento al servicio de la libertad económica, está sujeto a los límites del bien común; si el contrato se celebra y ejecuta como expresión de la actividad empresarial, en él se reflejan las obligaciones que implica la función social que tiene la empresa por ser base del desarrollo”<sup>125</sup>. Y, por último, si a través del contrato se materializa el ejercicio del derecho de propiedad privada, entonces se debe cumplir con un deber inherente a ella, deber que consiste en respetar los postulados y principios en los que se inspira el ejercicio de la función social del derecho de propiedad..

Por lo anterior, es preciso que el Estado Social de derecho se manifieste por medio de sus leyes, para restringir, delimitar y proteger a las partes en la contratación, y así otorgarle el valor, hoy en día social, al que trasciende la contratación y el desarrollo de las relaciones contractuales entre particulares. En otras palabras:

---

<sup>125</sup> Ibídem.

*...En los contratos que no exista una igualdad en la negociación y celebración, producto de la asimetría de la información, es necesaria la intervención del legislador a efecto de garantizar un equilibrio en la relación contractual, sin que ello signifique una revisión autoritaria del contenido de todos los contratos, sino únicamente en los casos en que se perjudique al contratante que no pudo ejercer totalmente su autonomía privada al momento de celebrarlos.<sup>126</sup>*

---

<sup>126</sup> SOTO COAGUILA, CARLOS ALBERTO. *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*. Universitas No. 106. (Dic. 2003). pág 504.

## **7. DERECHO COMPARADO**

Es importante hacer mención a las legislaciones de otros países, que han tenido desarrollos legislativos importantes en cuanto al tema. Lo anterior con la finalidad de que se pueda comparar el desarrollo y el estado actual de la materia en Colombia con respecto a otros países. Aunque en este capítulo no se pretende realizar una investigación exhaustiva sobre el derecho comparado, sí se tomaron como referente los ordenamientos jurídicos que a nuestro criterio consideramos de más relevancia para mostrar herramientas importantes que han sido desarrolladas por los legisladores y jueces de otros países.

Lo primero que se estudiara será la directiva 93/13/CEE del Consejo Europeo de 5 de abril de 1993, prosiguiendo con Chile, Argentina, Uruguay y, por último, el especial caso de Perú.

### **7.1 DIRECTIVA 93/13/CEE DEL CONSEJO EUROPEO DEL 5 DE ABRIL DE 1993**

Según esta directiva, “las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, 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”. La directiva establece una definición de las cláusulas abusivas; sin embargo ésta, es de carácter general debido que en ella deben enmarcar una multiplicidad de conductas que no podrían agotarse en un texto o una definición cerrada. Es por esto que la misma directiva en uno de los anexos del artículo 3 hace una lista de cláusulas que se consideran abusivas. Es importante tener en cuenta que la lista anteriormente mencionada por ningún motivo puede ser interpretada taxativamente; por el contrario, el espíritu de ella consiste en ser una lista enunciativa y abierta que ilustre las principales conductas que se deben prohibir, pero que a su vez dote de instrumentos y herramientas eficaces, tanto a las partes, como a los operadores jurídicos (jueces, árbitros, etc.) al momento

de aplicar e interpretar las normas y los contratos. Lo anterior se encuentra plasmado en el numeral tercero del artículo 3 de la siguiente manera: “el anexo de la presente directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”.

Por último y antes de comenzar con la enunciación de éstas cláusulas, se precisa que esta directiva excluye los contratos de trabajo, lo relativo a contratos de sucesión, los contratos relativos al estatuto familiar y los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades, limitando el campo mas que todo a los contratos entre consumidores y profesionales, es decir, al contrato de prestación de servicios. Con lo anterior, la directiva establece que serán abusivas aquellas cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

- 1- Excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional
- 2- Excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de éste último.
- 3- Prever un compromiso en firme del consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad.
- 4- Imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta.
- 5- Autorizar al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves.
- 6- Prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha

limite demasiado lejano para que el consumidor manifieste su voluntad de no prorrogarlo.

- 7- Hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración de contrato.
- 8- Autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar.
- 9- Obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aún cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas.

La intención de la directiva es clara. Por un lado establece una cláusula general de buena fe que abarca un gran número de relaciones contractuales y sirve a manera de principio general para la interpretación de cualquiera de éstas prácticas, permitiendo que un gran número de situaciones fácticas encuadren en el supuesto hipotético de la norma, evitando que se caiga así, en un excesivo formalismo en la interpretación de éstas cláusulas, como ocurrió en Chile con la ley 19.496, que a continuación se estudia.

Por otro lado, la directiva establece una lista de carácter enunciativo, como anexo al artículo 3, de algunas cláusulas, que de llegar a establecerse en un contrato, carecerían de eficacia jurídica, por existir e imponer un desequilibrio desmesurado en cabeza del consumidor, que en la mayoría de ocasiones, es la parte débil del contrato. Con esto se logra evitar interpretaciones formalistas, que excluyan situaciones análogas o parecidas, permitiendo abarcar la mayor cantidad de situaciones de desequilibrio contractual, y además se dota a los operadores jurídicos de herramientas para la interpretación y la aplicación de normas para la protección de la parte débil en un contrato.

La Directiva, como su nombre lo indica, sirve en la Comunidad Europea, para que los países interesados en proteger a los consumidores puedan aplicar la directiva a sus ordenamientos jurídicos. Establece la Directiva en su artículo



7.2 que “los medios contemplados en el apartado l) incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de sus consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que estos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y se apliquen a los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dicha cláusulas”. Lo anterior, se puede evidenciar en la transposición que se dio en Alemania de la Directiva 93/13 la cual tuvo lugar mediante reforma de la Ley de Regulación Jurídica de las Condiciones Generales de la Contratación (*ABG-GESSETZ*), del 19 de julio de 1996. En España ocurrió lo mismo mediante la Ley 7ª del 13 de abril de 1998, sobre condiciones generales de la contratación. Consideramos importante mencionar los ejemplos de transposición de la Directiva Europea en Alemania y España, en tanto ellos muestran cómo la directiva ha sido vinculada a algunos ordenamientos jurídicos europeos. Aunque la Directiva 93/13 de 1993, no es el único documento jurídico que regula las cláusulas abusivas en Europa, consideramos importante mencionarla en este trabajo, por tanto, la mayoría de autores<sup>127</sup> que se investigaron para este trabajo, la mencionaban como referencia de la legislación Europea. Reiteramos, en Europa, a nivel nacional, existen normas que regulan el tema dentro de los países europeos, pero a nivel de Comunidad Europea, el más importante es la Directiva 93/13.

## **7.2 CHILE**

El control de las cláusulas abusivas en Chile cuenta con una lista taxativa o cerrada contenida en la ley 19.496, y que en su artículo 16 establece lo siguiente: “No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

---

<sup>127</sup> Eva Holz, Ernesto Rengifo, Jorge Pinzón, Celia Weingarten y Carlos Pizarro Wilson, entre otros.

- 1- Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución.
- 2- Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica.
- 3- Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables.
- 4- Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.
- 5- Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.
- 6- Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato.

Sin embargo, ésta regulación taxativa, trajo consigo un efecto negativo importante en las relaciones contractuales de ese país, que consistió en la aplicación excesiva del formalismo, debido a la naturaleza *de lista negra* de la citada norma. Carlos Pizarro Wilson, en su estudio académico titulado la eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno, expresó que:

*...“En el caso chileno, con anterioridad a la ley 19.496 sobre protección al consumidor, el control de las cláusulas abusivas en contratos por adhesión o sujetos a condiciones generales que no presentaban un control administrativo, sólo podía verificarse mediante el expediente del derecho común. Sin embargo, no existe jurisprudencia, sólo algunos casos aislados de importancia mas bien relativa dieron aplicación al derecho común de los contratos para controlar la presencia de cláusulas abusivas. Este sensible vacío se explica por una posición conservadora de los tribunales cercana al método de la denominada escuela de la exégesis. Con todo, el legislador nacional intentó poner término a la desprotección de los contratantes consumidores expuestos a*

*cláusulas abusivas contenidas en contratos por adhesión. Por tanto el derecho nacional, sin contar con una jurisprudencia inspirada en el derecho común para controlar las cláusulas abusivas en contratos por adhesión, pasó directamente a la fase legislativa. Además, existe un control administrativo aplicable a ciertos tipos de contratos por adhesión, en particular, contratos bancarios, de seguros y de salud. Esta reacción ha sido insuficiente”.*

De acuerdo a lo sostenido por el autor anteriormente citado, la ley chilena adolece de dos grandes defectos, los cuales la hacen ineficaz o ineficiente:

*...“La primera es que las situaciones previstas no abarcan todas las cláusulas abusivas que se puedan verificar en los contratos, dejando numerosas hipótesis fuera de la enumeración. Baste mencionar, por ejemplo, las que se refieren a plazos excesivos a favor del predisponente, cláusulas penales desproporcionadas, condiciones abusivas del crédito, establecimiento de los defectos o vicios ocultos de la cosa a cargo del adherente, etc. Con todo, lo restrictivo de la enumeración no sería mayor problema si no concurriera la segunda deficiencia”. Continúa el autor con la mencionada deficiencia expresando que “es insuficiente la propuesta de listas de cláusulas abusivas prohibidas por no contemplar una cláusula general que pueda subsumir aquellas estipulaciones abusivas que vaya creando el tráfico mercantil y que reconozca una labor activa a los tribunales en el control de dichas nuevas cláusulas abusivas”<sup>128</sup>.*

### **7.3 ARGENTINA**

En éste país, existe un trato legislativo extenso contenido en la ley de defensa del consumidor, la cual dispone en su artículo 37 que se tendrán como no convenidas

- a. Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños.

---

<sup>128</sup> PIZARRO WILSON, CARLOS. *La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno*. Revista estudios socio-Jurídicos. Vol. 6, Nº. 2, 2004, pág. 139.

- b. Las cláusulas que impliquen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c. Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor

A continuación el mismo artículo 37 la ley 24.240 establece que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. También la mencionada ley establece una cláusula de carácter general en donde se establece que el consumidor podrá demandar la nulidad total o parcial del contrato cuando éste se celebre o ejecute violando el principio de la buena fe, o transgrediendo la legislación de la competencia leal comercial.

Por otro lado en el artículo 968 de la unificación del Código Civil y el Código de Comercio<sup>129</sup> se establece que se tendrán por no convenidas las estipulaciones que:

- a. Desnaturalicen las obligaciones de las partes
- b. Limiten la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida.
- c. Limiten la responsabilidad del predisponente por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica.
- d. Obligen al no predisponente a pagar intereses, si su tasa excede sin justificación y desproporcionadamente el costo del dinero para deudores en operaciones similares.

*“Como puede observarse, en el derecho argentino se prefiere incorporar, en el Código Civil y en la Ley del consumidor, normas tendientes a contrarrestar el uso de cláusulas abusivas, en el*

---

<sup>129</sup> Véase SOTO, COAGUILA, CARLOS ALBERTO. *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*, Universitas No. 106, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, diciembre 2003, Bogotá, Colombia, pág, 600-601.

*entendido de que se trata de dos cuerpos jurídicos que se aplican a sujetos y situaciones jurídicas distintas, el ciudadano común y el consumidor, respectivamente; con los cuales se advierte que la contratación masiva no ha sido concebida para proteger al consumidor, sino para facilitar el tráfico masivo de bienes y servicios”<sup>130</sup>.*

Ahora bien, la Ley 19.724<sup>131</sup>, establece en su artículo 14, que se entienden vejatorias o abusivas:

*“Las cláusulas que establezcan limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir o resolver el contrato sin previa comunicación o intimación, o suspender su ejecución o la de la obra, o sanciones a cargo del otro contratante, caducidades, limitaciones a las facultades de oponer excepciones, cláusulas compromisorias de prorroga de la jurisdicción judicial (...)”.*

La norma atrás mencionada, dispone que dichas cláusulas, sólo producirán efectos, “si son expresamente aceptadas por el adquirente en cláusula especial, firmada por éste”. En la parte introductoria la ley 19.724 dispone que “los contratos serán redactados en forma clara y fácilmente legibles”; con lo anterior se consagra un deber en cabeza del predisponente, deber que de llegar omitirse se sancionará con una interpretación en su contra. Ahora bien, en cuanto a la interpretación de los contratos por adhesión en Argentina, se ha mencionado que:

*“La interpretación del contrato por adhesión plantea -ante el silencio de la ley acerca de esta modalidad en la formación del acuerdo, unido este silencio a la vigencia de la norma sobre autonomía de la voluntad y fuerza imperativa (art.1197)<sup>132</sup> y a las particularidades que muestra, en la materia, el aprovechamiento del mayor poder de negociación, serios problemas a la magistratura que, en nuestra opinión, sólo encuentran solución recurriendo a la equidad. El problema no es técnico sino ético, o mejor ético jurídico y está configurado por la presencia de las cláusulas vejatorias o leoninas, cláusulas inequitativas en provecho de uno y perjuicio del otro, cuya presencia se ve*

<sup>130</sup> *Ibidem*, pág. 600-601.

<sup>131</sup> Ley Argentina de Prehorizontalidad número 19.724 de 1971.

<sup>132</sup> El artículo 1197 del Código Civil de la Republica Argentina establece que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

*posibilitada por la facultad de confeccionar el contrato tipo o reglamento”<sup>133</sup>.*

En conclusión:

*...“En los últimos años ha tomado fuerza la calificación de las partes en un contrato como proveedor de bienes y servicios, por un lado, y consumidor, por el otro. La razón de ser del distingo es la protección al consumidor, parte débil, no profesional, sin experiencia. Al conjuro de esas directivas se han dictado en distintos países, como es el caso de Argentina y España, leyes de protección al consumidor o códigos del consumidor, como acontece en Brasil”<sup>134</sup>.*

## **7.4 URUGUAY**

En Uruguay en el año 2000 se publicó la ley 17.250, instrumento que regula las relaciones de consumo y establece el sistema de defensa al consumidor. Antes de dicha ley, Uruguay contaba con un desarrollo también precario en cuanto al tema de las cláusulas abusivas, tendencia que es de común ocurrencia en diversas latitudes, como es el caso de Colombia.

Aunque la ley 17250 regula el tema de las cláusulas abusivas en los contratos y los contratos de adhesión, lo hace desde la perspectiva del consumidor, al igual que la directiva europea y la ley 142/94 de Servicios Públicos Domiciliarios que se analizaron en párrafos anteriores. Es decir, éstas son leyes que tienen como fin la protección al consumidor, lo cual restringe su aplicación a otros ámbitos en los cuales se pueden presentar comportamientos abusivos en la contratación, pero esto, más que un problema, implica una ventaja, ya que significa un punto de partida por parte de las legislaciones para proteger a la parte débil en los contratos de adhesión. Aunque el camino es

---

<sup>133</sup> SOTO, CARLOS ALBERTO Y MOSETT ITURRASPE JORGE. El contrato en una economía de mercado. 2ª edición, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2009, pág. 309

<sup>134</sup> Ibíd., pág. 307

largo, ya se vislumbra el interés de las diversas legislaciones por corregir las deficiencias existentes en este punto del Derecho.

En el artículo 30 de la mencionada ley se establece que: "Es abusiva por su contenido o por su forma toda cláusula que determine claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, así como toda aquella que viole la obligación de actuar de buena fe". La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no referirá al producto o servicio ni al precio o contraprestación del contrato, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Entonces tenemos que una cláusula abusiva es aquella que le imprime un desequilibrio a los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en un contrato y además aquella que viole el principio de la buena fe, definición similar a la que establecen otras legislaciones como la directiva europea, debido a que sus elementos son similares. Estos son: la violación al deber de buena fe y el desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.

Seguidamente en el artículo 31 se establece una lista negra de cuáles son las cláusulas que si se llegaren a incluir en un contrato, se tendrían por abusivas y no producirían ningún efecto. Entre esta lista se encuentran las cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza de los productos o servicios, salvo que una norma de derecho lo habilite o por cualquier otra causa justificada, aquellas que impliquen renuncia de los derechos del consumidor, aquellas que autoricen al proveedor para modificar unilateralmente los términos del contrato, aquellas que impongan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor cuando legalmente no corresponda, las que impongan representantes al consumidor, etc.

El apartado más importante que esta ley incluyó en su clausulado es el último inciso del artículo 31, en el cual se establece la posibilidad, en cabeza del consumidor, de solicitar judicialmente que se declare la nulidad de las cláusulas

abusivas, caso en el cual el juez declarará nulas aquellas que considere abusivas y proseguirá a integrar el contrato, es decir a componerlo con las cláusulas que queden vigentes; pero la misma ley precisa que si integrado el contrato, el juez considera que éste queda sin causa o móvil, podrá declarar su nulidad.

Por último, en cuanto a la interpretación de los contratos por adhesión, en dicha ley se estableció en el artículo 13 numeral 2 lo siguiente: “Cuando en la oferta se dieron dos o más informaciones contradictorias, prevalecerá la más favorable al consumidor”. Aquí lo que intentó el legislador uruguayo fue dotar al consumidor de una protección en cuanto a la interpretación de las informaciones contradictorias, diciendo que se interpretarán a favor del consumidor.

## **7.5 EL ESPECIAL CASO DE PERÚ**

El caso del Perú merece una mención especial debido a que, constituye un ejemplo de codificación moderna, en cuanto a que su regulación legal no fue pensada única y exclusivamente en protección al consumidor, sino que por el contrario fue incluida en el Código Civil peruano de 1984, lo cual indica que ésta protección abarca un campo mucho más amplio de relaciones jurídicas, que se pueden presentar en múltiples escenarios y además que pueden ir naciendo con la evolución del tráfico de bienes y servicios.

A diferencia de lo que ha ocurrido en otras legislaciones del mundo, como por ejemplo Colombia, Uruguay y Europa, países en los cuales se restringe la regulación legal de las cláusulas abusivas al terreno del consumo, o en protección solo del consumidor<sup>135</sup>, en Perú, como ya se anotó antes, la reforma

---

<sup>135</sup> En el caso colombiano la ley 142 de 1994 reguló el tema, limitándolo sólo al aspecto de los servicios públicos domiciliarios. En Europa la Directiva 93/13/CEE del consejo de 5 de abril de 1993, excluye los contratos de trabajo, lo relativo a contratos de sucesión, los contratos relativos al estatuto familiar y los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades, dejando la regulación casi restringida al contrato de consumo.



proviene desde el interior del cuerpo civil, es decir, al interior mismo de la legislación que regula la importante institución de los contratos.

Antes de continuar con el desarrollo de las normas de derecho privado en el Perú, resulta necesario mencionar que la Constitución Política de 1993

*...“establece que el Estado debe facilitar y vigilar la libre competencia, combatiendo toda práctica que la limite, así como los abusos de posiciones dominantes o monopólicas, y, prohibiendo la concertación de monopolios. Complementando este enunciado, en el artículo 62 el constituyente ha regulado lo que en doctrina se conoce como el principio de la inmutabilidad o santidad de los contratos, al prescribir que los términos contractuales pactados válidamente por las personas, naturales o jurídicas, no podrán ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, como ordenanzas, resoluciones, entre otras normas legales (...) En este orden de ideas, la Constitución peruana ha dispuesto en el inciso 14) de su artículo 2, que todas las personas tienen derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, pudiendo, en virtud de la libertad contractual contemplada en el artículo 1354 del Código Civil, determinar libremente el contenido del contrato sobre la base de la autonomía privada. Por su parte, el Código Civil, en el artículo 1356, establece que las normas legales son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas, en cuyo caso se incorporarán automáticamente al contrato.”<sup>136</sup>.*

De acuerdo con lo anterior, el ordenamiento jurídico del Perú, establece y eleva a rango constitucional la libertad de los particulares, sean personas naturales o jurídicas, para contratar; es decir, el contrato es el vehículo principal del desarrollo de las relaciones jurídicas y económicas y, por ello, dicho postulado fue elevado a rango constitucional. En el artículo 1355 del Código Civil peruano se consagra que “[L]a ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos” y en el 1354 establece que “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter

---

<sup>136</sup> Véase SOTO, CARLOS ALBERTO Y MOSETT ITURRASPE JORGE. *El contrato en una economía de mercado*, ob., cit, págs. 49-50.

imperativo". Así, en Perú, el principio de la autonomía encuentra limitaciones establecidas por el legislador, y por lo tanto, no es absoluto. En palabras de Carlos Alberto Soto Coaguila:

*"El Código Civil peruano de 1984, consciente de los abusos que pueden presentarse en la contratación privada, ha decidido limitar la autonomía privada y permitir la revisión judicial de los contratos en determinados supuestos. En materia de contratación predispuesta, tímidamente ha incorporado algunas normas en la parte destinada al Consentimiento, sobre los contratos por adhesión, cláusulas generales de contratación y control de las cláusulas abusivas o vejatorias"*<sup>137</sup>.

El Código Civil del mencionado país establece disposiciones que regulan las condiciones generales de los contratos y los contratos por adhesión en los artículos 1392 y 1393. El primero de los artículos anotados establece que las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos, y el segundo establece que las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulan para contratar con arreglo a ellas. Resulta de vital importancia citar la exposición de motivos de las dos normas anteriormente mencionadas, toda vez que ellas son muestra de cómo la legislación peruana reconoce la importancia de este sistema contemporáneo de contratación.

*Las estipulaciones generales de contratación constituyen uno de los medios contemporáneamente más utilizados en el comercio de bienes y servicios en gran escala o volumen, siendo este el motivo por el cual han sido consideradas en este artículo. Dichas estipulaciones son aquellas formuladas en forma preventiva y unilateral por una empresa o grupo de empresas, con carácter abstracto, siendo publicadas o dadas a conocer de alguna manera, con el objeto de que por su mérito se celebre una serie indefinida de contratos. Obviamente, tales estipulaciones sólo tendrán*

---

<sup>137</sup>

*Ibíd.* pág. 55.

*carácter voluntario cuando se perfeccionen los respectivos contratos*<sup>138</sup>.

Con respecto al segundo artículo en estudio también la exposición de motivos establece que:

*El hecho de que las estipulaciones generales de contratación sean redactadas previamente por una de las partes y que generalmente figuren en contratos por adhesión en los que esta suprimida la capacidad de negociación, hace indispensable establecer reglas de protección para los adherentes, dado el actual poderío de las empresas que tengan valor automático en la medida en que hayan sido aprobadas por la autoridad administrativa competente*<sup>139</sup>.

A lo largo del ordenamiento civil peruano, se pueden observar algunas situaciones, en las cuáles, el legislador ha intervenido para atenuar la autonomía privada y regular el principio de la inmutabilidad de los contratos. El Código Civil ha establecido algunas normas de carácter imperativo, que no pueden ser contrariadas por la voluntad de los contratantes. Tales limitaciones se han presentado en situaciones como:

1. Los plazos contractuales establecidos por ley: el legislador peruano establece en el artículo 1688 que “el plazo de arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años. Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años. Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos”.
2. La autonomía privada y el pacto de prohibición de vender o gravar: Establece al artículo 882 del Código Civil peruano que “No se puede

---

<sup>138</sup> Exposición de motivos de los artículos 1392 y 139 del código civil peruano de 1984. Citado por Pedro F. Silva-Ruiz. Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales. Estudio perteneciente al libro de ALTERINI, ATILIO ANÍBAL. *Instituciones de Derecho Privado. Contratación Contemporánea. Contratos Modernos derecho del Consumidor*. Lima – Perú. Ed. Temis. Pág. 51.

<sup>139</sup> *Ibidem*, pág. 51.

establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”.

3. La autonomía privada frente a la lesión enorme y la excesiva onerosidad de la prestación: Establece el artículo 1447 del Código Civil peruano que “la acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro”. Ahora bien, el artículo 1440 del mencionado código expresa que “en los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad”.

Lo anteriores, son algunos de los ejemplos que el legislador peruano estableció en su ordenamiento civil y, que son fiel muestra, de cómo se limitó el campo de la autonomía privada. Esto es lo que la doctrina ha llamado “la crisis del contrato”.

*“Muchas son la razones que han contribuido al surgimiento de la tesis sobre la crisis del contrato. Se dice que la autonomía de la voluntad ya no impera soberana como otrora y que los Estados intervienen en los contratos, modificándolos, prorrogando su vigencia, forzando a celebrarlos, a pesar de la voluntad contraria de los interesados, o dispensándolos, otras veces, de cumplir con sus promesas”. Y continúa el citado autor concluyendo que “el término crisis del contrato no debe entenderse como la decadencia o la muerte de él, sino que, por el contrario, debe entenderse como una mutación, una evolución de la institución contractual”<sup>140</sup>*

---

<sup>140</sup> Véase SOTO, CARLOS ALBERTO Y MOSETT ITURRASPE JORGE. *El contrato en una economía de mercado*, ob. cit., págs. 87- 88.

Una vez mencionada la teoría de la crisis del contrato, podemos entrar a concluir cómo el legislador peruano se preocupó por regular, aunque de manera tímida, la modalidad de lo que hoy conocemos como los sistemas de contratación masiva.

*“Las modalidades contractuales de la contratación masiva incorporadas en el Código Civil peruano de 1984 son: el contrato por adhesión<sup>141</sup>, poscontratos celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación<sup>142</sup> y los contratos de hecho”<sup>143</sup>.*

Lo anterior demuestra cómo el ordenamiento jurídico del Perú, se dio cuenta de la presencia, y con ella, de la importancia de regular y establecer normas para controlar la actividad del predisponente en los contratos de cláusulas generales, desde el interior del mismo Código Civil, es decir desde la misma institución de los contratos, y no como en Colombia, en donde el tema, hasta ahora, ha sido tratado casi exclusivamente desde el punto de vista de protección al consumidor, dejando por fuera de las mencionadas regulaciones múltiples situaciones de abuso. Por último:

*“Pese a los esfuerzos de los legisladores por incorporar, dentro de la teoría general del contrato, normas relativas a este nuevo sistema de contratación masiva, consideramos que ello no es suficiente, en razón de que no se trata de ver este nuevo sistema de contratación como una excepción. Reiteramos; que actualmente la contratación masiva es la regla y la excepción los contratos paritarios. Si esto es de conocimiento del legislador, consideramos que no tiene sentido seguir manteniendo, dentro del ordenamiento jurídico, una teoría que no responde totalmente a nuestra realidad. No hay razón para tratar de encasillar el fenómeno jurídico de la contratación masiva dentro del esquema*

---

<sup>141</sup> “Artículo 1390.- El contrato es por adhesión, cuando una de las partes, colocada en la alternativa de rechazar o aceptar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”.

<sup>142</sup> “Artículo 1392.- Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar al contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”.

<sup>143</sup> “Artículo 1396.- En los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz”.

*tradicional del contrato, ello sería como cerrar los ojos ante la realidad*<sup>144</sup>.

---

<sup>144</sup> Véase SOTO, CARLOS ALBERTO Y MOSSET ITURRASPE JORGE. *El contrato en una economía de mercado*, ob. cit.,pág. 201.

## 8. CONCLUSIONES

Este trabajo muestra el estado del arte en Colombia con respecto a las cláusulas abusivas en los contratos y a todos los problemas y ventajas que trae consigo un sistema de contratación masiva. La finalidad inherente de este trabajo fue mostrar y poner de presente un tema que ha sido de gran interés por parte de la cultura jurídica contemporánea. Las cuestiones aquí estudiadas pueden dar pie, para que algún día éstos problemas planteados con respecto a las cláusulas abusivas sean regulados de mejor manera por los jueces y legisladores, que en últimas son los llamados a darle vida al Derecho, a evitar su cristalización y a adecuar su contenido con las transformaciones sociales, que son las que marcan las pautas al Derecho. Como lo dice Todd Rakkof:

*...Entre sus muchas tareas, los jueces y legisladores de esta generación encarnan la tarea de crear una nueva estructura jurídica. Entre mas rápido se sientan libres de la necesidad de disculparse por dejar atrás el campo del derecho tradicional, mas rápidamente empezaran a crear algo útil, y a lo mejor, algo bello. La creatividad del derecho en el último cuarto de siglo en relación a los contratos de adhesión ha sido grande; necesita serlo aun más<sup>145</sup>.*

Como se vio a lo largo del presente trabajo de grado, la contratación masiva es un fenómeno que se viene utilizando varios años atras, y que ha modificado la forma tradicional de contratar, debido a factores como la globalización y a la inmediatez producida por el tráfico actual de bienes y servicios. Erradicar esta tendencia es imposible y negarla resulta aún más contraproducente.

En un mundo en donde las relaciones cada día se vuelven más interdependientes, en donde se busca generar la maximización de beneficios con una reducción de los costos de transacción, se necesitan herramientas que lo permitan; que incentiven la producción y la facilidad para intercambiar bienes y prestar servicios. Pero como una nueva tendencia, como nuevas

---

<sup>145</sup> RAKOFF, TODD. *Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica*. En: revista de derecho civil. Universidad de los Andes. Facultad de derecho.

herramientas, es el Derecho el que tiene que acomodarse, amoldarse al transcurso y a la evolución de la sociedad, para permitirle a ésta, cada día más, satisfacer las necesidades del hombre, que lucha como en una caravana, por llegar al punto de beneficio máximo. Por lo anterior es necesario que el Derecho invente, que evolucione en esa búsqueda, de regular de la mejor manera su objeto principal: las relaciones del hombre.

En Colombia las repercusiones del mercado y de la globalización se comenzaron a sentir hace mucho tiempo; el intercambio de bienes y servicios cada vez es mas rápido, estandarizado y uniforme.

El paradigma de la autonomía de la voluntad privada, pilar en el que se fundamentaron los inicios y el desarrollo del derecho civil y comercial fue superado hace mucho tiempo por la realidad económica y comercial, quedando atrás el concepto de igualdad de las partes intervinientes en un contrato. “La experiencia de los consumidores en la vida comercial moderna no es una de libertad tal y como la presenta el derecho tradicional de los contratos, sino una de sumisión y dominación organizacional, aminorada por la capacidad de escoger cual será la organización por la cual será dominado”<sup>146</sup>.

Hoy en día esto es un hecho. Ya las partes no gozan de una igualdad fáctica, porque cada vez hay grupos consolidados de empresas que ostentan un poder desmesurado en el mercado que hacen que los consumidores sean simples adherentes y se ubiquen en una situación de debilidad manifiesta. La legislación civil y comercial se ha quedado atrás ante la velocidad en que se mueven las relaciones económicas y se volvió insuficiente para regular la amplia gama de modalidades de contratación que existen en el mundo jurídico, entre ellas la contratación masiva. Cada vez las relaciones se vuelven más uniformes y, por ende, la responsabilidad del Estado es cada vez mayor.

---

<sup>146</sup> Ibíd., p. 94



Ya la época de la igualdad de las partes al contratar, fundamento ideológico surgido a raíz de la Revolución Inglesa de 1688, la Revolución Liberal Norteamericana de 1776 y la Revolución Francesa de 1789, situaciones históricas que dieron pie a la conformación del Estado liberal en la Edad Moderna y, con él, todo el sistema jurídico basado en la libertad y el individualismo, quedo atrás<sup>147</sup>. Cada vez más el Estado es el que debe garantizar y propugnar por la igualdad de sus habitantes, expidiendo normas y regulando las materias en la cuales pueden existir abusos.

Lo anterior se puede evidenciar haciendo un recuento general de la evolución que han sufrido ciertos asuntos en el Derecho como, son el financiero, el de servicios públicos, el derecho de los consumidores, el transporte, los contratos de seguros, los contratos de medicina prepagada, contratos que en su mayoría son de adhesión y que constan de una regulación especial por parte de las instituciones públicas, limitando así el campo de movilidad de los individuos al contratar, fijando pautas cada vez más estrictas, reduciendo la aplicación de la autonomía de la voluntad privada a un campo ya no principal sino mas bien subsidiario. Lo anterior se puede evidenciar en múltiples campos del Derecho en donde el Estado interviene para evitar el abuso del derecho, la competencia desleal, el abuso de la posición dominante y, por ende, la presencia de cláusulas abusivas en los contratos. Así:

a) En el campo financiero la tendencia comienza con las primeras leyes sobre la banca, campo en el cual el Estado interviene fuertemente, limitando el campo de acción de la autonomía de la voluntad privada debido a que se concibe que la intermediación financiera es un servicio público. Hoy en día el campo de acción para los particulares es muy limitado debido a que todo el sistema goza de un ordenamiento de normas imperativas de obligatorio cumplimiento.

---

<sup>147</sup> ROZO ACUÑA, EDUARDO. *Tomado de La evolución de las ideas políticas*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1980, Págs. 131-144-152.

b) Otro campo en el que podemos observar el mismo fenómeno es el de los seguros, que a partir de la Ley 105 de 1927, estableció una intervención directa por parte del Estado en el desarrollo de la actividad aseguradora, encargando su vigilancia e inspección a la Superintendencia Bancaria (hoy en día, Superintendencia Financiera)

c) En materia de transporte, el Código de Comercio establece en el artículo 989 que:

*El transportador estará obligado a conducir las personas y las cosas cuyo transporte se le solicita, siempre que lo permitan los medios ordinarios de que disponga y que se cumplan las condiciones normales y de régimen interno de la empresa, de conformidad con los reglamentos oficiales”.*

Esto implica que los transportadores ya no están facultados a contratar sino obligados a ello, además sometiendo sus reglamentos internos a los reglamentos oficiales. Esto marca otro ejemplo de cómo el Estado interviene cada vez más en la regulación de los campos en los que se pueden presentar abusos por parte de las grandes empresas<sup>148</sup>.

d) En materia de Servicios Públicos Domiciliarios la Ley 142 de 1994 regulo en extenso el tema de la prestación de los mismos, sometiendo la prestación de éstos a lineamientos muy claros. Ahora, las empresas prestadoras tienen que someterse a la regulación del Estado incluso para redactar sus contratos, en los cuales no pueden estipularse una serie de cláusulas abusivas so pena de nulidad.

Los anteriores son solo algunos ejemplos de cómo el Estado ha venido interviniendo de manera directa para regular el poder económico de las empresas. Aunque estos campos no son todos aquello en los cuales el Estado debería intervenir, es evidente la necesidad de que el Estado se haga presente

---

<sup>148</sup> El término empresa utilizado a lo largo de éste trabajo debe entenderse desde la perspectiva explicada por Ronald Coase.

donde antes no era necesario, y ponga su mano firme para regular las relaciones de sus ciudadanos, propugnando por una igualdad consagrada con rango constitucional en el artículo trece de la Constitución Política.

De acuerdo a las consideraciones precedentes, es necesario mostrar la necesidad de control por parte del Estado, de la situación en la que se encuentra la contratación contemporánea. Aunque los legisladores de los diferentes países, han realizado un esfuerzo importante, éste no ha sido suficiente. Aún hoy en día, seguimos apegados al santificado principio de la autonomía de la voluntad privada, institución creada hace más de 200 años con las revoluciones liberales. Pero hoy en día, las relaciones comerciales, no son como hace 200 años. Las relaciones del mundo actual se regulan por códigos de antaño, que fueron creados para otro tipo de realidad. Hoy, la sociedad es más dinámica y masiva y, por lo tanto, necesita ser intervenida por el Estado, que es en últimas, la institución creada por los hombres para nivelar sus desigualdades, para apaciguar el hambre insaciable del ser humano. Como lo han expresado algunos doctrinantes:

*“La libertad importa autodeterminación; por ende, el individuo que decide vivir en sociedad debe restringir sus derechos sólo en la medida de lo necesario. Empero, ningún individuo desea vivir en una sociedad que anule su personalidad y el desarrollo de la misma a través de la libertad contractual. Por ello, es necesario incidir en que la libertad individual se debe ejercer teniendo en cuenta el límite recíproco que presentan las demás libertades ejercidas por otros individuos y que, en ese sentido, la libertad tiene una función de coordinación. Este argumento impide al Estado dictar regulaciones que anulen la posibilidad de contratar, pero no que se la limite para que se ejerza en un marco de sociabilidad. Esto justifica restricciones basadas en la buena fe, el abuso del derecho y, en el plano constitucional, las derivadas del ejercicio de otros derechos fundamentales, sobre todo en el núcleo duro de ellos, que es la dignidad”<sup>149</sup>.*

Aunque somos conscientes de que existen posiciones que critican la intervención del Estado en el ámbito de las relaciones contractuales, como por

---

<sup>149</sup> Véase SOTO, CARLOS ALBERTO Y MOSETT ITURRASPE JORGE. *El contrato en una economía de mercado*, ob. cit.,pág. 365.

ejemplo Adam Smith, padre del liberalismo clásico, quien pregonaba que el Estado no debía intervenir en cuestiones económicas debido a que esto influía negativamente en el libre juego de la oferta y la demanda, consideramos que actualmente, el mundo evoluciona de una manera tan asombrosa, que hace necesario que el Estado haga parte de esa evolución, regulando y guiando las fronteras del ser humano, para no dejarlo desbordar, como ya hace mucho tiempo lo viene haciendo. De acuerdo a lo anterior, “[E]sta tentativa fuerte de reemplazar el derecho del Estado por el derecho de las empresas, ha tenido principio de ejecución a través de la denominada *lex mercatoria*- nueva ley universal del comercio- recogida, en buena medida, por iniciativas tales como las de “Unidroit” y de “Uncitral”. Existen corrientes, como la de Richard Posner, que intentan reemplazar la existencia del derecho por apreciaciones económicas de maximización de beneficios. Es decir, relegar la función esencial del derecho y reemplazarla por un punto de libertad máxima, preparándole el mejor escenario a un capitalismo desenfrenado, que olvida preceptos tan importantes como la justicia, la moral y la equidad. Para explicar la teoría planteada por Coase podemos citar el ejemplo traído por Jorge Mosset según el cual:

*...“hemos mencionado un caso planteado a la empresa de ferrocarriles, cuando pertenecía al Estado nacional: se trata de colocar barreras en pasos a nivel de alta peligrosidad, donde habían ocurrido decenas de accidentes mortales; la empresa se abocó a considerar cuál era la solución mas económica: colocar barreras, con una dotación de personal que cubriera los tres turnos diarios, o pagar los daños causados a las víctimas o sus herederos; finalmente optó por la solución más eficiente, indemnizar a las víctimas”.*

El anterior caso, muestra de manea magistral, cómo la libertad absoluta del mercado, puede llegar -y así lo ha hecho- a erosionar principios y postulados tan importantes para el derecho, como son la justicia y la moral.

Es así, que dejar la realidad contractual en manos de la economía, en manos de un “*capitalismo salvaje*”, regulado únicamente por las fuerzas del mercado,

o por lo que Adam Smith llamó la mano invisible, resulta peligroso. Esto significaría olvidar la función reguladora del derecho, y por lo tanto, sería negar miles de años de estudios y esfuerzos de los distintos juristas del mundo. El derecho, es cierto, debe transformarse, pero debe hacerlo sin ser relegado por las posiciones económicas liberales tendientes a su desaparición. Y ésta es la fuerza central de nuestro argumento: el derecho debe transformarse, pero no desapareciendo, sino mostrando su magnífica fuerza en la medida en que la realidad se lo exija. Por esto, consideramos que, por medio de la intervención del Estado, se puede llegar a una justicia en “temas concretos y muy puntuales, como son los relativos a la prestación de los servicios esenciales, que fueran públicos y ahora son privados, el estado no puede estar ausente: agua, luz, gas, teléfono, peaje, estacionamiento urbano, televisión, etcétera”<sup>150</sup>. Para completar la conclusión principal del presente trabajo en cuanto a la intervención del Estado en el contrato, es necesario mencionar la teoría individualista y la normativista de la autonomía de la voluntad privada. La primera “sostiene que los derechos subjetivos no derivan de un derecho objetivo primordial sino de la esencia misma del hombre, que es lo que justifica la autonomía privada”<sup>151</sup>. La segunda sostiene “que la autonomía de la voluntad privada le es concedida a la persona por expresa delegación del ordenamiento jurídico, el cual para no entorpecer el tráfico económico-jurídico, confía a los particulares la autorregulación de sus intereses, dentro de los causes que le señala dicho ordenamiento”<sup>152</sup>. Nos adherimos a la tesis normativista, según la cual, al ser humano se le da un campo de autonomía para regular sus relaciones, no obstante, debe respetar ese campo de acción, debido a que, es el mismo ordenamiento el que le brinda esa libertad de movimiento, y por lo tanto, al contratar no puede excederse en sus relaciones privadas. “La situación denominada como crisis del contrato no se encuentra fundamentalmente en la intervención del Estado a través del dirigismo contractual, sino en la aparición de un nuevo sistema de contratación: la

---

<sup>150</sup> Véase SOTO, CARLOS ALBERTO Y MOSETT ITURRASPE JORGE. *El contrato en una economía de mercado*, ob. cit.,pág. 99.

<sup>151</sup> DE LA PUENTE Y LVALLE, MANUEL. *El contrato en general*. Lima, 1991, t. IV, 1993, pág.265.

<sup>152</sup> *Ibíd.*, pág. 256.

contratación masiva”<sup>153</sup>. Entre más rápido aceptemos la aparición y existencia de la contratación masiva, más rápido podremos darle solución a su principal problema: la presencia de cláusulas abusivas.

---

<sup>153</sup> Véase SOTO, CARLOS ALBERTO Y MOSETT ITURRASPE JORGE. *El contrato en una economía de mercado*, ob. cit., pág. 179.

## BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, Atilio Aníbal. Instituciones de Derecho Privado. Contratación Contemporánea. Contratos Modernos derecho del Consumidor. Lima – Perú. Ed. Temis.

ARRUBLA, Paucar, Alberto Jaime. Contratos Mercantiles. Tomo II, Contratos contemporáneos. Biblioteca Jurídica DIKE, 2005.

BALLESTEROS SANTOS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Tomo I. 2a ed. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2006.

BENÍTEZ COARCI, Juan J. La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas. Bogotá, Ed. Temis. 2002.

BOHÓRQUEZ, Luis Fernando y BOHÓRQUEZ BOTERO, Jorge Iván. Diccionario Jurídico Colombiano. Bogotá, Ed. Jurídico Nacional. Tomo I. 2004

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. Justicia y abuso contractual. Capítulo Perteneciente al libro Los contratos en el derecho privado. Bogotá, Legis Editores S. A ., 2007.

COASE, R, H, Coase. La Empresa, el Mercado y la Ley. Ed. Alianza Económica. 1994.

CUBIDES CAMACHO Jorge. Obligaciones. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá, 4a ed. 1999.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Biblioteca para leer el Código Civil, vol. VV, t. IV, 1993.

DIEZ – PICAZO, Luís, Introducción, Teoría del contrato. Fundamentos del derecho civil patrimonial, Madrid, 4a ed. Ed. Civitas, 1993.

GARCÍA, Ernesto Rengifo. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

GHERSI, Carlos Alberto, WEINGARTEN Celia e IPPOLITO Silvia. Contrato de Medicina Prepaga. 2ª edición actualizada, Ed. Astrea, 1999.

HOLZ, Eva. Mercado y derecho: la publicidad, cláusulas abusivas, responsabilidad por productos, concurrencia prohibida y desleal. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993.

LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro. Revista Universitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas No. 105 (Jun. 2003), p. 231-251.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA FERNÁNDEZ, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 6 ed. Ed. Temis S.A. 2000.

PADILLA C, Luís, *La justicia*. Escuela libre de derecho, México, D.F., 1956.

PALACIO CARDONA, Rodrigo. Aspectos generales del derecho de la competencia de la competencia desleal. Biblioteca Jurídica Dike, 2003.



PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas en el Derecho Privado Colombiano. Revista Universitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas No. 89 (Dic. 1995).

PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Revista de Derecho Privado (Bogotá) Vol. 9, No. 17 (Dic. 1995).

PIZARRO WILSON, Carlos. La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno. Revista estudios socio-Jurídicos. Vol. 6, Nº. 2, 2004.

RAKOFF, Todd. Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica. En: revista de derecho civil. Universidad de los Andes. Facultad de derecho.

RENGIFO, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. 2a ed., Universidad Externado de Colombia, 2004.

REYES Villamizar, Francisco. Derecho Societario, Tomo I, Editorial Temis S.A. Bogotá. 2002.

ROZO, ACUÑA Eduardo. Evolución de las ideas políticas. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1980.

SALAZAR, Diego F. Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual. Diciembre de 2006. Revista de derecho privado, Universidad de los Andes.

SCONGNAMIGLIO Renato, *Teoría general del contrato*, traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá, Editorial Externado. 1961.

SOTO COAUILA, Carlos Alberto. Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. Revista. Universitas No 106. (Dic 2003).

SOTO, COAGUILA Carlos Alberto Y MOSETT Jorge. El contrato en una economía de mercado. 2ª edición, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2009.

SOTO, COAGUILA. Carlos Alberto La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Revista Universitas No 106. (Dic. 2003).

STIGLITZ, Joseph E. El malestar en la globalización. Editorial Taurus. Santa fé de Bogotá, 2002.

STIGLITZ, Joseph E. Cómo hacer que funcione la globalización. Editorial Taurus. Bogotá, 2006.

WEINGARTEN, Celia. Derecho del consumidor. Buenos Aires: Ed. Universidad, 2007.

## **JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Corte Constitucional. Sentencia C-224 de Mayo 5 de 1994, Magistrado Ponente Dr. JORGE ARANGO MEJÍA.

Corte Constitucional. Sentencia T-307 de 1997. Magistrado Ponente Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Corte Constitucional. Sentencia C - 449 de 1992. M.P.; EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 2004. Magistrado Ponente Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional. Sentencia T-511 del 8 de noviembre de 1993, M.P.; EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Corte Constitucional. Sentencia T-375 de agosto de 1997, M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

### **JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 21 de marzo de 1977; Magistrado Ponente Dr. JOSÉ MARÍA ESQUERRA SAMPER.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Civil de 8 de Mayo de 1974.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia febrero 2 de 2001 exp. 5670. Magistrado ponente, Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 19 de Octubre de 1994. 123/2000.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de Marzo de 1998 Casación Civil., M.P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de diciembre de 1936, M.P.: ANTONIO ROCHA.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de mayo de 1936, M.P.: JOSÉ HERNÁNDEZ ARBELÁEZ.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 11135 de noviembre 18 de 1998, Sala de Casación Laboral. M.P., FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ.

Corte Suprema de Justicia. Casación Civil, sentencia de 19 de octubre de 1994, exp. 3972. M.P. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de diciembre de 1936, M.P.: EDUARDO ZULETA ÁNGEL.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de agosto de 1980, M.P.: HUMBERTO MURCIA BALLEEN.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001, M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 1962, M.P.: ENRIQUE LÓPEZ DE LA PAVA.

## **CONCEPTOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 02002565 del 27 de Febrero de 2002.

## **APARTE NORMATIVO**

CODIGO CIVIL. Editorial Legis, Bogotá, Colombia 2007

CODIGO DE COMERCIO. Editorial Legis Bogotá, Colombia 2007

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. Editorial Legis, Colombia 2007.

DECRETO 3466 de 1982

DECRETO 2153 DE 1992.

ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO. Editorial Legis.  
Bogotá, Colombia 2007. (DECRETO 663 DE 1993)

LEY 153 DE 1887.

LEY 155 DE 1959.

LEY 142 DE 1994.

LEY 256 DE 1996.