

**CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN,  
INTERPRETACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS A FAVOR DEL  
CONSUMIDOR**

**ANDRÉS FELIPE CABALLERO CHAVES  
DIANA SALOMÉ GARCÍA ECHEVERRI  
JAIME ENRIQUE RAMOS PEÑA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD CIENCIAS JURÍDICAS  
BOGOTÁ, D.C.  
2013**

**CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN,  
INTERPRETACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS A FAVOR DEL  
CONSUMIDOR**

**ANDRÉS FELIPE CABALLERO  
SALOMÉ GARCÍA ECHEVERRI  
JAIME ENRIQUE RAMOS PEÑA**

**Monografía de grado dirigida por el profesor:  
JUAN ANTONIO DUQUE DUQUE**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD CIENCIAS JURÍDICAS  
BOGOTÁ, D.C.  
2013**

# CONTENIDO

## **I. DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN**

### ***1.1.Introducción***

En la actualidad más que nunca y en virtud de la entrada en vigencia del estatuto del consumidor, se hace necesario tener una noción del desarrollo legal, doctrinal y

jurisprudencial que sobre las cláusulas abusivas se ha venido haciendo en el ordenamiento Colombiano, sin olvidar que la mayoría de las veces, estas cláusulas son usadas cuando de contratos de adhesión se trata. Es por ello que encontramos de suma importancia, además de ser menester referirnos a los contratos de adhesión para concretar el tema de las cláusulas abusivas en estos contratos, en búsqueda de darle solución a los aspectos contenidos en las nuevas regulaciones que tratan estos temas, con respecto a las consecuencias jurídicas que se derivan del mal provecho que sacan de los contratos de adhesión, fenómeno que también es llamado por la doctrina contratación estandarizada o contratación en masa.

La expansión de los contratos de adhesión, se ha debido a que con el transcurso del tiempo, se han venido presentando cambios en el campo de contratación privada, pues las grandes fuerzas económicas productoras de bienes y servicios por medio de las grandes empresas en búsqueda de suplir las necesidades y además, de la demanda que reclama la sociedad, comprimen y automatizan sus actividades con fin de prestar servicios o producir bienes a mayor cantidad, es decir, de forma masiva y acelerada. Por la misma razón, y gracias a ello es que aparece la masificación de las manifestaciones contractuales estándares con formas contractuales pre impresas por las grandes empresas dando nacimiento a lo que hoy llamamos conceptualmente como contratos de adhesión.

Hoy en día, la mayoría de los acuerdos o contratos que celebramos a diario son contratos de adhesión, entre ellos podemos citar claramente los siguientes: solicitar una cuenta de ahorros o corriente en una entidad bancaria, realizar una compraventa de un vehículo o un inmueble, el arrendamiento de un bien, cuando dicha operación es realizada por personas jurídicas o naturales que habitualmente realizan este tipo de negocios, es decir corredores de ventas, esto ya que es una de las partes quien redacta el contrato, y la otra parte simplemente se adhiere a él o no, en la misma forma se puede enunciar el ejemplo de acudir a un parqueadero, celebrar un contrato de seguro con una entidad aseguradora o el contrato de transporte ya sea terrestre, aéreo o fluvial.

Es en estos contratos donde claramente pueden proliferar una gran cantidad de cláusulas abusivas que al no poder ser abiertamente discutidas por las partes, pueden permitir que el adherente vea menoscabados sus derechos con el contrato que firma. De allí, toma tanta importancia una excelente regulación para estos contratos, buscando que aquella parte que goza de un poder contractual frente a la otra parte, no se aproveche de las necesidades de los consumidores y que en caso de que hubiera este tipo de abusos, existan fuertes consecuencias que protejan al consumidor que a razón de su inferioridad deben aceptar cualquier condición perjudicial en su contra, dando así cumplimiento al derecho fundamental a la igualdad, consagrado de nuestra Constitución Política en su artículo 13.

## ***1.2. Acercamiento a los contratos de adhesión***

### **1.2.1 Definición**

La expresión contrato de adhesión ha sido atribuida al autor francés Saleilles (citado por Arrubla, 2006), quien a principios del siglo XX se refirió a ello de la siguiente manera:

*“Indudablemente hay contratos de contratos. Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica aún esta por hacer;... se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes, no ya sólo a un individuo sino a una colectividad determinada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su lex contractus y entrar a formar parte de este acuerdo ya creado por sí mismo (p. 81).”*

Definición que a nuestro parecer no ha tenido gran cambio, pues si tenemos en cuenta la actual, se contemplan los mismos elementos, por tanto no ha sido un concepto que ha tenido un desarrollo a lo largo del tiempo.

Por su parte, Le Pera lo define como: “Un convenio entre una parte que, por una razón jurídica o de hecho, posee una posición de clara superioridad respecto de la otra”(1974, p. 271)

Ahora bien, una definición más moderna y completa, pero que llega al mismo punto es la siguiente:“acuerdo de voluntades en el cual una de las partes, que generalmente tiene poder de negociación superior, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de la empresa se realicen, de modo tal que la otra no puede sino acogerse a su clausulado o prescindir de contratar”(Laguado Giraldo, 2003).

A lo mismo se refiere Stiglitz, al indicar que el contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales “ es aquel en que la configuración interna del mismo (reglas de la autonomía) es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (predisponerte, profesional, proveedor, empresario, etc.), de manera que la otra (adherente, consumidor, no profesional), si es que decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido o no contratar.” (Stiglitz, 1994)

Ahora bien, en la legislación colombiana tenemos que en la Ley 1328 del 15 de julio de 2009, se define el contrato de adhesión en el artículo 2 de la siguiente manera: *“Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad.”*

Posterior a ello, en el año 2011, con la expedición de la Ley 1480 del 12 de octubre (Estatuto del consumidor), se manifestó en su artículo 5 la siguiente definición: *Aquél*

*en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.*

De esa manera, analizando los dos últimos conceptos dados por la normatividad colombiana se puede concluir fácilmente que la Ley 1480 de 2011 (Estatuto General del Consumidor), amplía la definición al llevarlo no solo al cliente financiero sino también a cualquier consumidor o usuario de cualquier bien y servicio.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema Colombiana en varias oportunidades se ha pronunciado frente a la definición de los contratos de adhesión de la siguiente manera:

Mediante Sentencia T-464 del 7 de julio de 2004 la Corte Constitucional, expresó que esta modalidad contractual es aquella según la cual *“...las partes contratantes se obligan mutuamente a través de cláusulas y condiciones que no son discutidas libre y previamente, sino preestablecidas por una de las partes en los términos aprobados por el organismo de intervención estatal y sobre las cuales la otra expresa su aceptación y adhesión o su rechazo absoluto. Como lo ha señalado la doctrina, en los contratos de adhesión una de las partes impone ‘la Ley del contrato’ a la otra”.*

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil se refiere a los contratos de adhesión en sentencia de fecha 4 de noviembre de 2009 de la siguiente manera: *“el contrato de adhesión caracterizado porque el empresario predisponerte somete a consideración del potencial cliente un reglamento convencional inmodificable al cual queda vinculado por la mera aceptación”*

La misma corporación en sentencia del 5 de julio de 2009, rescata la siguiente definición de los contratos de adhesión y la consecuencia que se presentará si en estos existen cláusulas que muestran ambigüedades, faltas de precisión o claridad refiriéndose a los contratos de seguro: *“constituyendo un negocio jurídico por o de*

*adhesión, donde de ordinario, el contenido está predispuesto por una de las partes, usualmente en su interés o tutela sin ningún o escaso margen relevante de negociación ni posibilidad de variación, modificación o discusión por la otra parte, aun cuando, susceptible de aceptación, no por ello, su contenido es ilícito, vejatorio o abusivo per se, ni el favor pro adherente e interpretatio contra stipulatorem, contra preferentem, actúa de suyo ante la presencia de cláusulas predispuestas, sino en presencia de textos ambiguos y oscuros, faltos de precisión y claridad, en cuyo caso, toda oscuridad, contradicción o ambivalencia se interpreta en contra de quien las redactó y a favor de quien las aceptó”*

Por otro lado, también la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil mediante sentencia reciente del 5 de julio de 2012, se refiere a la connotación de los contratos de adhesión de la siguiente manera: *“el contrato de adhesión admite el establecimiento de cláusulas preestablecidas por una de las partes sin que se deduzca de ello una disminución de la capacidad de aceptación de la otra, su interpretación debe responder al criterio contemplado en el artículo 4º del estatuto mercantil, esto es, que sus estipulaciones preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles, por lo que sólo en caso de ambigüedad o falta de precisión habría lugar a acudir a reglas de hermenéutica tendientes a producir efectos adversos a quien las redactó y favorables a quien las acepta”*.

De lo anterior podemos concluir fácilmente que en este tipo de contratos, encontramos una parte que toma el nombre de predisponente, la cual tiene la función y facultad de crear y redactar las estipulaciones del acuerdo a su consideración, y ponérsela de presente a la otra que toma el nombre de adherente, para que este a su vez, preste su consentimiento a adhiriéndose o no, a dicho clausulado.

### **I.2.2 Elementos**

Al tener clara la definición de los contratos de adhesión, es determinante concluir los elementos de los que se compone este tipo de contratos para no entrar en confusiones con distintos tipos contractuales. Algunos doctrinantes del derecho

moderno se han pronunciado frente a los elementos de los contratos de adhesión de la siguiente manera; Existen dos elementos en el contrato de adhesión: El primero, es “ la predeterminación del contenido del contrato por una de las partes, mediante el recurso a condiciones generales que se emplean para celebrar un número indeterminado de negocios o de formularios inmodificables. Y, el segundo, es la presentación de ese contenido al que se quiere contratar, con la opción única de aceptarlo o rechazarlo”. (Cepeda Espinoza, 1985).

Para Rakoff citado por (Castro 2006),”los elementos del contrato de adhesión son: i) documentos impresos, ii) condiciones redactadas por o en beneficio de unas de las partes, iii) son presentados al destinatario para que acepte sus términos, y) no pueden ser discutidos salvo excepcionalmente en el precio”.

Estos elementos como es presumible, ratifican, otorga la seguridad y claridad sobre la definición que ya fue comentada de manera precisa en esta investigación en búsqueda de que no sea confundida esta figura contractual con otras de similares condiciones, por lo que también nos parece de suma importancia referirnos a las características de los contratos de adhesión, las cuales a nuestra consideración se derivan de los elementos antes descritos.

### **I.2.3 Características**

Para autores como Stiglitz y Yury Vega las características del los contratos de adhesión son las siguientes:

- a) La unilateralidad: Ya que como se desprende de la definición, la construcción del contrato viene estructurada por una de las partes, identificada como el predisponente.
- b) La rigidez del esquema predeterminado por el empresario: a razón de que el adherente o consumidor no tiene oportunidad de negociar ninguna de las cláusulas del contrato.

- c) La predisposición contractual es inherente al poder de negociación que concreta el “profesional” y que generalmente, coincide con la disparidad de fuerzas económicas.
- d) La predisposición se complementa con su carácter abstracto y general, pues se trata de condiciones a ser incorporadas en una pluralidad de negocios. (Vega, 2001)

A consideración de la Honorable Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sala de Casación Civil, por medio de sentencia del 12 de diciembre de 1936, dio a conocer las características de los contratos estandarizados (también llamados de adhesión) así: (i)“(…) la oferta-dirigida a personas indeterminadas- tiene carácter general y permanente, y se presenta frecuentemente impresa, en forma de contrato-tipo, para que sea aceptada o rechazada en bloque”; (ii) “(…) la oferta emana generalmente de una persona natural o jurídica que goza de un monopolio de hecho o de derecho o al menos de un gran poder económico, ya en razón sus propias fuerzas ya por su unión con otras empresas análogas”; (iii) “(…) constan de numerosas cláusulas, de difícil lectura, cuidadosamente redactadas en interés de quien hace la oferta y cuya trascendencia no puede ser en la mayor parte de los casos debidamente apreciada por el adherente”; (iv) “(…) a diferencia de lo que sucede en los contratos comunes y corrientes, en que las cláusulas y condiciones se discuten, se pesan y se miden libremente por ambas partes(…) en los contratos de adhesión se excluye toda discusión entre las partes, con evidente menoscabo del principio de la autonomía de la voluntad, pues una de ella elabora, para formular la oferta, un reglamento o estatuto y la otra se limita a someterse a las condiciones de éste si necesita el servicio co-contratante está en capacidad de procurar”.

De lo anterior se concluye, que desde los años 30 del siglo pasado, ya se tiene clara una definición de los contratos de adhesión, y que pasados 80 años, no se ha visto un cambio importante en ésta, pues se sigue conservando cada uno de los aspectos anteriormente comentados.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Civil, mediante sentencia reciente del 4 de noviembre del 2009 así confirma lo antes dicho. Ella se refiere a las características de la siguiente manera: *“ciertas peculiaridades de los referidos contratos de adhesión son: la exigua participación de uno de los contratantes en la elaboración de su texto; la potestad que corresponde al empresario de imponer el contenido del negocio; la coexistencia de dos tipos de clausulado, uno necesariamente individualizado, que suele recoger los elementos esenciales de la relación; y el otro, el reglamentado en forma de condiciones generales, caracterizado por ser general y abstracto; las circunstancias que rodean la formación del consentimiento; la importancia de diversos deberes de conducta accesorios o complementarios, como los de información (incluyendo en ese ámbito a la publicidad), lealtad, claridad, entre otros; la existencia de controles administrativos a los que debe someterse; en síntesis, las anotadas singularidades y otras más que caracterizan la contratación de esa especie, se decía, le imprimen, a su vez, una vigorosa e indeleble impronta a las reglas hermenéuticas que le son propias y que se orientan de manera decidida a proteger al adherente (interpretación pro consumatore).”*

#### **I.2.4 Naturaleza**

Durante la existencia de este contrato se ha presentado la dicotomía respecto a considerar los contratos de adhesión como verdaderos contratos, o más bien considerándolos como actos unilaterales, teniendo en cuenta, que en éstos, según su definición, una de las partes es quien lo redacta el clausulado, y la otra simplemente adhiere, o no a el.

En los inicios, autores con gran trascendencia jurídica como Diez-Picazzo citado por (Arrubla Paucar, 2006), prefieren hablar de relaciones obligatorias más bien que de contratos forzosos, ya que dichas relaciones son similares a las que se derivan de un contrato, pero que no tienen su causa en él sino en un acto de

soberanía estatal.(Haupt) también citado por (Arrubla Paucar, 2006), considera mejor utilizar la noción de relaciones contractuales de hecho, explicando que son unas relaciones jurídicas, en todo iguales a las contractuales, sin que en su origen pueda encontrarse un verdadero contrato, llamadas por la doctrina alemana “prestaciones del tráfico en masa”.

En relación con lo anterior, el autor (Duguit,1912), indica que “*los contratos estándar (entiéndase como contratos de adhesión), no son acuerdos jurídicos según la noción clásica, sino que constituyen una única declaración de voluntad*”.

Ahora bien, en la actualidad es preciso enunciar estas declaraciones de voluntad específicamente como contratos de adhesión, de tal manera que dicha discusión en nuestros días es más o menos pacífica al deducir que en los contratos de adhesión, una de las partes es completamente libre de redactar la totalidad de las condiciones y el otro, es libre de decidir si acepta o no el contratar.

Una muestra de ello, es que la legislación nacional, se han valido de la anterior definición, pues así se enuncia y demuestra, por ejemplo, en la Ley 1480 de 2011 en su artículo 5 donde se refiere a éstos como contratos de adhesión. Así como también, en el actual código de comercio en su artículo 981, antes de ser derogado por el artículo 1 del Decreto Extraordinario 01/90, en el Estatuto Especial Orgánico del Sistema Financiero en su Artículo 151. Sin dejar de mencionar, que la jurisprudencia por su parte también se ha referido a estas declaraciones de voluntad como “*contratos de adhesión*”. Un ejemplo de las sentencias que hacen alusión al tema son: La sentencia de la Corte Suprema de Justicia en sala de Casación Civil del 15 de diciembre de 1970, la más reciente del 5 de julio de 2012 o de la Corte Constitucional la T-464 del 7 de julio de 2004.

Por su parte la doctrina no se ha quedado atrás, y en el mismo sentido ha dicho Stiglitz, al defender el carácter contractualista que tiene el contrato de adhesión que el hecho de que una sola de las partes hubiese redactado el contenido total del

contrato y la otra, simplemente se haya adherido, no excluye el carácter de contractual puesto que equivale a un consentimiento brindado a través de la presentación y posterior aceptación de una oferta. Que las partes tengan diferente poder de negociación no altera la estructura misma del contrato; además, indica Stiglitz, que el hecho de que no haya tratativas preliminares, tampoco excluye la tesis contractual, puesto que en ningún texto legal se exige que para que un contrato sea tal, ambas partes hubiesen tenido la misma intervención en cuanto a la redacción de las cláusulas integrantes del mismo.

Nosotros por nuestra parte, planteamos que este tipo de contratos pueden encajar en lo que actualmente conocemos como contrato, pues no obstante el clausulado del mismo ser predispuesto por una de las partes, encontramos entonces que existen todos los elementos necesarios para que una persona manifieste su consentimiento, y por tanto, quede obligado en virtud de dicha aceptación. De lo anterior entonces, es menester mencionar a manera de conclusión, que la figura que se ha venido estudiando sin adentrarnos a discusiones más profundas, es evidente que tiene naturaleza contractual.

### **I.2.5 Concepto de condiciones generales del contrato y diferencia con los contratos de adhesión**

Esta parte de este escrito, tiene como objetivo realizar la diferenciación de los contratos de adhesión con las condiciones generales del contrato, pues teniendo en cuenta que se suelen confundir estos dos aspectos daremos claridad de la diferencia entre uno y otro. Para ello debemos recurrir a la definición de condiciones generales del artículo 1.1 de la L 7 de 1998 (Ley de Condiciones

Generales de la Contratación) española citada por (Laguado Giraldo,2003) en los siguientes términos:

*“Las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otra circunstancia, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.”*

A partir de dicha definición se pueden sustraer tres elementos de las condiciones generales que según (Gete-Alonso, 2000) son los siguientes:

*“Uniformidad, la cual hace referencia en los todos los contratos del mismo tipo; Rigidez, en tanto a que el consumidor no las puede modificar ni evitar; El carácter empresarial del predisponente”.*

Ahora bien, frente al contrato de adhesión según la sentencia T 464 de 2004, de la Corte Constitucional es aquel en que:

*“(…) las partes contratantes se obligan mutuamente a través de cláusulas y condiciones que no son discutidas libre y previamente, sino preestablecidas por una de las partes en los términos aprobados por el organismo de intervención estatal y sobre las cuales la otra expresa su aceptación y adhesión o su rechazo absoluto. Como lo ha señalado la doctrina, en los contratos de adhesión una de las partes impone ‘la Ley del contrato’ a la otra”.*

Por lo tanto, las condiciones generales no tienen una naturaleza contractual, ya que según (Laguado Giraldo,2003) tienen protagonismo en un momento anterior al contrato, es decir, se encuentran en la etapa pre-contratual “*proyectos abstractos de normalización de futuras relaciones jurídicas*” de tal manera que no tienen fuerza vinculante, mientras que el contrato de adhesión nace tras la aceptación de esas condiciones generales, materializándolas y, adquiriendo a partir de ese momento una obligatoriedad de cumplir lo pactado, de ello se deduce que son instituciones totalmente distintas, pero como aduce el autor antes citado son dos aspectos del mismo fenómeno complejo, lo cual conlleva a concluir que la mejor manera de entender la dinámica de ambos conceptos se da fusionándolos, de tal manera, que se genere el siguiente concepto: “contrato de adhesión a condiciones generales”.

### ***1.3. Intervinientes en el contrato de adhesión***

Desde la definición que hemos entregado del contrato de adhesión podemos deducir que en este acuerdo jurídico se da la presencia de dos partes: (i) La parte que redacta el contrato (**Profesional, predisponente**) o que tiene el contrato predispuesto, y que en la mayoría de las ocasiones se encuentra investida por una Empresa o Entidad; Y, (ii) El **Adherente, Consumidor o usuario**, el cual tiene la decisión de adherirse o no al contrato, para que dicho acuerdo jurídico pueda producir los efectos deseados.

Por lo anterior, nos parece de suma importancia referirnos a la relación que tiene la Empresa frente a los contratos de adhesión, así como también referirnos al Adherente, Consumidor o usuario de manera simplificada.

#### **1.3.1. Relación entre la empresa y los contratos de adhesión**

Como bien es sabido, la creación de los contratos de adhesión surgió de la necesidad ahorrativa económica y temporal (reducción de costos) en pro de las

empresas. A raíz de ello, la figura jurídica se fue desarrollando hasta el punto que en la actualidad no existe entidad financiera, compañía de seguros, empresa transportadora, etc., que no los use, pues gracias a ellos, se ha presentado un incremento incalculable de beneficios para dichas entidades.

Como se mencionó, a partir de la creación y utilización de los contratos de adhesión se ha disminuido notablemente los costos de las transacciones en el mercado, entre las empresas y los consumidores, cuestión que puede favorecer tanto al empresario como al adherente siempre y cuando el empresario no abuse de su posición dominante frente al consumidor, y este tipo de contratos se usen de manera equitativa.

Veamos entonces, qué beneficios específicamente ha traído la inclusión de los contratos de adhesión bajo la visión de diferentes autores, hoy en día en nuestros mercados:

- 1) Reducción de costos de celebración y regulación de los contratos celebrados por la empresa, dado que el uso de condiciones generales simplifica y acelera la celebración de contratos, multiplica el número de contratos a celebrarse, crea una disciplina para un número indefinido de contratos y reduce los costes de negociación asociados a la contratación individual. El proceso de conclusión de contratos se convierte en una práctica automática en la que el acuerdo se reduce a las prestaciones esenciales, renunciando el adherente a discutir del condicionado en general. Se ha dicho, además, que ello incide en el precio por la reducción de los costes en la contratación, al igual que incidirán en dicho resultado la limitación de responsabilidades y riesgos con las que suelen favorecerse las empresas predisponentes (Echeverri Salazar, 2010).
- 2) Se produce una mejor utilización de los recursos humanos con los que cuenta la empresa. “ *los empleados que concluyen contratos con el público no deben ser entrenados para negociar los términos de las transacciones, ya que nada pueden variar el contenido previamente establecido (...)*” (Salazar, 2006)

- 3) “Se facilita la coordinación entre departamentos: el procesamiento de las transacciones se vuelve un asunto rutinario” (Rakoff, 1983) traducido por (Palacios Lleras, 2006)
- 4) Se calculan anticipadamente los costos, dado que se conocen, anticipadamente, las contingencias y aquello que puede significar un costo para la empresa, tanto los de producción como los relativos a los riesgos. (Echeverri Salazar, 2010).
- 5) Dan seguridad jurídica, pues hacen previsible la actuación en el tráfico en general. Las condiciones generales, se ha afirmado, suministran una reglamentación más exhaustiva, técnica, analítica y clara, pues remueven la incertidumbre que, en no pocos casos, provendría del derecho dispositivo, así como sus lagunas (Vega, 2001, p. 543).
- 6) Promueven un trato uniforme de las relaciones en masa, una interpretación pareja de los alcances de los contratos, con incidencia en la ejecución de los mismos y en la jurisprudencia, así como una unificación del derecho privado comparado cuando su aplicación desconoce fronteras (Vega, 2001, p. 546).

De lo anterior, se deduce que los contratos de adhesión en la mayoría de los casos, representan un gran beneficio para la empresa o predisponente, dejando de lado al adherente o consumidor, que adhiere a estos contratos y que en ocasiones contienen gran cantidad de cláusulas leoninas o abusivas cuyo único favorecido como ya se expresó es quien las redacta. Con razón de ello, la legislación a optado por regular el tema y proteger a los consumidores de este tipo de contratos -El punto de las cláusulas abusivas será tocado en este escrito en el siguiente capítulo-.

### **1.3.2. La calidad del adherente**

Como lo hemos enunciado a lo largo del presente escrito , el adherente es la parte del contrato de adhesión que acepta o no las condiciones predispuestas por la parte que las redacta. Cualquier tipo de abuso que se pueda presentar en esta relación contractual recaería sólo en cabeza del adherente, pues es a él, a quien le faltan las facultades de entrar a negociar las cláusulas que van a regir el respectivo acuerdo.

Es preciso anotar, que en varios países latinoamericanos como el nuestro, se tiene entendido que todo adherente en un contrato de adhesión obra y es protegido como un verdadero consumidor, teniendo en cuenta que la reglamentación en donde se enuncia y define este tipo de contratos nomina al sujeto como consumidor o usuario. A manera de ejemplo podemos enunciar el nuevo estatuto del consumidor (Ley 1480 de 2011) en el cual, en su artículo 5 define los contratos de adhesión como *“Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.*

Frente al punto anterior, se han presentado varias posturas enfrentadas constituyendo dicotomías. Autores como (Rengifo Garcia, 2004) citado por (Schlesinger Charry, 2010), entienden que los términos contractuales abusivos en la contratación estandarizada pueden darse en acuerdos jurídicos no necesariamente referidos al consumo. En el mismo sentido el autor Rengifo García indica que *“Este nuevo paradigma contractual parte de la base de que existe asimetría de poder contractual no sólo en aquellas relaciones jurídicas entre consumidores y profesionales, sino también en relaciones entre agentes y proponentes, bancos y clientes, intermediarios financieros e inversionistas, arrendadores y arrendatarios, es decir, en relaciones en donde una parte goza de un poder contractual frente a la otra (...).”*

Por ello, es importante decir entonces, que no sólo el consumidor es adherente sino también, cualquier persona que decida vincularse a un contrato en el cual se

demuestre la desigualdad de poder contractual entre las partes, en palabras de (Salazar,2006), que se evidencie una asimetría del poder de contratar.

#### **1.4. Problemas y desventajas con los contratos de adhesión**

En el presente escrito, debemos preocuparnos también, de los problemas que se generan en consecuencia del uso de los contratos de adhesión, por ello creemos importante referirnos a lo que sucede con la autonomía de la voluntad privada, así como también a la libertad contractual de las partes, específicamente la del adherente, la posición de igualdad que manejan las partes contratantes, y las desventajas, grosso modo, de la utilización de los contratos de que nos ocupamos en este capítulo.

##### **1.4.1. Existencia de la autonomía de la voluntad para la parte adherente en los contratos de adhesión**

Como es bien sabido, el contrato individualizado está consagrado sobre cuatro aspectos o conceptos de suma importancia: en primer lugar el de la autonomía de la voluntad privada; su carácter consensual en materia mercantil; la obligatoriedad del cumplimiento de los contratos- paralelismo de los contratos y la Ley (*pacta sun servanda*); y por supuesto el principio de la buena fe en la etapa pre-contractual, contractual, y post contractual.

Así, entendiendo el contrato como Ley para las partes, por ser éste generador de derechos y obligaciones al someterse los contratantes a sus estipulaciones, en el mismo sentido que se encuentran subyugados al cumplimiento de la Ley,de esa manera se puede deducir que nos encontramos frente a la voluntad de los creadores del acuerdo mediante reglas de derecho igual al de la Ley, reconocidas a su vez por el ordenamiento jurídico, encontrando allí el fundamento de la obligatoriedad de las estipulaciones entre los contratantes.

De esa manera, es fácil deducir que a los contratantes se les confiere por parte de la Ley, un generoso poder regulador con el cual, se les permite crear determinados efectos jurídicos de las condiciones de sus negociaciones, teniendo en cuenta sus necesidades y estando supeditados no solo por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres, es decir, por los límites de la autonomía de la voluntad privada, sino también, por el intervencionismo Estatal, mediante nuevas normas tendientes a limitar la libertad contractual, entre otros.

Cabe anotar que en nuestra legislación, la autonomía de la voluntad privada se encuentra en el artículo 1602 del código civil, el cual 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”*.

Frente al contrato de adhesión la pregunta es ¿Podría decirse que el adherente presta su voluntad al aceptar el esquema predeterminado unilateralmente?

Como se dijo en páginas anteriores acudiendo a la sentencia del 15 de diciembre de 1970 en Sala de casación civil *“Nuestra Corte Suprema de Justicia no ha dudado que mediante la adhesión se configure un verdadero contrato, al argüir que en ninguna parte la Ley exige la discusión previa entre las partes, respecto de las cuales basta la igualdad jurídica”*.

En el mismo sentido, pero en otra oportunidad la Corte en sentencia del 29 de agosto de 1980 indico que *“por el hecho de que el contrato conste en formatos pre impresos no puede desconocerse a esa clase de convención su naturaleza contractual, pues mientras el cliente pueda rechazar la oferta, su voluntad actúa a tal punto que al acogerla presta voluntariamente su consentimiento”*.

Ahora bien, (Suescún Melo, 2004) enuncia que los contratos de adhesión han recortado de dos maneras la autonomía de la voluntad privada en los siguientes términos:

*“(...) en primer lugar, porque por su propia naturaleza impiden que el adherente participe en una verdadera negociación y llegue a dar su consentimiento como fruto de un intercambio de ofertas y aceptaciones parciales hasta llegar al pleno acuerdo. Y por otra, porque los remedios para evitar los abusos que estos contratos pueden generar consisten básicamente en la proliferación de normas imperativas o prohibitivas hasta llegar a la imposición de contratos redactados por autoridades administrativas, con lo cual se cercena el campo de acción y aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada.”*

Frente al primer aspecto planteado, creemos que la autonomía de la voluntad privada sigue presente en los contratos de adhesión, teniendo en cuenta que como se dijo en líneas anteriores, el posible adherente tiene la facultad de acogerse, de decidir, si adherirse o no a las estipulaciones predispuestas, de tal manera, que es allí donde estaría prestando su consentimiento haciendo uso verdaderamente de su voluntad, y ratificando que la autonomía de la voluntad privada tiene su uso pleno en los contratos de adhesión.

En el segundo aspecto, es preciso decir que gran parte de la doctrina coinciden en enunciar que a la autonomía de la voluntad se le sigue dando aplicación como regla general con respecto a los contratos de adhesión, pero que ésta es limitada a su vez, puesto que la intervención estatal por medio de sus nuevas normatividades busca darle protección a los adherentes, impidiendo que se configuren abusos de posición dominantes, cláusulas abusivas, monopolios, etc. Frente a ello (Lacruz Berdejo, 2010) enuncia lo siguiente:

*“la autonomía sigue siendo esencial porque la Ley o la administración no podrían pretender regular los múltiples aspectos de la vida humana que se resuelven contractualmente, y en los que toda otra solución supondría una merma sustancial de la libertad; ni aun aquellas conseguirían los*

*resultados sociales y económicos que consigue, por término medio, la iniciativa individual”.*

#### **1.4.2 Libertad contractual e igualdad entre las partes en el contrato de adhesión**

Tema de gran importancia es el de la libertad e igualdad entre las partes, y frente a ello es preciso empezar diciendo que la concepción voluntarista que antes mencionamos se encuentra establecida sobre dos pilares que son: el de la igualdad y el de la libertad, por ello, según (Suescún Melo, 2003) indica que “el derecho entraña una tutela de libertades sobre un plano de igualdades”.

A partir de allí, se afirma que las personas son libres para realizar acuerdos o contratos entre ellos, nadie los obliga a eso ya que se encuentran en situaciones de igualdad dentro de la libertad para decidir si en realidad desea obligarse o no de acuerdo a sus necesidades. Para esto, la Ley busca establecer las condiciones pertinentes en búsqueda de darle protección a los principios de la igualdad y libertad, cuyo único fin, es que las personas al contratar no sean limitadas de manera temeraria, pues la Ley es la única que tiene las facultades de ponerle límites a las libertades.

En palabras de Suescún Melo, *“la libertad existe cuando la voluntad puede decidir sin ceder ante la presión de las circunstancias que imponen un obrar determinado.”* El mencionado autor, enuncia que para que exista libertad se debe tener en cuenta la iniciativa y el poder de decisión, los cuales son los presupuestos de la libertad. (Suescún Melo, Derecho Privado, Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, 2003)

Frente a lo mismo, Salazar, comenta que : *“la libertad contractual comprende dos aspectos: en primer lugar, la libertad de contratar que se refiere a la capacidad de poder decidir si se contrata y con quién se contrata; y, en segundo lugar, la libertad de configuración interna del contrato que comprende la posibilidad de que las partes*

*participen conjuntamente en la elaboración del mismo*".(Salazar, 2006)Concluyendo de ello, que el primer aspecto, en los contratos de adhesión no se perjudica, puesto que, el adherente tiene la posibilidad de decidir si se suscribe o no a las presupuestos predispuestos del acuerdo jurídico y con quién lo suscribe, mientras que para el segundo aspecto, si existe una limitación frente a la libertad contractual con respecto a la negociación y elaboración del acuerdo, pues en este, como ya tenemos conocimiento, no participa el adherente, de tal manera que para él si se afectaría su libertad contractual.

De una u otra manera es oportuno enunciar que los contratos de adhesión, al ser considerados como verdaderos contratos, son de obligatorio cumplimiento, pues así lo precisa el principio del *pactas sun servanda*. Por ello, si el adherente presta su consentimiento de vincularse al contrato debe cumplir lo pactado en éste, esto, siempre y cuando se encuentre bajo los lineamientos permitidos por la Ley para estos tipos de contratos, pues si se presenta cualquier tipo de cláusula abusiva, confusa o leonina, se le aplicará cada una de las consecuencias e interpretaciones que consagra la Ley, tema que más adelante tocaremos.

Con respecto a la desigualdad entre las partes, creemos que sería ilógico concluir que no existe tal, pues como es bien sabido, en este tipo de contratos es una de las partes la que redacta el contrato a su conveniencia, incluyendo en éste, cláusulas leoninas, ambiguas y abusivas, abusando de su posición dominante frente al adherente que sólo le queda obligarse o no según sea su condición o necesidad.

No obstante, esta desigualdad se encuentra más o menos saneada con la regulación sobre la materia, la cual busca equiparar de alguna manera las posiciones de las partes en este tipo de contratos protegiendo a quien no negocia las cláusulas, pero que igual se adhiere a los contratos, haciendo que la igualdad esté más o menos presente en estos contratos.

#### **1.4.3 Desventajas de los contratos de adhesión**

En el camino de este escrito, para conocer los contratos de adhesión, consideramos que algunas de las desventajas de estos son las siguientes:

- Se ponen en duda ciertos supuestos básicos del régimen de los contratos que por mucho tiempo se han conservado, es el caso de la autonomía de la voluntad privada, la libertad contractual, entre otros.
- En principio, se limita el poder de negociación de ambas partes en el contrato, restringiendo el principio de la igualdad contractual, presentándose desequilibrio entre las prestaciones del consumidor y proveedor o productor.
- Entra a intervenir el Estado como límite en la autonomía de la voluntad privada de las personas junto con el orden público y las normas imperativas -este punto, puede ser visto también como una fortaleza, de manera que a más control del Estado, menos abusos se presentarían por el uso de los contratos estandarizados-.
- En teoría con los contratos estandarizados se busca como se ha dicho a lo largo de este escrito, reducir costos para el predisponente y el adherente, pero en la práctica éstos se muestran excesivamente costosos para el adherente, ya que el predisponente le transfiere gastos, obligaciones y responsabilidades que en principio se encuentran en su cabeza, constituyendo así las cláusulas abusivas y leoninas.
- Con el uso de los contratos de adhesión se pueden llegar a presentar, abuso de la posición dominante, monopolios, cláusulas abusivas, cláusulas leoninas, ambiguas, etc., perjudicando la buena fe y equidad de los contratantes.
- Se generan contratos inequitativos los cuales debe firmar el adherente Se realiza un desgaste normativo procurando protección para los consumidores.
- Los mecanismos de protección al consumidor, a los que nos referiremos más adelante no son adecuados para contrarrestar los efectos nocivos de los contratos por adhesión.
- Los empresarios utilizan este tipo de contratos generalmente para mantener su posición de dominio en el mercado, menoscabando los intereses del consumidor.

- El postulado legal que enuncia que “los contratos legalmente celebrados son Ley para las partes”, rige de manera imponente, así en estos se encuentre una asimetría en el poder de los contratantes (Salazar, 2006).

#### **1.4.4 Contratos de adhesión y cláusulas abusivas**

Como hemos indicado al transcurso de este escrito, en los contratos de adhesión, es una de las partes (el predisponente), quien redacta el contrato y lo amolda para ofrecerlo al posible adherente, y es éste, a su vez, quien tiene la decisión de adherir o no adherir a él.

El predisponente, a razón de su superioridad económica, contractual y tener la claridad del negocio que se celebra, a raíz de que es quien tiene la posibilidad de redactar el contrato, en ocasiones se vale de ello, para establecer cláusulas en búsqueda de favorecerse (cláusulas leoninas), poniendo en detrimento las condiciones del adherente. De la posición de superioridad o de la posición dominante que goza el predisponente frente al adherente, nacen las cláusulas abusivas, las cuales buscan concederle beneficios únicamente a quien redacta el contrato, así como también a traspasarle responsabilidades inherentes del predisponente al adherente, sin tener una justificación jurídica alguna para ello.

Frente a esto, Arrubla Paucar enuncia que la situación se presenta más gravosa, puesto que : *“(…) primero, ya que los términos en los contratos de adhesión- sobre todo aquellos muy onerosos para el adherente- aparecen en letras minúsculas y son redactados de manera muy enredada y, a veces hasta ininteligible, para los mismos expertos en derecho; y, segundo, que muchos términos en los contratos estándar son redactados de manera técnica por el proponente, quien conoce muy bien su profesión u oficio, presentándose como una desventaja para el adherente, quien generalmente tan solo es un hombre de medio”.*(Arrubla Paucar, 2006)

Por esta razón, es importante decir, que los contratos de adhesión bien utilizados son de gran ayuda para el mercado al que hoy nos enfrentamos, pues el costo de los bienes o servicios que deseamos adquirir o usar son mucho más económicos y la ejecución del negocio se da en tiempos muy reducidos, por el contrario, si con este tipo de contratos se busca desplazar responsabilidades del predisponente para el adherente, se presenta un desequilibrio en detrimento de la parte más débil-en este caso hablamos del adherente-, configurándose las cláusulas abusivas, por lo cual es que sobre todo en la actualidad, ha entrado el Estado a intermediar y proteger el perjuicio que de no ser por la regulación, puede llegar a sufrir el adherente.

El tema de las cláusulas abusivas se desarrollará a profundidad en el siguiente capítulo, pues creemos que es de suma importancia conocerlas para el desarrollo y complemento de los contratos de adhesión y de la misma manera para el desarrollo de nuestro escrito.

### ***1.5. Normatividad en materia comercial y en Colombia de los contratos de adhesión***

Es menester mencionar que en Colombia, la normatividad frente a los contratos de adhesión es muy escasa, pero últimamente los organismos legislativos -entendiendo la acepción Ley en sentido amplio-, se han preocupado por reglamentar el tema, en búsqueda de la protección de los usuarios de estas prácticas, en las relaciones contractuales de este tipo.

A partir de allí, realizaremos un estudio simplificado de las principales normatividades y regulaciones en la materia de los contratos de adhesión en Colombia, desde la Constitución Política de 1991 hasta la Ley 1480 de 2011 (Nuevo Estatuto del Consumidor).

#### **1.5.1. Constitución Política de Colombia**

Teniendo en cuenta que la Constitución Política de Colombia es el marco normativo más importante al que nos podemos referir, y punto de partida para realizar este estudio normativo de los contratos de adhesión, pues a partir de ésta, se desprenden las demás regulaciones y normatividades en cualquier tema jurídico por su superioridad ante cualquier otra disposición normativa, podemos decir que en nuestra Constitución no se habla específicamente de este tipo de, pero gracias a los elementos que de ella se desprenden, se puede desarrollar esta figura en otras regulaciones. Es así como la Constitución Política de Colombia habla en su artículo 333, de la libertad de las personas con respecto a su crecimiento económico de la siguiente manera: *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la Ley (...).”*

En búsqueda de proteger a los individuos, en su artículo 78, se refiere al deber garantista que tiene el Estado por medio de su Carta Política frente a la libertad económica y protección al consumidor así: *“la Ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrar al público en su comercialización (...).”*

### **1.5.2. Código Civil y Código de Comercio**

Con respecto al código civil (Ley 57 de 1887), no se tiene ninguna norma que enuncie expresamente el contrato de adhesión, tal vez sea ello por su antigüedad, teniendo en cuenta que este código es una fiel copia del código de Napoleón de 1804, pero como es bien sabido, es la normatividad del código civil que regula los aspectos básicos de la contratación privada. Gracias a la remisión expresa que le hace el artículo 822 del código de comercio al código civil, en todo lo concerniente a los contratos, se le aplican las disposiciones contempladas en ese ordenamiento a todos los contratos de carácter privado, entre ellos los de adhesión.

A su vez, el código de comercio (Decreto 410 de 1971), se ha referido específicamente al contrato de adhesión, dándole el carácter y la naturaleza de contrato como mencionamos en su oportunidad. Como ejemplo de esto tenemos su artículo 981 (subrogado por el artículo 1 del Decreto extraordinario 01 de 1990), referente a los contratos de transporte, en el cual se expresa lo siguiente: (...) *“También podrá perfeccionarse por simple **adhesión**, pero en todo caso se ajustará a las disposiciones legales y a los reglamentos oficiales sobre la materia”.* (cursiva y negrilla fuera de texto)

Como puede verse, si bien el código de comercio se refiere al contrato de adhesión en un artículo que en su oportunidad fue subrogado, no genera una definición, así como tampoco reglamenta su uso. Por ello, al ver el vacío que allí se presentaba se creó la preocupación de generar una reglamentación frente a los contratos de adhesión, pues el mercado así ya lo solicitaba.

### **1.5.3. Estatuto Orgánico Del Sistema Financiero -Adiciones Y Modificaciones (Decreto 663 de 1993) y (Ley 1328 de 2009)**

El decreto 663 de 1993, se refiere a los contratos de adhesión de manera muy limitada en su artículo 151 sobre el fideicomiso de inversión, en el cual le confiere también la naturaleza y carácter de contrato, como lo hemos concluido en el desarrollo de este trabajo. En el artículo mencionado anteriormente en su numeral 2 se enuncia la palabra adhesión de la siguiente manera:

*Artículo 151, No 2. “Consensualidad del contrato de inversión: los contratos de inversión de fondos comunes son consensuales, pero deberá quedar constancia de **la adhesión** del fideicomitente o fiduciante al reglamento de fondo respectivo aprobado por la superintendencia bancaria.” (Negrilla y cursiva fuera del texto).*

Ahora bien, en el mismo ordenamiento en el numeral 4 del artículo 146, se refiere a lo siguiente:

*“Aprobación previa del modelo de contrato. 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”* (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Frente a lo anterior, se ha pronunciado la Superintendencia Financiera en concepto 2012006058-001 del 6 de marzo de 2012 en el siguiente sentido:

*“La autorización que imparte esta Superintendencia para la utilización de **contratos de adhesión** por parte de sus vigiladas así como de sus modificaciones, tiene como finalidad la protección del consumidor financiero, tal como se indica en el numeral 3.1. del Capítulo Primero del Título V de la Circular Básica Jurídica, “en orden a velar porque las condiciones generales de los contratos se ajusten a las disposiciones legales, así como evitar que estén provistos de cláusulas abusivas que puedan afectar sus intereses”. (Subrayado y negrillas fuera del texto)*

De esa manera, el Estado interviene en búsqueda de darle la debida protección a los usuarios del sector financiero, ello, ya que quien redacta el contrato al cual va adherir el consumidor financiero es la entidad financiera, la cual, teniendo su posición de superioridad contractual ante el otro, por su conocimiento específico en ese campo, puede caer en abuso de posición dominante y en implementación de cláusulas abusivas, conductas que no se ajustan a las disposiciones legales y que por lo tanto pueden afectar los intereses consumidor.

A su vez, en la Ley 1328 de 2009, “*Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.*”, prefija en su

artículo 2 literal f, la definición más completa hasta ese momento de estos contratos, refiriéndose a ellos de la siguiente manera :

*“Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad”.*

A partir de la anterior definición, se genera la gran preocupación sobre los problemas que se podían generar por este tipo de acuerdos, teniendo en cuenta la asimetría entre los contratantes, en la cual el predisponente al ser el único que tiene la posibilidad de redactar las condiciones, es muy posible que se lleguen a encontrar en esa redacción, un sin número de desequilibrios, desplazando gran parte de sus responsabilidades a cargo del adherente, insertando cláusulas leoninas y abusivas a su favor y en detrimento del consumidor financiero.

#### **1.5.4. Estatuto General del Consumidor (Ley 1480 de 2011)**

En principio es necesario manifestar que la Ley 1480 de 2011, es una norma de carácter general, que se aplica a todos los sectores de la economía, a todo tipo de consumidores y a cualquier relación de consumo. En ella encontramos normas de orden público y de imperativo cumplimiento, pues cualquier estipulación en contrario de estas se tendrán por no escritas. La Ley 1480 es aplicada a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores, además que se deberá aplicar siempre en la forma en que mas favorezca al consumidor o usuario.

en el mismo sentido, la Ley 1328 de 2009, el nuevo estatuto del consumidor también define y contempla los contratos de adhesión en su articulado, en esta nueva normativa, el contrato de adhesión se encuentra más desarrollado que en todas las anteriores legislaciones. En su artículo 5 nos define los contratos de adhesión como *“Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de*

*manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.”*

En el capítulo II de la Ley mencionada se regula todo lo pertinente a los contratos de adhesión desde el artículo 37 hasta el artículo 41 así: En el artículo 37, nos menciona los requisitos mínimos que éstos deben tener para que sean considerados como tales, y que en caso de no contenerlos las condiciones generales serán considerados como ineficaces- Los requisitos enunciados son: 1. Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia efectos y alcance de las condiciones generales. En los contratos se utilizará el idioma castellano; 2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas; 3. En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco. En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías. En el artículo 38, el estatuto del consumidor por medio de una norma prohibitiva, impide incluir cláusulas en las que se permita al productor y/o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones.

De esa manera el Estado a través de su intervención busca darle protección a consumidores en sentido general, prohibiéndole al predisponente la imposición de cláusulas cuyo fin es modificación de los contratos sin la autorización correspondiente del adherente.

El artículo 39, es de suma importancia y frente a éste existe un proyecto de decreto de parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo<sup>1</sup>en el cual se reglamenta la forma de realizar esta constancia para la operación y la aceptación de los contratos de adhesión. Para referirnos a lo anterior es preciso enunciar el artículo antes mencionado:

---

<sup>1</sup>MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO “Por el cual se reglamenta la constancia de la operación y aceptación en los contratos de adhesión, prevista en el artículo 39 de la Ley 1480 de 2011”.

***“ARTÍCULO 39. CONSTANCIA DE LA OPERACIÓN Y ACEPTACIÓN***  
*Cuando se celebren contratos de adhesión, el productor y/o proveedor está obligado a la entrega de constancia escrita<sup>2</sup> y términos de la operación al consumidor a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la solicitud. El productor deberá dejar constancia de la aceptación del adherente a las condiciones generales<sup>3</sup>. El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones bajo las cuales se deberá cumplir con lo previsto en este artículo.” (cursiva y referencias fuera del texto).*

En el mismo Proyecto de Decreto por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se indica que el contrato de adhesión se encontrará perfeccionado con la aceptación del consumidor, y que dicho contrato no podrá ser modificado sin su consentimiento escrito y expreso. Así mismo, se indica que el proveedor o productor deberá dejar y preservar una constancia expresa y escrita de la aceptación por parte del consumidor en la que se haga referencia a la circunstancia de que el consumidor conoce y entiende los términos de la operación y las condiciones generales del contrato; y, por último dan claridad al informar que el silencio no constituye aceptación de las relaciones de consumo, y que en caso que se presente esta situación, tendrán el carácter de abusivas y su sanción es la ineficacia de pleno derecho.

Cabe resaltar, que lo mencionado referente al proyecto de Decreto, aún no entra en rigor, por lo tanto, simplemente nos encontramos amparados por las normatividades que hemos descrito con anterioridad. De lo que sí estamos plenamente seguros es que con la entrada en vigencia del Estatuto del consumidor (Ley 1480 de la 2011), todo tipo de consumidores tienen mucha más seguridad al suscribirse en este tipo de

---

<sup>2</sup>**Artículo 5 Proyecto de decreto *ibidem*.** *Constancia escrita de los términos de la operación.* Previo al momento de la celebración del contrato de adhesión, el productor o proveedor deberá informar al consumidor, por escrito y utilizando cualquier medio idóneo, los términos de la operación para que este los acepte o rechace, por el mismo medio en que se le dieron a conocer. La entrega de los términos de la operación de la oferta en ningún caso podrá exceder de tres (3) días hábiles siguientes a su solicitud de contratación, de conformidad con lo señalado en el artículo 39 de la Ley 1480 de 2011.

<sup>3</sup>**Artículo 7 Proyecto de decreto *ibidem*:** (...)En los contratos de adhesión se entenderá que hay aceptación de la oferta por parte del consumidor, así como de pagar los costos adicionales que se generen con la celebración del mismo, siempre que la manifestación de la voluntad del consumidor, mediante la cual acepta la oferta, guarde relación y sea consistente con los términos de la operación informados y con las condiciones generales y particulares del contrato. (...)

acuerdos jurídicos, pues advertimos que ya no nos encontramos frente a un contrato de carácter atípico, sino que ya se encuentra regulado parcialmente, y que con el transcurrir del tiempo se suplirán más los vacíos que se presenten en esta figura. Buscando como siempre la protección del consumidor.

Frente a artículo 40, se resalta que el hecho de que algunas de las cláusulas hayan sido negociadas en el respectivo acuerdo por ambas partes, no quiere decir que no le serán aplicables las disposiciones con anterioridad contempladas, es decir, que incluso cuando se hayan redactado algunas pocas de las cláusulas entre ambas partes, no dejará de ser un contrato de adhesión, pues en gran medida, fue el predisponente quien redactó la mayoría de ellas y por lo tanto se pueden presentar cláusulas abusivas en el acuerdo, necesitando de la protección otorgada en la Ley 1480 de 2011 frente al consumidor para circunstancias como estas. Con respecto al artículo 41, en el que se contemplan las disposiciones sobre las permanencias mínimas en los contratos de tracto sucesivo, el aporte de la Ley se encuentra en el hecho de que cuando haya una cláusula de permanencia mínima en alguno de los contratos que celebre, tenga el derecho de obtener a su vez una ventaja sustancial en relación con las condiciones ordinarias del negocio. Esto hace que quien redacte el contrato, pueda incluir la cláusula de permanencia mínima, pero a su vez, debe proteger a quien se adhiera al contrato dándole el beneficio mencionado en la Ley.

## **1.6. Principales disposiciones jurisprudenciales relacionadas con los contratos de adhesión en Colombia**

En este espacio es necesario referirnos a los principales fallos de las Altas Cortes en Colombia- Sala de casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; y, Corte Constitucional-, frente al tema de los contratos de adhesión. Cabe mencionar que sobre el tema específico no se ha generado un gran desarrollo jurisprudencial, y que por lo tanto, tampoco es posible observar una evolución importante sobre dicho concepto, en ellas más bien vamos a encontrar el respeto a instituciones como la de la autonomía privada y el cumplimiento obligatorio de este tipo de contratos, entre otros.

#### **1.6.1. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil**

Entre varios fallos, creemos importantes en principio el fallo en el que actúa como M.P., el Doctor Eduardo Zuleta, del 12 de diciembre de 1936, en la cual se reconoció la improcedencia de regular los contratos en masa con las normas propias de la contratación clásica y además que justificó la insuficiencia de los medios con los cuales era posible la protección del adherente, ante los abusos que puede acarrear el uso de los contratos de adhesión (llamados para entonces contratos estandarizados). En esta sentencia se informa el carácter contractual del contrato por adhesión, carácter otorgado hasta el momento por los juristas respetados del momento.(Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 12 de diciembre de 1936)

Casi una década después, en el año 1947, citado por (Arrubla Paucar, 2006), la Corte Suprema de Justicia, analizando la naturaleza de los contratos celebrados por los Ferrocarriles Nacionales sobre Transporte, los califica como contratos de adhesión e incluso glosa su carácter de verdaderos contratos y se inclina por pensar que se trata de actos unilaterales, de ello se refiere la Corte de la siguiente manera:

*“En dichos contratos, una de las partes se contenta con prestar su adhesión, por lo cual puede decirse que ellos constituyen más bien un acto unilateral, como: dicen los autores, puesto que una de las partes emitiendo una voluntad*

*reglamentaria, impone su decisión a la otra que no juega en la operación mas que un papel casi pasivo”.*

En sentencia del 28 de mayo de 1963, cuyo M.P. fue José Hernández Arbeláez, se ratifica el carácter contractual y vinculante de los contratos de adhesión, así como también se imprime la necesidad de buscar nuevas formas interpretativas para los contratos estandarizados, en búsqueda de darle protección al adherente.

Posterior a ello, con sentencia de diciembre de 1970, M.P. Guillermo Ospina Fernández, se evidencia el reconocimiento de la Autonomía de la voluntad Privada, y además se mantienen los presupuestos interpretativos de la vieja escuela, (Arrubla Paucar, 2006), la Corte se refiere a ello, con respecto al contrato de seguro de la siguiente manera:

*“(...) El uso generalizado de los contratos de adhesión no autoriza a los jueces para negar su valor u obligatoriedad a las cláusulas de dichos contratos que están conforme a las Leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres. A pesar de las teorías reglamentarias, la Ley que la formación del contrato sea la culminación de un proceso de discusión. Aun la parte que adhiere, contribuye a la celebración del contrato puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo. Si la adhesión basta para formar el contrato todas la cláusulas del mismo se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente, así sean abusivas, porque es al legislador, y no al juez, al que corresponde evitar la inserción de cláusulas leoninas...”*

De lo que es sencillo deducir que se encuentra ampliamente claro la aplicación de la figura de la autonomía de la voluntad privada en este tipo de contratos, además de definir sin lugar a dudas que al legislador es a quien le corresponde evitar las clausulas leoninas o abusivas y no como pensaríamos al juez.

Mediante sentencia de 29 de agosto de 1980, en la que actúa como magistrado Ponente el doctor Humberto Murcia Ballén, imprime que la interpretación de los contratos de adhesión debe hacerse bajo los supuestos de interpretación del Código Civil, y de manera categórica enuncia refiriéndose a los contratos de seguro que: *“solamente las cláusulas que por su ambigüedad u oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos deben ser interpretadas a favor de la parte que da su consentimiento por adhesión...”*

En esta sentencia la Corte Suprema de Justicia ve oportuno clasificar los contratos en: contratos de libre discusión y contratos por adhesión de los cuales se derivan obligaciones y consecuencias diferentes, pero que hasta ese momento no se enunciaron cuales.

En el año de 1994, mediante sentencia del 19 de octubre con ponencia del doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss, se observan importantes pasos de avance, pues en ella, se hace referencia al abuso del poder dominante de las entidades financieras, frente a los hoy consumidores financieros, lo cual no va más allá, pues no se disuelve el problema las consecuencias de las cláusulas abusivas. Así se refiere la Corte frente al tema propuesto:

*“(...) si así llega a ocurrir por que la entidad crediticia, con daño para su cliente y apartándose de la confianza deposita (sic) depositada en ella por este ultimo en el sentido de que velará por dichos intereses con razonable diligencia, se extralimitará por actos u omisiones en el ejercicio de que posee y por ende, al tenor del artículo 830 del Código de Comercio, está obligada a indemnizar (...)”*

Posterior a ello, en 2 de febrero del año 2001, la Corte Suprema de Justicia, con Ponencia del mismo Carlos Ignacio Jaramillo, se ratifica sobre aquellas cláusulas abusivas de quien introduce al celebrarse un contrato de seguros, en la cual se expresa que la contratación estandarizada debe limitarse a tal punto de que no se

encuentren las cláusulas abusivas ni leoninas en contra del adherente; que este tipo de cláusulas se generan en gran parte de los contratos de adhesión, y que por ello, se abusa de la posición dominante y también de la buena fe del adherente. La Corte se refiere de ello de la siguiente manera:

*“(...) tratándose de negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de la adhesión a condiciones generales de contratación, como por regla sucede con el de seguro, la legislación comparada y la doctrina universal, de tiempo atrás, han situado en primer plano la necesidad de delimitar su contenido, particularmente para excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual...”*

Ya en el año 2009, mediante sentencia de cuatro de noviembre, en donde actúa como magistrado Ponente el Doctor Pedro Octavio Munar Cadena, se enuncia que a partir del crecimiento del mercado, se fue generando la contratación en masa en búsqueda de ofrecer con mayor facilidad, eficiencia y a menor costo los bienes y servicios producidos, de manera que gracias a la distribución a gran escala surgió el contrato de adhesión, caracterizado porque el empresario predisponerte somete a consideración del potencial cliente un reglamento convencional inmodificable al cual queda vinculado por la mera aceptación.

La Corte realiza un examen en esta sentencia de las características de los contratos de adhesión, a lo cual se refiere de la siguiente manera:

*“En consecuencia, para decirlo sin ambages, ciertas peculiaridades de los referidos contratos (**refiriéndose a los contratos de adhesión**), relativas a la exigua participación de uno de los contratantes en la elaboración de su texto; la potestad que corresponde al empresario de imponer el contenido del negocio; la coexistencia de dos tipos de clausulado, uno necesariamente individualizado, que suele recoger los elementos esenciales de la relación; y el otro, el reglamentado en forma de condiciones generales, caracterizado por*

*ser general y abstracto; las circunstancias que rodean la formación del consentimiento; la importancia de diversos deberes de conducta accesorios o complementarios, como los de información (incluyendo en ese ámbito a la publicidad), lealtad, claridad, entre otros; la existencia de controles administrativos a los que debe someterse; en síntesis, las anotadas singularidades y otras más que caracterizan la contratación de esa especie, se decía, le imprimen, a su vez, una vigorosa e indeleble impronta a las reglas hermenéuticas que le son propias y que se orientan de manera decidida a proteger al adherente (interpretación pro consumatore).” (Negritas fuera del texto).*

Por último, recientemente la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 5 de julio de 2012, con Fernando Giraldo Gutierrez, como Magistrado Ponente, se enuncia una definición actualizada de lo que se entiende por los contratos de adhesión, y la consecuencia que de ello se deriva al decir que:

*“Con la connotación de ser por adhesión, esto es, que admite el establecimiento de cláusulas preestablecidas por una de las partes sin que se deduzca de ello una disminución de la capacidad de aceptación de la otra, su interpretación debe responder al criterio contemplado en el artículo 4º del estatuto mercantil, esto es, que sus estipulaciones preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles, por lo que sólo en caso de ambigüedad o falta de precisión habría lugar a acudir a reglas de hermenéutica tendientes a producir efectos adversos a quien las redactó y favorables a quien las acepta”*

#### **1.6.2. Corte Constitucional.**

En sentencia C-070 de febrero 25 de 1993, en donde Eduardo Cifuentes Muñoz, actúa como Magistrado Ponente, se presenta un salvamento de voto por parte de los

doctores José Gregorio Hernández, Ciro Angarita y Alejandro Caballero, en donde indican la necesidad de diferenciar los contratos de adhesión de las demás formas contractuales, por ello también, la necesidad de establecer las distintas consecuencias jurídicas para una y otra forma de contratación.

Así también, Como lo referimos en su momento, la entidad que tiene un primer acercamiento de los más importantes frente a la definición de los contratos de adhesión en sentencia T-464 del 7 de julio de 2004 es la Corte Constitucional, mediante la cual se expresó que esta modalidad contractual es aquella según la cual

*“...las partes contratantes se obligan mutuamente a través de cláusulas y condiciones que no son discutidas libre y previamente, sino preestablecidas por una de las partes en los términos aprobados por el organismo de intervención estatal y sobre las cuales la otra expresa su aceptación y adhesión o su rechazo absoluto. Como lo ha señalado la doctrina, en los contratos de adhesión una de las partes impone ‘la Ley del contrato’ a la otra”.*

Por ultimo y posterior a ello, en sentencia T- 517 del 7 de julio de 2006, en donde actúa como Magistrado Ponente el Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, en busca de protección del adherente de los contratos de adhesión, da vía libre para la procedencia de la tutela frente a los abusos que se generan con los contratos de adhesión.

## **II. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN**

Con el advenimiento de la contratación en masa y de su principal consecuencia jurídica, los contratos de adhesión y las condiciones generales de la contratación, ha conllevado a la persistente celebración de contratos asimétricos, los cuales se

presentan en diferentes mercados como el de servicios públicos domiciliarios y no domiciliarios, telefonía móvil, entre otros.

Asimetría la cual se puede reducir a un simple poder económico, pero, a la vez, respecto a otros puntos jurídicos y fácticos de diferente orden; los cuales, conllevan a que las partes del contrato se identifiquen en dos extremos diferentes, el débil y el productor de bienes y servicios.

Consecuencia de esta polarización, tanto doctrina como jurisprudencia han buscado otorgar una mayor protección del débil, en un primer término en los contratos de consumo y en los últimos años, de manera general en los contratos denominados asimétricos. (Roppo, 2011)

Uno de los varios métodos de protección de la parte débil se concreta en la regulación de las denominadas cláusulas leoninas o abusivas, que parten de un desequilibrio entre las partes o de la violación del principio de buena fe que debe regir en toda relación contractual.

De manera, que en el presente capítulo, nos dispondremos analizar no sólo el concepto de las cláusulas abusivas, a la vez, las principales características de las mismas, las diferentes clases de cláusulas abusivas y las consecuencias de su presencia en los contratos de adhesión.

## **1. Concepto**

Como se anotó con anterioridad, en los contratos de adhesión la parte débil no puede estipular mutuamente con el productor del bien o prestador del servicio, las cláusulas que regirán su relación contractual, es decir, que no existe un trato preliminar en el que los futuros extremos de la relación contractual puedan negociar los elementos esenciales, generales y dispositivos del contrato a celebrar.

Por medio de la regulación de las cláusulas abusivas, se busca impedir que mediante la utilización de la libertad contractual, pueda estipularse en el contrato una cláusula en virtud de la cual una de las partes se constituye en parte privilegiada, atribuyéndose derechos excesivos frente a la otra, imponiendo en ésta obligaciones más gravosas que conlleven a un desequilibrio injustificado en el contrato. (Suescún Melo , 2003)

Antes de exponer los diferentes conceptos de cláusula abusiva, es determinante precisar que esta clase de cláusulas, si bien se suelen presentar con mayor frecuencia en los contratos de adhesión y en las condiciones generales de su contratación, su presencia no se limita a esta clase de contratos, pues, se pueden presentar en los contratos en que se ha agotado una etapa precontractual, es decir,

en las relaciones contractuales en donde las partes previamente negocian los elementos que regirá su relación.

Sin embargo, en el presente escrito, por ser el centro de análisis, nos limitaremos a analizar las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

Para ello, haremos una breve reseña de lo que por cláusulas abusivas se entiende en el derecho comparado y nacional. Así, encontramos que la doctrina argentina sostiene que la definición de cláusula abusiva se puede extraer al analizar los siguientes criterios:

- i) Falta de negociación de la partes
- ii) Que la cláusula sea una condición general de contratación
- iii) El contenido de la cláusula resulte de una infracción a la buena fe
- iv) Que cause un desequilibrio relevante entre derechos y obligaciones de las partes del contrato que se traduce en un daño para la parte. (Stiglitz, 2001)

En el mismo sentido, consideran que por cláusula abusiva se debe entender como aquella que colocan a una parte contratante, que por lo general se trata de un consumidor o usuario, a merced del empresario predisponente, quien impone de manera unilateral condiciones que perjudiquen de manera inequitativa o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los contratantes. (Farina, 1999)

Así mismo, en la Comunidad Europea expidió la Directiva No. 13 de 1993 que en su artículo tercero, define la cláusula abusiva, como aquella condición general de la contratación que pese a las exigencias de la buena fe, causa un detrimento al consumidor como consecuencia de un desequilibrio relevante entre los derechos y obligaciones de las partes de un contrato.

En el mismo sentido, señala esta Directiva, que en los contratos de adhesión, en donde de manera aislada se negociará una cláusula, no se podrá excluir la aplicación del artículo tercero y por lo tanto se entenderá que se encuentra ante un contrato de condiciones generales.

Es preciso, señalar que la legislación europea ha considerado que la normatividad de las cláusulas abusivas no puede ser objeto de aplicación respecto a las personas jurídicas al no considerarlas objeto de protección de la directiva 13 de 1993. (Roppo, 2011)(Cape Vs. Ideal Service, 1999)

Por su parte, Bianca define las cláusulas leoninas como las condiciones generales que agravan la posición del adherente respecto de la disciplina legal del contrato. (Bianca, 2007)

De este concepto, es preciso extraer, que las cláusulas abusivas son diferentes de las condiciones generales, pues los segundos aluden a una redacción previa, en

forma abstracta, de cláusulas aplicadas a un número plural de relaciones contractuales.

Criterio que comparte Rengifo García al exponer las siguientes características de las condiciones generales:

- Predisposición por una de las partes
- Ausencia de negociación individual
- Estar destinadas a una pluralidad de contratos
- Generalidad de las condiciones
- Inevitabilidad de la aplicación

Larroumet, explica que las cláusulas abusivas se presentan cuando unas de las partes, que se encuentra en posición ventajosa en un contrato que es de adhesión, estipula en el contrato obligaciones muy gravosas a cargo de la otra o derechos en su favor que no se pueden equiparar frente a los asignados a la parte débil. (Larroumet, 1993)

Por otra parte, la doctrina ha manifestado, que la cláusula abusiva es aquella que sin justa causa, impone condiciones que benefician en forma clara e injustificada a uno de los contratantes en perjuicio del otro, apartándose de la buena fe, de lo que exige el orden público económico, la equidad, la moral y buenas costumbres. (Ordoqui Castilla, 2010)

De la misma manera, encontramos que la doctrina nacional, ha definido las cláusulas abusivas como aquellas que en contravía de los postulados de la buena fe, causan un detrimento del adherente, o un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones y derechos del contrato. (Rengifo García, 2004)

A la vez, la doctrina patria ha definido las cláusulas leoninas como toda estipulación contractual contraria a las exigencias de la buena fe y que cause un perjuicio desproporcionado, importante e injustificado al consumidor. (Suescún Roa, 2009)

Por último, la Corte Suprema de Justicia ha definido las cláusulas vejatorias atienden a las siguientes características:

*“Se advierten como características arquetípicas de las cláusulas abusivas – primordialmente–: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe comercial –vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad–, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes.”(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil - Sentencia de febrero 2 de 2001)*

Posición recientemente reiterada de la siguiente forma:

*“En cuanto al entendimiento de lo que es una cláusula abusiva, bien podrá acudirse como referencia al llamado sistema de “lista negra”, acogido en el sistema jurídico patrio en el artículo 133 de Ley 142 de 1994, o también a la idea general adoptada en la Ley 1480 de 2011, próxima a entrar en vigencia, la cual, en su artículo 42, considera como tal aquellas conductas que producen desequilibrio injustificado en contra del consumidor.” (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 14 de diciembre de 2011)*

De manera, que en los contratos de adhesión como contrato asimétrico la protección de la parte débil se concreta en la regulación bien sea para prohibirlas o para matizar las denominadas cláusulas abusivas, las cuales se caracterizan por una ausencia de negociación individual, por tener un desequilibrio relevante entre las partes o por ser contrarias al principio de buena fe que debe regir no sólo en los tratos preliminares, en la ejecución del contrato, e incluso, en la etapa post-contractual.

## **2. Desequilibrio contractual**

Desde el punto de vista normativo, el individualismo, que influyó durante el siglo XIX el derecho de obligaciones y contratos, consideró que los contratantes debían ser tratados como si estuvieran en igualdad de condiciones, lo que conllevó a considerar que cada una de las partes podía, por sí misma, defender sus intereses, pero con el transcurrir el tiempo, estas tendencias se fueron abandonando, considerando que las personas no podían tutelar sus propios intereses lo cual aconteció de la compañía a la crítica de la autonomía de la voluntad por la falta de atención a las desigualdades. (Maza, 2010)

Una vez abandonado el individualismo, el legislador ha considerado que quienes negocian un contrato, son libres e iguales, no desde el punto de vista fáctico, ya que no todas las personas se encuentran en la facultad de tutelar sus propios intereses, sino desde la perspectiva de una igualdad normativa. Sin embargo, las normas son insuficientes frente a las desigualdades existentes entre las partes.

Igualmente, en el tráfico jurídico de los contratos, pueden encontrarse déficits informativos, como se presentan en los contratos de adhesión, debido a su complejidad del contenido normativo, y por lo tanto se presenta un peligro jurídico para el profano, el problema suele ser que el consumidor promedio no comprende lo que está firmando (Maza, 2010) o simplemente el usuario no lee la condiciones generales a la cuales se está adhiriendo.

Debido a lo anterior, se comparte el criterio de Roppo al considerar que el desequilibrio del contrato no se puede equiparar en una estratificación socio – económica de las partes contratantes, y por el contrario se debe entender como la debilidad de una parte respecto a la otra, es decir, en la asimetría de los poderes contractuales (Roppo, 2005), por lo tanto, el desequilibrio, no debe tener un significado

económico, y por el contrario debe centrarse en el análisis y ponderación de las obligaciones y derechos de la parte débil.

Así, el desequilibrio contractual es un criterio determinante de la abusividad de las cláusulas, sin embargo, el desequilibrio al que nos referimos no es uno simple y llano, sino que debe ser relevante, ya que no se persigue una igualdad absoluta entre las prestaciones sino un equilibrio razonable compatible con los principios de la buena fe negocial. (Ordoqui Castilla, 2010)

Por ello, se comparte el criterio de Stiglitz, quien afirma que la desventaja debe ser exagerada, de tal manera que desnaturalice la relación de equivalencia en perjuicio del consumidor, ya que presupone la inexistencia de contrapartida o de fundamento suficiente que justifique el desequilibrio. (Stiglitz R. , 1998)

De allí, que por desequilibrio se habrá de entender como la relación ausente de razón y proporción dentro del alea normal del contrato.

Así, el desequilibrio se debe enmarcar en la notoriedad y la injustificación del mismo, razón por la cual, analizaremos separadamente cada uno de estos elementos.

- Debe ser claro, notorio o significativo

Es decir, el que tiene una entidad cualitativa o cuantitativa fácilmente constatable en la distribución anormal de derechos y obligaciones del contrato.(Ordoqui Castilla, 2010)

En el mismo sentido, es claro la desigualdad, cuando supera las normales variaciones del alea propio de cada contrato y se aleja de lo considerado como razonable, entendiendo por razonable, toda actuación que se enmarca en la buena fe en consideración con la naturaleza del contrato, la costumbre y las circunstancias de cada caso en particular.

- Debe ser injustificado

Cada contrato contiene derechos y obligaciones para cada una de las partes, por lo tanto, ante la afectación sin motivo de proporcionalidad en la distribución de beneficios y gravámenes, así un desequilibrio puede *“ser justificado cuando existe una causa o explicación de porqué a una parte se le dieron más beneficios que a la otra, acorde al contrato que realiza”* (Ordoqui Castilla, 2010, p. 184)

Aún más, si tiene en cuenta que en determinados contratos se pueden presentar desequilibrios que son naturaleza del alea normal del contrato sin que cause perjuicios significativos al consumidor o usuario.

Por lo tanto, para realizar el análisis del desequilibrio se debe valorar el contrato en conjunto, pues lo que podría enmarcarse en un desequilibrio, puede dejar de serlo, al

encontrar una ventaja particular a favor de la parte débil; por ejemplo, en los contratos de prestación del servicio de telefonía móvil, la cláusula de permanencia, la cual exige al usuario a no terminar el contrato en un plazo determinado, si bien afecta la libertad de contratar del usuario, se ve compensada con la financiación del dispositivo móvil o con la tarifa y servicios prestados.

El desequilibrio se debe analizar de la misma manera, como se analiza la culpa en la responsabilidad civil, es decir, de manera abstracta, comparando una conducta debida con la realizada (Ordoqui Castilla, 2010), por lo tanto, se debe partir del criterio de lo que sería en el caso un contrato equilibrado, para luego poder determinar en donde se encuentran los desequilibrios del contrato.

### **3. Buena fe**

En toda relación contractual, sus partes, no sólo se encuentran sujetas a lo estipulado en el contrato, a la vez, hacen parte de esta relación y son fuentes del mismo, determinados deberes y conductas, que en términos de Bianca, integran imperativamente en algunos eventos y en otros de manera supletiva el contrato. (Bianca, 2007)

Integración del contrato, en la cual podemos encontrar el deber de actuar de buena fe, la cual en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra arraigada en el derecho constitucional en el artículo 83 de la Constitución Nacional y desarrollada en el artículo 871 del Código de Comercio al disponer imperativamente que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe.

Sin embargo, es preciso señalar que la buena fe no exige un comportamiento determinado, por el contrario, es una cláusula general que exige que se materialicen diversos comportamientos, tanto positivos como omisivos de conformidad con circunstancias concretas en la relación negocial, al respecto la Corte Suprema de Justicia ha considerado:

*“En efecto, principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción a la cual deben actuar las personas –sin distingo alguno- en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación.”*(Corte Suprema de Justicia - Sentencia de agosto 2 de 2001)

A la vez, la utilización del contrato como medio de interrelación de intereses importa el ejercicio de un derecho que no puede considerarse como un fin en sí mismo sino

como un medio para lograr la realización personal y comunitaria o sea, el bien común. (Ordoqui Castilla, 2010)

De allí, que el ejercicio de un derecho es contrario a la buena fe cuando se emplea en forma desleal o abusiva, ejercitando de la manera incorrecta para lo cual no fue ideado o autorizado.

Es oportuno señalar, que el ejercicio de los poderes discrecionales debe desarrollarse con miras en la salvaguarda de la utilidad de la contraparte de forma compatible con el interés propio y con el interés por el que el contrato se confirió. (Bianca, 2007)

La buena fe subjetiva no es objeto de interés en el estudio de las cláusulas abusivas, ya que lo relevante, es lo que se constata objetivamente como resultado o consecuencia de la negociación y es ello lo que pone en evidencia un proceder apartado del deber de conducta exigido.

Así, la buena fe objetiva exige un comportamiento en el marco de la solidaridad contractual, los cuales se especifican en dos cánones de conducta, en primer lugar, impone la lealtad de comportamiento; y segundo la salvaguarda de los intereses de la otra parte. (Bianca, 2007)

En el mismo sentido se puede observar el criterio de la Corte Suprema al expresar:

*“La objetiva, en cambio, trascendiendo el referido estado psicológico, se traduce en una regla –o norma- orientadora del comportamiento (directiva o modelo tipo conductual) que atañe al dictado de precisos deberes de conducta que, por excelencia, se proyectan en la esfera pre-negocial y negocial, en procura de la satisfacción y salvaguarda de intereses ajenos (deberes de información; de claridad o precisión; de guarda material de la cosa; de reserva o secreto, etc.).” (Corte Suprema de Justicia - Sentencia de agosto 2 de 2001)*

Como se anotó, la buena fe objetiva, no sólo atiende a la salvaguarda de los intereses del otro, a la vez, exige un comportamiento de lealtad entre las partes, el cual, a la vez, atiende a la ausencia de engaño o abusividad en el contrato.

Lo anterior, se debe a que la buena fe objetiva, es decir, la regla de conducta como honradez, fidelidad, lealtad, etc., opera como límite de la libre expresión de la voluntad señalando lo que debe considerarse abusivo frente a la razonable conmutatividad de las prestaciones. (Ordoqui Castilla, 2010)

Debido a lo anterior, actuar conforme a la buena fe objetiva en las cláusulas predispuestas y contratos de adhesión, se ciñe al respeto de una racional, justa y equilibrada distribución de intereses jurídicos entre las partes.

Consecuencia de todo lo anterior, se comparte el criterio de Ordoqui, quien expresa, en materia de contratos de adhesión, la buena fe es la confianza en que el contenido y la ejecución de las prestaciones son correctas de conformidad con el orden jurídico de manera justa y razonable. (Ordoqui Castilla, 2010)

Por lo tanto, ante una violación a los deberes objetivos de buena fe, se deberá entender que nos encontramos ante una cláusula abusiva, pues se desmaterializado los deberes de salvaguarda, lealtad, honradez y fidelidad exigidas en la relación contractual.

#### **4. Cláusulas abusivas**

Las cláusulas abusivas si bien atienden a un desequilibrio significativo o a una violación del principio de buena fe, en el sistema europeo, denominado como listas negras o gris de manera abstracta, se han enunciado algunos eventos en los cuales se presentan cláusulas abusivas, las cuales si bien no son taxativas señalan parámetros que asistan al intérprete del contrato en la existencia o no de las cláusulas leoninas.

Empero, es preciso señalar, que la presencia de las cláusulas abstractas, no exige *per se* su carácter de abusiva, y por el contrario tan sólo deberá catalogárseles como presunciones que admiten prueba en contrario. (Bianca, 2007)

El carácter presuntivo, si bien en el origen de estas listas negras, no son objeto de una pacífica discusión, se debe resaltar que la Ley 142 de 1994 en su artículo 133, cercenó, en su momento, esta discusión en el sistema colombiano, al calificar expresamente el carácter presuntivo de las cláusulas abstractas.

Sin embargo, con la expedición del Estatuto del Consumidor Financiero (Ley 1328 de 2009) tal discusión se puede presentar nuevamente, ya que si bien el legislador apeló al sistema europeo, no señaló el carácter presuntivo del listado.

A pesar de lo anterior, consideramos que lo determinante de la cláusula abusiva, deberá ser la presencia de un desequilibrio injustificado y significativo o la violación de la buena fe objetiva, razón por la cual, se deberá analizar, si ante la presencia de una de estas cláusulas abstractas, se puede presentar una desigualdad justificada o de acuerdo a las conductas exigidas en el deber de celebrar y ejecutar los contratos de buena fe.

Aún más, cuando el legislador colombiano al expedir el Estatuto General del Consumidor, no elaboró una lista negra, en la que contempla las cláusulas abusivas de manera abstracta, razón por la cual, el criterio para definir si son de este talante o no, el interprete deberá ceñirse a los postulados expresados en puntos anteriores y

que no son otros diferentes a la buena fe objetiva y al desequilibrio claro e injustificado.

Una vez, analizado lo anterior, es preciso resaltar las principales cláusulas leoninas previamente establecidas por el legislador como lo es en el mercado financiero y de servicios públicos domiciliarios, los cuales tienen punto en común debido a la genealogía de ellas.

- Cláusula exonerativa o limitativa de responsabilidad

Esta cláusula abstracta, tiene como objetivo, proteger a la parte débil dentro de los fines sociales e institucionales de la responsabilidad civil, ya que entre los elementos exigidos de la responsabilidad civil contractual se encuentra el incumplimiento del negocio jurídico, ya sea por una ejecución imperfecta, una llana inexecución o una ejecución tardía; por lo tanto, en contrapartida, la responsabilidad civil extracontractual es ajena a una relación o vínculo contractual alguno.

La exoneración completa de responsabilidad resulta incompatible con el principio de buena fe, cuando el daño se ha causado con culpa grave, la cual se equipara al dolo. (Rengifo García, 2004)

Debido a lo anterior se comparte el criterio de los Mazeaud, quienes consideran que ante la exoneración de responsabilidad contractual, en el contrato, no queda nada, es decir, que el empresario al excluir su responsabilidad contractual, no responde por situación fáctica alguna, pues la extracontractual no es objeto de sanción sobre el contrato en el evento de causar un daño. (Mazeaud , Mazeaud, & Tunc, 1993)

A la vez, la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que tratándose de culpa leve y levísima, los contratantes pueden lícitamente acordar, y en estos eventos su convención es plenamente eficaz. (Corte Suprema de Justicia - Sentencia de marzo 6 de 1972)

Así mismo, respecto a esta cláusula abstracta, la doctrina considera que cuando se encuentran condiciones particulares se tornan abusivas cuando la demostración del incumplimiento del deudor se vuelve imposible para el acreedor. (Santos Ballesteros, 2008; Santos Ballesteros, 2008)

- Las que impliquen renuncia de los derechos del consumidor

Respecto a esta cláusula abstracta integrante de determinadas listas a nivel mundial y en especial de nuestro Estatuto del Consumidor Financiero se debe exponer que todas las normas de protección del consumidor, son normas de orden público, y por lo tanto, el consumidor nunca puede renunciar a sus derechos.

Debido a lo anterior, se considera, que renuncia, más que una cláusula abusiva conlleva a una nulidad absoluta contrariar una norma de orden público. Sin embargo, no se puede desconocer que la renuncia de un derecho en un contrato de adhesión genera un claro e injustificado desequilibrio entre las partes.

Sin embargo, es en esta clase de cláusulas abstractas, en donde debemos recordar lo anotado anteriormente, y consistente en que para analizar la abusividad de una cláusula, se debe analizar en conjunto el contrato, ya que la renuncia de derechos puede encontrarse justificada, o puede traducirse en un beneficio del consumidor.

- Las que autoricen al proveedor a modificar los términos del contrato.

Esta cláusula leonina, se encuentra prohibida en el ordenamiento jurídico colombiano, en virtud del numeral segundo del artículo 133 de la Ley 142 de 1994 y en el literal b, de la Circular 039 de 2011.

Modificar los términos del contrato, implica la facultad de cambiar el contrato sustancialmente, lo cual evidencia una transgresión a la igualdad entre proveedor y consumidor, a la vez, consideramos que es contraria al deber objetivo de buena fe, pues no implica en ningún momento un acto sujeto a la salvaguarda de los intereses del otro.

Esta cláusula, no sólo es contraria a los anteriores, criterios, así mismo, viola los deberes secundarios de conducta de la buena fe, como lo es el deber de informar, el cual exige que no se presenten cambios inesperados sin previamente ser informados y consentidos por el consumidor.

- Las que contengan preceptos que impongan carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Esta vejatoria cláusula se encuentra contemplada en el literal “b” del artículo 11 del Estatuto del Consumidor Financiero, así mismo, en el numeral segundo del artículo 133 de la Ley 142 de 1994.

Nuevamente, en este evento nos encontramos, más de cara a una causal de nulidad absoluta que ante una cláusula abusiva, pues modificar la carga de la prueba es un acto que atenta no solo contra el derecho de defensa, a la vez, en contra del derecho al debido proceso, y por lo tanto es contrario a normas de jerarquía superior.

Aún más, al tener en cuenta, que la distribución de la carga probatoria se encuentra contemplada en la ley de carácter de orden público y por consiguiente no puede ser objeto de modificación entre las partes. (Ordoqui Castilla, 2010)

En los contratos de adhesión, esta clase de cláusulas pueden llevar a una total indefensión, ocasionando indirectamente una exención de responsabilidad civil del proveedor de servicios y productor de bienes. (Santos Ballesteros, 2008)

Una vez analizadas las principales o más frecuentes cláusulas abusivas, entraremos a analizar las consecuencias jurídicas, desde el punto de vista, de la sanción del negocio jurídico, ante la presencia de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

## **5. Sanción jurídica de las cláusulas abusivas**

De manera general, los diferentes ordenamientos jurídicos contemplan como sanción jurídica la nulidad parcial del contrato que contempla una cláusula abusiva, pues la mayoría de éstos ordenamientos jurídicos consideran que estas cláusulas, al contrariar el principio de buena fe contemplado en una norma de orden público.

En nuestro ordenamiento jurídico, debido a que no existía una sanción específica, tanto doctrina como jurisprudencia, han considerado que las cláusulas abusivas son objeto de la sanción nulidad absoluta, pues, se consideraba que existía ilicitud de la causa u objeto ilícito en el evento de contrariar la buena fe o cuando se presentaba un abuso del derecho. (Ordoqui Castilla, 2010)

Tal como lo ha sostenido la jurisprudencia arbitral, que en antaño consideró:

*“Y en cuanto al contenido de la segunda parte, el Tribunal encuentra que es abiertamente abusivo, ya que introduce un evidente desequilibrio entre las partes y vulnera por tanto el postulado de la buena fe. Se declarará así mismo la nulidad absoluta de la cláusula por objeto ilícito.”* (Tribunal de Arbitramento Concelular contra Comcel, Laudo del 1 de diciembre de 2008)

Sin embargo, tal sanción varió con la expedición del Estatuto del Consumidor Financiero (Ley 1328 de 2009), ya que en el parágrafo del artículo 11 imperativamente expresa que *“Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.”*

Como bien se puede observar, el legislador al expresar *“se entenderá por no escrita o sin efectos...”*, determina claramente que la sanción jurídica del contrato será la ineficacia, pues estos términos denotan que la sanción será esta y no otra, criterio que comparte la doctrina al expresar:

*“Al revisar los artículos del Código de Comercio que contienen este tipo de manifestaciones se encuentra que el legislador, para significar que un determinado convenio o acuerdo es ‘ineficaz’ emplea las expresiones siguientes: ‘se tendrá por no escrito’, ‘no producirá efecto alguno’, ‘no surtirá ningún efecto’, ‘será ineficaz’ y ‘carece de toda eficacia’.”* (Suescún Melo, 2003, p. 86)

Posteriormente, el legislador, en el Estatuto General del Consumidor (Ley 1480 de 2011) reiteró, en el artículo 43, que la ineficacia de pleno derecho era la sanción jurídica de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores.

Así mismo, el Estatuto General del Consumidor en el artículo 44, aplicando el principio de preservación del contrato (Giraldo López, Caycedo Espinel , & Madriñan Rivera, 2012) determinó que los contratos que contienen cláusulas ineficaces, como consecuencia de su abusividad, no afectarán de forma general al contrato siempre y cuando el contenido restante del contrato pueda subsistir pese a la ineficacia de estas cláusulas.

De manera que la sanción a las cláusulas abusivas será la ineficacia de pleno derecho.

De esta forma, a diferencia de las demás clases de ineficacia encontramos que la liminar no atiende a determinadas causales expresadas por la ley, sino que proviene del expreso mandato para cada caso en concreto que la ley ha establecido para ella.

De esta forma cada vez, que se presenta una de estas conductas prohibidas por la ley, se encuentra que la misma priva de los efectos tal declaración de voluntad, sin la necesidad de una previa declaración judicial, es decir de forma instantánea, tal como lo expresa Suescún Melo, *“El Código de Comercio, además, contiene otro fenómeno impeditivo no previsto en la legislación civil, que priva de todo efecto, de manera inmediata y automática, a ciertas declaraciones de voluntad.”* (Suescún Melo, 2003, p. 86)

Sin embargo, encontramos que la ineficacia liminar puede ser reconocida por algunos órganos de control y vigilancia como lo son las Superintendencias Financiera e Industria y Comercio (Becerra León, 2010), aún más, cuando el nuevo Código General del Proceso en el artículo 24 les otorga la competencia de resolver los conflictos ocasionados con consumidores. Anteriormente el artículo 133 de la Ley 446 de 1998 otorgaba de manera expresa y general esta especial facultad a las Superintendencia Financiera.

A pesar que el artículo 897 del Código de Comercio expresa que la declaración o cláusula que incurra en esta ineficacia quedará sin efectos sin necesidad de declaración judicial encontramos autores que sostienen que la declaración es necesaria, ya que en ocasiones será necesaria su declaración judicial, en especial cuando el convenio prohibido tenga toda apariencia de ser válido, o se haya ejecutado parcialmente. (Suescún Melo , 2003)

Apreciación la cual consideramos errada respecto a la ineficacia liminar, ya que pretende contrariar lo expresado por la ley, y por lo tanto no se requiere de declaración judicial, criterio que comparte la Corte Suprema de Justicia, al expresar:

*“...habida cuenta que la ley mercantil distingue entre la ineficacia, definida como carencia de efectos jurídicos y que obra sin declaración judicial y la inoponibilidad que es la carencia de efectos del acto anómalo frente a terceros.”*(Corte Suprema de Justicia - Sentencia 23 de septiembre de 2002)

No obstante, consideramos que respecto a las situaciones que ha mencionado Suescún Melo, es decir, cuando sea necesario retrotraer la situación a aquella existente antes del cumplimiento de las prestaciones derivadas del acuerdo y en el

evento en que el convenio tenga toda apariencia de ser válido, encontramos que en ambos eventos no es necesaria la previa declaración judicial, ya que en dichos casos se presentaría un reconocimiento y no una declaración.

Lo anterior, es evidente respecto a la primera situación, ya que en dichos eventos la ineficacia no requiere ser declarada por cuanto opera de pleno derecho, y por tanto una vez reconocida por el juez deberá ordenar retrotraer la situación a su estado anterior, más no podrá declarar la existencia de la ineficacia liminar, pues lo que ha hecho es reconocerla.

En cuanto a la segunda situación, encontramos mayor significación a nuestro criterio, ya que en el evento en que el convenio aparentemente sea eficaz, pero a pesar de ello adolezca de una ineficacia liminar, los efectos del negocio jurídico o de la cláusula no deja de producir efectos en el momento en que es declarada sino desde su pacto, por lo tanto, en estas ocasiones nuevamente se debe hablar de reconocimiento y no de declaración, pues esta no es necesaria para que deje de surtir efectos la cláusula o convenio ineficaz de pleno derecho.

De manera, que ante la presencia de cláusulas abusivas en contratos de adhesión, éstas serán ineficaces desde un inicio y tan sólo requerirá del reconocimiento o ratificación de la sanción jurídica, más no su declaración, pues ésta opera de pleno derecho.

## **6. Interpretación de los contratos con cláusulas abusivas**

Con el objetivo de encontrar una solución a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y con el objetivo de proteger a la parte débil, se han recurrido a las reglas de interpretación de los contratos contempladas en el Código Civil.

Concretamente el artículo 1624 del Código Civil, que contempla que las cláusulas ambiguas dictadas o extendidas por una de las partes se interpretarán en contra de ella. A pesar de lo anterior, se presentaba un impedimento en la aplicación de esta norma de interpretación, ya que las cláusulas abusivas no se caracterizan por tener un problema de ambigüedad, por el contrario, son normas que brillan por su clara abusividad. (Arrubla Paucar, 2008)

Al respecto la Corte Suprema de Justicia consideró:

*“Es igualmente cierto que, inspiradas en la equidad, jurisprudencia y 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 éste 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.”(Corte Suprema de Justicia - Sentencia de agosto 29 de 1980)*

Posteriormente, de conformidad con el principio general de abuso del derecho, la Corte Suprema de Justicia, consideró que el consumidor podía reclamar la indemnización de los daños causados como consecuencia de una cláusula abusiva.

En aquella oportunidad la Corte Suprema de Justicia consideró:

*“Por eso la Sala ya ha puesto de presente, con innegable soporte en las normas constitucionales reseñadas y al mismo tiempo en el artículo 830 del Código de Comercio, 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"(CCXXXI, pág., 746).”(Corte Suprema de Justicia - Sentencia de febrero 2 de 2001)*

Debido a lo anterior, recientemente, la Corte Suprema de Justicia consideró que en virtud del principio de equidad, las condiciones generales en el contrato por adhesión deben interpretarse a favor del adherente y en el sentido más favorable. (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 14 de diciembre de 2011)

En la actualidad, como consecuencia de la expedición del nuevo Estatuto General del Consumidor, se ha solucionado el problema planteado frente a la interpretación del contrato con condiciones generales y del contrato de adhesión.

En efecto, en el artículo 34 de Estatuto en mención se pueden observar dos reglas especiales frente a la interpretación de esta clase de contratos.

En primer lugar al encontrarse frente a las condiciones generales de la contratación, las cláusulas se interpretarán de la manera más favorable al consumidor y en caso de duda o contradicción entre dos cláusulas, prevalecerán las disposiciones contractuales más favorables al consumidor.

Frente a la anterior norma, antes de entrar en vigencia, la Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de manifestarse, considerando:

*“...mientras entra en vigencia el nuevo Estatuto del Consumidor, donde se dispone expresamente, en el artículo 34, que dichas cláusulas se interpretan a favor de la parte adherente y que en caso de duda prevalecen las cláusulas más favorables para éste.”* (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 14 de diciembre de 2011)

Por consiguiente, se encuentra que en la actualidad, las normas contractuales derivadas de un contrato de adhesión y de las condiciones generales de la contratación, se interpretaran a favor del consumidor, interpretación que permite una mayor protección del consumidor, frente a la posición dominante del proveedor de servicios o productor, aún en los eventos en que no se esté frente a una cláusula abusiva.

### **III. TRATAMIENTO DE LA CLAUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO COLOMBIANO**

El tema objeto de este trabajo no se encuentra compilado en un único texto normativo, por el contrario, y dado que las cláusulas abusivas pueden estar inmersas en los contratos celebrados entre los particulares, en los contratos de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera con los usuarios del sistema financiero, en los contratos con la administración pública, y en los contratos entre comerciantes, entre muchas otras posibilidades, el asunto de las cláusulas abusivas aparece regulado en algunas cláusulas de diferentes estatutos atendiendo al tema de que se trate. Esto hace que sea necesario mirar el tema en particular para determinar si en la normativa especial que regula la materia se menciona el tema de las cláusulas abusivas, si es necesario acudir directamente a la Constitución, la cual prohíbe abusar de la posición dominante, o si se debe acudir a los lineamientos generales del derecho para llegar a una solución del caso concreto.

Así las cosas, y una vez precisado este tema, procederemos a realizar el rastreo legal y jurisprudencial de las cláusulas abusivas.

## **1. Constitución Política de Colombia**

El artículo 95 determina como un deber para toda persona de no abusar de los derechos y por su parte el artículo 333 determina que la actividad económica y la iniciativa privada están permitidas por la Constitución, por tanto nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos para ello, sin autorización de la ley. En este sentido, dicho artículo determina que el Estado, impedirá cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

## **2. Leyes y Decretos**

Actualmente, la **Ley 1480 de 2011** - o más comúnmente conocida como estatuto del consumidor-, dedica un capítulo exclusivo al tratamiento de las cláusulas abusivas.

Antes del desarrollo de dicho capítulo y de manera general, esta disposición normativa establece en el numeral 1.6 del artículo 3, que los consumidores tienen derecho a ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

La misma disposición establece en artículo 42 que son abusivas aquellas cláusulas que producen un equilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, y las que afecten el tiempo modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos, además, se establece que los productores y proveedores no pueden incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores y si llegan a incluirse, son ineficaces de pleno derecho.

En el artículo 43 se establecen cuáles son las cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho y se mencionan entre otras las que Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden, las que Impliquen renuncia de los derechos del consumidor, las que Inviertan la carga de la prueba

entre otras. Y en el mismo sentido, el artículo 44 de la misma disposición determina que la nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, si éste puede subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces.

Haciendo un rastreo por las normas que han regulado algún aspecto del tema en cuestión, encontramos las siguientes:

- **Ley 1116 de 2006**, que establece el Régimen de Insolvencia Empresarial, determina en el artículo 84, que el juez del concurso verificará que los acuerdos extrajudiciales de reorganización -presentados en los términos y condiciones que establece dicha ley-, no incluyan cláusulas ilegales o abusivas.
  
- **Ley 1341 de 2009**, por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las tecnologías de la información y las comunicaciones —TIC—, menciona en el artículo 53, que el usuario debe ser protegido de todas las conductas restrictivas o abusivas, y que toda duda en la interpretación o aplicación de las cláusulas contractuales, será resuelta a favor del usuario.
  
- **Ley 1328 de 2009**, por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones, cuyo objeto es establecer los principios y reglas para la protección de los consumidores financieros en sus relaciones con las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, establece en el capítulo V artículo 11 la prohibición de la utilización de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, entendiéndose por éstos, los que son elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas no pueden ser libremente discutidas por los clientes. El artículo mencionado, prohíbe la incorporación de dichas cláusulas en los contratos de adhesión que:

“(…)

- a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.
- b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.
- c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.
- d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.
- e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

**PARÁGRAFO.** *Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero”.*

La misma ley, en el artículo 7° literal e), establece que las entidades vigiladas tendrán entre sus obligaciones especiales, el deber de abstenerse de incluir cláusulas que puedan afectar el equilibrio contractual y dar lugar a un abuso de posición dominante.

- **El decreto 1730 de 2009** que reglamenta los artículos 48, numeral 9°, 57, 81 y 84 de la Ley 1116 de 2006 ya mencionada, establece que el acuerdo señalado en la dicha disposición, no puede incluir cláusulas abusivas para los acreedores o para el deudor.

- **El decreto 2555/2010** que recoge todas las normas del sistema financiero, hace referencia en varios de sus artículos a las cláusulas abusivas que incluya alguna entidad en los contratos celebrados entre ésta y el consumidor financiero así:

En el artículo **artículo 2.34.2.1.6.**, se determina la función de vocería en la que los defensores del consumidor financiero y se dice que ellos pueden emitir su concepto sobre la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. En el mismo sentido, posteriormente, y mediante la Circular 039 de 2011 expedida por la Superintendencia Financiera, se dijo que ellos debían revisar los contratos y elaborar un informe dirigido a la Junta Directiva de la entidad con copia a la Superintendencia Financiera, detallando todas las cláusulas abusivas identificadas dentro de los contratos de las entidades vigiladas.

### **3. Circulares y Conceptos expedidos por la Superintendencia Financiera**

3.1. **CIRCULAR EXTERNA 39 DE 2011 – Ajustada por errores tipográficos mediante la Circular Externa 42 de 2011 expedida por la misma entidad-** En esta oportunidad, la superintendencia Financiera, teniendo en cuenta la ley 1328 de 2009 ya mencionada, se permite adicionar el numeral 10 “Cláusulas y prácticas abusivas” al Capítulo Sexto del Título I de la Circular Básica Jurídica ( Circular Externa 007 de 1996) señalando ejemplos de prácticas abusivas para darle mayor claridad al tema así:

**“(…) 10.1.1. Aquellas que exoneran, atenúan o limitan la responsabilidad de las entidades vigiladas sin permitir el ejercicio de los derechos del consumidor financiero.**

**Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:**

**a) Cláusulas que invierten la carga de la prueba y eximen de responsabilidad a las entidades vigiladas, tales como:**

- Las que imponen al consumidor financiero asumir de manera anticipada toda la responsabilidad derivada del uso de los diferentes instrumentos para la realización de operaciones (tarjetas débito, crédito, talonarios, dispositivos móviles, entre otros), así como por cualquier falsedad, adulteración, extravío o uso indebido que de ellos se haga por éstos o por un tercero.
- Las que obligan al consumidor financiero a certificar que se encuentra en un computador seguro.
- Las que hacen que el consumidor financiero asuma toda responsabilidad por cualquier operación realizada con la clave asignada, cuando el perjuicio a que haya lugar sea consecuencia del mal uso de la misma por parte de la entidad vigilada.
- Las que expresen que la entidad no se hace responsable por los virus, programas fraudulentos o cualquier exposición no autorizada o ilícita del servicio que de cualquier manera pueda afectar la confidencialidad o integridad de la información presentada.
- Las que establecen que los consumidores financieros no tendrán la posibilidad de controvertir las pruebas que aporte la entidad vigilada en su contra, en caso de existir objeción a transacciones, limitando el ejercicio de su derecho de defensa.
- Las que eximen de todo tipo de responsabilidad a la entidad vigilada por los errores u omisiones de cualquier clase que puedan producirse en la realización de las operaciones.
- Las que establecen que la entidad no será responsable por los daños o perjuicios derivados del acceso, uso o mala utilización de los contenidos de sus respectivas páginas de internet, ni de las posibles discrepancias que puedan surgir entre la versión de sus documentos impresos y la versión electrónica de los mismos publicados en la web.
- Las que disponen que la entidad vigilada no garantiza que su sitio web ni que el acceso a este sea libre de errores, o que el servicio o el servidor estén libres de virus u otros agentes nocivos, programas fraudulentos que de cualquier manera puedan afectar la confidencialidad o integridad de la información.
- Las que establecen que la entidad vigilada no responderá por la exactitud, veracidad, oportunidad e integridad de la información contenida en sus respectivos sitios web.
- Las que eximen de responsabilidad a las entidades vigiladas por el desembolso de depósitos a terceros no autorizados o por el pago de cheques falsos.
- Las que establecen que la entidad vigilada no será responsable por los retiros realizados con documentación adulterada, falsificada o indebidamente diligenciada.

**b) Cláusulas que autoricen a las entidades vigiladas para adoptar decisiones de manera unilateral o le impongan a los consumidores financieros modificaciones u obligaciones adicionales a las inicialmente pactadas, salvo que se encuentren autorizadas por la ley, tales como:**

- Solamente en aquellos eventos en que la ley exija el consentimiento previo y expreso de los consumidores financieros, serán abusivas aquellas cláusulas que permitan a las entidades vigiladas la modificación de los términos y condiciones del contrato, de manera unilateral y sin contar con la aquiescencia de aquellos.

— Las que autorizan a los intermediarios de valores la realización de operaciones sin que medie una instrucción previa y expresa de los consumidores financieros, cuando esta se requiera.

— Las que señalan un plazo determinado para que el consumidor financiero se pronuncie respecto del contenido de los extractos, y si este no lo objetare, se entenderán aceptadas las operaciones allí incluidas.

— Las que facultan a las entidades vigiladas para modificar unilateralmente las condiciones de uso de las tarjetas de crédito: inviertan el tipo o modalidad de consumo, cambien el plazo establecido por el cliente o la tasa de interés pactada.

— Las que autorizan a la entidad vigilada a disminuir el monto de las líneas de crédito, sin que exista un análisis previo de riesgos ni se informe de manera previa y expresa al consumidor financiero.

### **10.1.2. Las que prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.**

**Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:**

#### **a) Cláusulas que desconocen el derecho de defensa de los consumidores financieros, tales como:**

— Las que estipulan que el consumidor financiero no podrá oponer defensa alguna o que limiten los medios probatorios.

— Las que impongan la obligación de utilizar de manera exclusiva un determinado mecanismo alternativo de solución de conflictos para resolver las controversias entre consumidores financieros y entidades vigiladas.

— Las que impidan a los consumidores financieros solicitar el pago de perjuicios o pedir la terminación o resolución del contrato, en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad vigilada.

— Las que imponen al consumidor financiero la aceptación de plazos para efectuar reclamaciones en perjuicio de aquéllos establecidos en la ley.

#### **b) Las que obligan a los consumidores financieros a contratar un determinado producto o servicio o con una persona específica, tales como:**

**Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:**

— Las que impongan directa o indirectamente al consumidor financiero la designación del notario que documentará el servicio proveído o el crédito que se le otorgue.

— Las que establezcan la compañía con la que el consumidor financiero debe contratar los seguros exigidos como condición del crédito.

— Las que facultan a las entidades vigiladas a contratar o renovar, por cuenta del deudor, las pólizas de seguros sobre los bienes en garantía de un crédito, sin que este haya tenido la posibilidad de escoger la entidad aseguradora.

## **10.2. Otras cláusulas abusivas**

**a) Cláusulas que autorizan a la entidad vigilada para cobrar por servicios no prestados por el cumplimiento de las prestaciones propias del contrato que no impliquen un servicio adicional.**

**Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:**

— *Las que autorizan a las entidades aseguradoras para cobrar al consumidor financiero por efectuar el pago del siniestro.*

— *Las que facultan a las entidades vigiladas para cobrar a sus deudores por recibir el pago de sus créditos.*

— *Las que disponen que las entidades vigiladas podrán realizar cobros por concepto de gastos de cobranza de manera automática y sin realizar gestión alguna encaminada a realizar dicha labor.*

— *Las que establecen que el hecho de que la cuenta de cobro no le haya sido enviada al consumidor financiero, no lo releva de efectuar el pago en la oportunidad convenida, salvo que se trate de créditos respecto de los cuales el monto y la fecha se hubiere determinado de manera previa y expresa con exactitud (...).*

## **3.2. CONCEPTOS**

**Concepto 2012006058-001 de 2012 Marzo 6**, en esta oportunidad, esta Superintendencia, manifestó refiriéndose al numeral 4° del artículo 146 del estatuto orgánico del sistema financiero, que la función de la Superintendencia es la protección de los derechos de los usuarios de los servicios fiduciarios frente a las posibles cláusulas abusivas que introduzca la sociedad en los contratos de adhesión, y que dicho artículo no prevé excepciones frente a la autorización a las modificaciones que se pretenden hacer a los contratos, de allí que toda modificación que genere cambios en los derechos y obligaciones de los contratantes, que no se enmarquen en las condiciones establecidas en el contrato modelo que previamente fue autorizado por la Superintendencia, debe someterse nuevamente a la revisión y aprobación. Dice la entidad: *“Así las cosas, toda modificación o adición a los contratos de adhesión o para la prestación masiva de servicios que sean utilizados por las sociedades fiduciarias, en tanto se refiera a las condiciones generales del contrato, debe ser presentada ante esta superintendencia para su aprobación previa pues, de no obtenerse esta, la sociedad fiduciaria podría incurrir en un incumplimiento normativo susceptible de sanción, sin perjuicio de la posibilidad de ordenar a la entidad vigilada la suspensión de su utilización y de exigir las modificaciones a que haya lugar”*

#### **4. Decisión de la Comunidad Andina No. 638 de 2006**

En esta decisión proferida por la comisión de comunicación de la comunidad Andina, que establece los lineamientos comunitarios de protección al usuario que los países miembros deberán tener en cuenta para definir las normativas internas en materia de telecomunicaciones, se establece en el artículo 6° que los países miembros deberán determinar en su normativa interna las consecuencias jurídicas de incluir en los contratos celebrados, cláusulas abusivas que: *“(...) produzcan un desequilibrio injustificado y significativo en perjuicio del usuario y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el usuario puede ejercer sus derechos. Adicionalmente, los países miembros precisarán la naturaleza y magnitud de dicho desequilibrio a fin de que se tengan en cuenta, en el análisis que se haga, todas las circunstancias relacionadas con la transacción particular de que se trate”*.

Adicionalmente, al artículo séptimo de la misma disposición, establece que los países miembros deben determinar los mecanismos necesarios para prever o subsanar la inclusión de dichas cláusulas y condiciones contractuales desequilibradas, en los textos de los contratos de prestación de servicios de telecomunicaciones.

#### **5. Jurisprudencia de la Corte Constitucional**

##### **Sentencia C 332 del 29 de marzo de 2001. M.P Manuel José Cepeda Espinosa**

En esta sentencia, en la que se cuestiona la validez de la cláusula aceleratoria, la Corte Constitucional dice que por el hecho de que en un contrato de adhesión se desconozcan los límites legales y se imponga una carga demasiado onerosa a los deudores, no le corresponde a esta Corte pronunciarse sobre esta hipótesis, sino que la ley ha previsto otros mecanismos de control para este tipo de cláusulas como sería por ejemplo acudir a ante la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), que es la principal responsable de evitar desequilibrios contractuales protuberantes y de velar por que el mayor poder de negociación que tiene generalmente el futuro acreedor en el sistema financiero no se traduzca en cláusulas abusivas y cargas excesivas para los deudores.

##### **Sentencia SU-713 del 23 de agosto de 2006. M.P Rodrigo Escobar Gil**

En esta sentencia, en la que se toca el tema referente a la acción de tutela frente a los actos administrativos, en especial frente al acto que contiene el pliego de condiciones, aduce la sala que la existencia de cláusulas abusivas en pliegos de condiciones que establecen exigencias que solo pueden ser cumplidas por un proponente, son contrarias a la transparencia y a la buena fe precontractual que debe regir el proceso negocial con la administración.

No obstante, manifiesta la sala que si bien contra este tipo de actuaciones existen medidas de protección previstas en el ordenamiento jurídico, las cuales resultan idóneas y suficientes para otorgar la protección integral de los derechos comprometidos, eventualmente la tutela podría prosperar para brindar protección en caso de que exista un perjuicio irremediable, el cual además de ser personal, debe ser demostrado de manera concreta y específica y con las repercusiones sobre garantías *ius* fundamentales, para otorgar una tutela transitoria.

## **6. Jurisprudencia de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia**

### **Sentencia febrero 2 de 2001. Exp. 5670. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo**

En esta sentencia se discute una cláusula estipulada en la póliza del contrato de seguros que establecía “(...) *como única manera de probar el siniestro, la copia auténtica de la sentencia o del laudo arbitral ejecutoriado, que declare el incumplimiento del afianzado*”. Ante esto, dijo la Corte que una cláusula como ésta, limita indebidamente los medios de prueba y socava el equilibrio prestacional, lo cual además de violar la ley en lo referente a los diversos medios de prueba con que cuentan las personas, viola un precepto Constitucional en tanto que según el artículo 95 inciso 2° numeral 1° de la Constitución, establece que es deber de toda persona no abusar de sus derechos. Por su parte el artículo 333 inciso 4° del mismo ordenamiento establece que el Estado debe brindar protección respecto de las personas o empresas que hagan valer su posición dominante en el mercado nacional. Y finalmente la disposición del artículo 78 del mismo ordenamiento mencionado, en tanto que el Estado debe velar por el derecho de los consumidores.

### **Sentencia 13 de diciembre de 2002 Exp. 6462 M.P Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo**

La discusión de esta sentencia radica básicamente en establecer si, en los contratos denominados de leasing, es válida, por tanto eficaz, y procedente, la cláusula de exoneración de responsabilidad de la compañía de leasing por vicios ocultos y, en general, por defectos —técnicos— en el funcionamiento del bien objeto del negocio jurídico, o si por el contrario, es ésta una cláusula abusiva que desfasa el equilibrio contractual entre las partes. En el análisis que hace la Corte de este punto, aduce que la cláusula de por si no es abusiva ni vejatoria teniendo en cuenta las características de dichas cláusulas como son: “a) *que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe comercial — vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad—, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes*” (Cas. Civ. feb. 2/2001; exp. 5670)”. Aduce la Sala que en estos contratos de leasing, el hecho de que dicha cláusula se inserte en un contrato de contenido predispuesto pero legitimado por el ordenamiento jurídico, en el que por tratarse de un “modo de financiamiento”, se

“justifican ciertas cláusulas excéntricas respecto al modelo del contrato” que conllevan ciertos sacrificios para los usuarios, *“En tal virtud, no se puede afirmar que la exclusión de responsabilidad de la sociedad de leasing, así concebida, traduce un desequilibrio manifiesto en el contrato, habida cuenta que, en esos términos, no genera “una ventaja significativa sobre el consumidor, sin contrapartida o fundamento que lo justifique”, ni “compromete el principio de la máxima reciprocidad de intereses” (se resalta)”*

En esta sentencia, se deja claro que en algunos casos las cláusulas de exoneración o de limitación de responsabilidad son permitidas por el legislador Colombiano, excepto cuando se trata de conductas dolosas. No obstante aclara, que la cláusula de exclusión de responsabilidad es válida en el leasing financiero cuando es el arrendatario el que libremente escoge el bien que desea, pero en el caso del leasing operativo, o cuando sea la compañía de leasing quien haga la escogencia del bien, la cláusula de exclusión que se analiza no puede ser admitida en relación con la obligación de garantía, ni por los vicios de que tenía conocimiento la compañía y sobre los cuales no dio noticia al usuario, es decir, cuando medie mala fe, pues aquí sí habría un manifiesto desequilibrio contractual.

#### **Sentencia de 19 de octubre de 2011, Rad. 2001-00847. M.P. William Namén Vargas**

Esta sentencia hace mención al tema de agencia mercantil, específicamente a la terminación de dicho contrato. En ella, la Corte deja claro que el derecho contenido en el artículo 1324<sup>4</sup> inciso primero del Código de Comercio es de naturaleza contractual, y en principio las actuaciones que surjan dentro de ese contrato se presumen ajustadas a la ley. No obstante, la facultad dispositiva de las partes no es absoluta, sino que su ejercicio debe ceñirse al orden jurídico, las buenas costumbres y los requisitos de validez y no contener entre otras cosas cláusulas abusivas. Por ello, el juzgador en el caso de requerir analizar un contrato de agencia, mirará las directrices legislativas singulares para verificar su conformidad o disparidad con el ordenamiento y, en particular, la existencia o no de cláusulas abusivas, pues no obstante el derecho de las partes del contrato de agencia para disponer de la

---

<sup>4</sup>Este artículo dispone *“el contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.*

*Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.*

*Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.*

*Si es el agente el que da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, no tendrá derecho a indemnización o pago alguno por este concepto”.*

prestación económica consagrada en el artículo 1324 del código de comercio, el acto de disposición está sujeto a control judicial cuando se presenta una controversia en su contenido, validez y eficacia.

**Sentencia diciembre 14 de 2011, Rad. 2001-01489. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar**

En esta sentencia, se hace referencia al artículo 871 del Código Comercio, para reiterar que en relación con las entidades bancarias, y dado que los contratos que celebran con los usuarios son contratos de adhesión, la entidad financiera no puede abusar de su posición dominante e introducir en dichos contratos cláusulas abusivas que las coloquen en una situación de privilegio frente al adherente, porque de hacerlo, se está faltando al deber de buena fe que le impone el sistema jurídico y de ello, se derivan consecuencias legales.

## **7. Jurisprudencia del Consejo de Estado**

**Sentencia 1992-03966 de julio 18 de 2012**

En esta sentencia, se presenta la discusión referente a si las entidades públicas pueden incluir cláusulas abusivas en los contratos estatales, y se dice que la inclusión de dichas cláusulas, es violatoria del principio de la buena fe cuando con ellas se causa un desequilibrio sobre las obligaciones contractuales. Aduce la Sala citando a su vez a la Corte Suprema de justicia: *“(…)En la formación del 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 los suministra el llamado poder de negociación por parte de quien, encontrándose de hecho o de 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 y 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”*

**Sentencia 2000-00198 de mayo 9 de 2012, M.P. Mauricio Fajardo Gómez**

Esta sentencia hace referencia a la potestad de la administración pública de incluir en los contratos cláusulas abusivas. En tal sentido, dice la sentencia que hay diferentes clases de contratos estatales y por ello, en algunos son obligatorias las cláusulas excepcionales de derecho común. En otros, dichas cláusulas son facultativas. En otros se prescinde de ellas, y finalmente hay otros contratos que no están previstos ni contemplados en la clasificación anterior. Estima la sala que en los

casos en los que se prescinde de las cláusulas excepcionales, pueden las partes de manera contractual pactar la facultad de terminación unilateral del contrato, siempre y cuando con ello se protejan los principios constitucionales que deban orientar la actividad del estado, y no que sea el ejercicio de la imposición abusiva de una de las partes en el contrato o peor aún, si dicha inclusión configura una modalidad de abuso de derecho.

**Sentencia 1988-08431 de junio 5 de 2008 M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa**

La Sala establece que no le está dado a la administración establecer en los pliegos de peticiones requisitos o factores de selección que se sabe de antemano que sólo serán cumplidos por uno de los proponentes, pues de hacerlo, estas cláusulas son ineficaces, por presentar una violación mayúscula al ordenamiento jurídico por contravenir el principio de igualdad. Aduce la sala: *“Pues bien, sea que se trate de las cláusulas cuya función es disciplinar el procedimiento de selección exclusivamente, ya se trate de aquellas que se integran al contenido del contrato estatal, es lo cierto que, la administración no puede establecer criterios irrazonables que no consulten el interés general presente tanto en el proceso de selección como en la ejecución del contrato estatal, so pena de ineficacia de dichas cláusulas predispuestas ante casos de violación mayúscula del ordenamiento jurídico —v. gr. contravención de norma de orden público— o, de exponerse a un control riguroso de contenido por parte del juez del contrato, quien por la vía de la cláusula general de buena fe o, bajo la óptica del principio de objetividad o de igualdad, puede corregir o ajustar el contenido de la cláusula, con el propósito de preservar la eficacia vinculante” de la que ha sido predispuesta, garantizando así, en todo caso, la aplicación cabal de los principios informadores de la contratación estatal”*

El criterio de la no exclusión de otros contratistas en los pliegos de referencia, aparece también en la Sentencia 12344 de mayo 3 de 1999, con magistrado ponente Daniel Suárez Hernández, y utiliza los mismos argumentos anteriormente expuestos.

## IV. CONCLUSIONES

Como consecuencia del desarrollo tecnológico y la consecuente producción en masa y porqué no, la globalización, la transición del siglo XX al XXI, la sociedad, no sólo colombiana, a la vez, a nivel mundial, ha sido testigo de la transformación de los métodos de contratación, iniciando por los contratos de adhesión y concluyendo por la contratación por medios electrónicos, sin pasar por alto, las condiciones generales de la contratación.

Métodos o formas de celebrar negocios jurídicos, los cuales han conllevado a la polarización de las partes del contrato, encontrando de un lado a un empresario y en el otro extremo, el consumidor. En donde el primero, debido a su posición dominante puede llegar a imponer las normas contractuales que regirán la relación comercial de ellas, o, ya sea de manera conjunta o separada, la imposición de un conjunto de cláusulas previamente redactadas por el empresario, y de las cuales no se encuentran sujetas a modificaciones.

Por ello, debido a la contratación en masa, derivada de una producción de la misma clase, el *iter contractual* o tratos preliminares, cada vez tienen una menor asistencia en el contrato. Así mismo, una consecuencia innegable de esta clase de contratos, es la poca o frecuente presencia de las cláusulas abusivas, las cuales se caracterizan un injustificado desequilibrio en la relación contractual o por contrariar al deber objetivo de buena fe con el cual se deben celebrar y ejecutar los contratos.

La prohibición de las cláusulas abusivas, pretende proteger a un consumidor que se caracteriza por su debilidad frente al empresario, calificando a esta clase de disposiciones contractuales como ineficaces, sanción la cual, no exige la declaración judicial para dejar sin efectos, las abusivas cláusulas que atentan no sólo contra la parte débil, a la vez, en contra del ordenamiento jurídico.

En Colombia, durante años, se ha desarrollado una normatividad, que pretende la protección del consumidor ante esta clase de cláusulas abusivas, acogiendo el sistema europeo denominado "*Lista Negra*" y que consiste en una previa, pero no expresa, definición de las posibles cláusulas abusivas.

Sin embargo, con la expedición del Estatuto General del Consumidor, se ha iniciado una alternativa diferente a la "*Lista Negra*" del sistema europeo, ya que esta norma, contempla una definición de estas cláusulas de conformidad con el concepto que la jurisprudencia y la doctrina han tenido de las cláusulas abusivas.

A la vez, en este conjunto de normas, se ha solucionado el problema que se presentaba en la interpretación de esta clase de contratos asimétricos, imponiendo, como regla al intérprete, que las condiciones generales de los contratos serán interpretados a favor del consumidor y en caso de duda o contradicción de las cláusulas, prevalecerán las favorables al consumidor.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

Arrubla Paucar, J. A. (2008). *Contratos Mercantiles* (Décimo Segunda ed., Vol. I). Bogotá D.C., Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.

ARRUBLA PAUCAR, J. A. (2006). *Contratos Mercantiles, Contratos Atípicos* (Sexta ed., Vol. III). Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Dike.

Becerra León, H. A. (2010). *Derecho Comercial de los Títulos Valores* (Quinta ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Bianca, M. (2007). *Derecho Civil* (Primera Edición ed., Vol. III). (F. Hinestrosa , Trad.) Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Duguit, L. (1912). *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*.

Echeverri Salazar, V. M. (junio de 2010). Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión. *Opinión Jurídica*.

Farina, J. M. (1999). *Contratos comerciales modernos* (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Gete Alonso, M. d. (2000). *La formación del contrato, Manual de derecho Civil* (Tercera ed., Vol. II). Madrid , España: Civitas.

Giraldo López, A., Caycedo Espinel , C. G., & Madriñan Rivera, R. E. (2012). *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Legis.

Lacruz Berdejo, J. L. (2010). *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General* (Vol. II).

Larroumet, C. (1993). *Teoría General del Contrato* (Primera ed., Vol. I). Bogotá D.C., Colombia: Temis.

Mazeud , H., Mazeud, L., & Tunc, A. (1993). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa - América.

Ordoqui Castilla, G. (2010). *Abuso del derecho* (Segunda ed.). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javierana - Universidad Católica - Ibañez.

Pera, L. (1974). *Cuestiones de derecho comercial moderno*. Buenos Aires: Astre.

Rakoff, T. D. (1983). *Contracts of Adhesion: an Essay in Reconstruction*. *Harvard Law Review* .

Rengifo García, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante* (Segunda ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Roppo, V. (2005). *El contrato del dosmil* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Santos Ballesteros, J. (2008). *Instituciones de responsabilidad civil* (Segunda ed.). Bogotá D.C., Colombia.

Schlesinger Charry, S. M. (2010). *Los contratos de adhesión y los mecanismos de protección al consumidor en el derecho privado colombiano*. Bogotá.

Stiglitz, G. (2001). *Defensa de los consumidores de productos y servicios* (Primera ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Stiglitz, R. (1994). *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-perrot.

Suescún Melo , J. (2003). *Derecho Privado* (Segunda ed., Vol. II). Bogotá D.C., Colombia: Legis - Universidad de los Andes.

Suescún Melo, J. (2003). *Derecho Privado - Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo* (Segunda ed., Vol. I). Bogotá D.C., Colombia: Legis.

Vega, Y. (2001). *EL derecho del consumidor y la contratación contemporánea; Consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo*. Colombia : Temis.

## **JURISPRUDENCIA NACIONAL**

### **Consejo de Estado**

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Jaime Orlando Santofimio, Sentencia de junio 5 de 2008. Exp. 1988-08431

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia de mayo 9 de 2012. Exp. 2000-00198

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de julio 18 de 2012. Exp. 1992-03966

## **Corte Suprema de Justicia**

Corte Suprema de Justicia de Colombia-Sala de Casación Civil 12 de Diciembre de 1936.

11001 3103 024 1998 4175 01.

Corte Suprema de Justicia-Sala de casación civil 5 de julio de 2009. 05001-3103-013-2000-00414-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil 5 de julio de 2012. 0500131030082005-00425-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil - Sentencia 23 de septiembre de 2002, 6368.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil - Sentencia de agosto 2 de 2001, 6146.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil - Sentencia de agosto 29 de 1980.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil - Sentencia de febrero 2 de 2001, 5670.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil - Sentencia de marzo 6 de 1972.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil - Sentencia del 14 de diciembre de 2011, 1100131030142001-01489-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil - Sentencia de febrero 2 de 2001, 5670.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil - Sentencia del 12 de diciembre de 1936.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil - Sentencia 13 de diciembre de 2002, 6462.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil - Sentencia de 19 de octubre de 2011, 2001-00847.

## **Corte Constitucional**

Sentencia T – 464 de julio 7 de 2004.

Sentencia C – 332 de marzo 29 de 2001.

Sentencia SU-713 de agosto 23 de 2006.

### **JURISPRUDENCIA ARBITRAL**

Tribunal de Arbitramento Concelular contra Comcel, Laudo del 1 de diciembre de 2008.

### **JURISPRUDENCIA FORÁNEA**

Cape Vs. Ideal Service, 541 (Corte Europea de Justicia 1999).

### **REVISTAS ESPECIALIZADAS**

Castro, M. (2006). Contratos de adhesión: Análisis económico. *Revista de Derecho Privado*, XVIII (37).

Cepeda Espinosa, M. J. (1985). Los Contratos por adhesión: problemas y soluciones. *Revista de derecho Civil* (3), 7-63.

Laguado Giraldo, C. A. (2003). Condiciones generales de la contratación,clausulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro. *Vniversitas Ciencias Jurídicas y Socioeconomicas* (105), 237.

Palacios Lleras, A. (2006). Contratos de Adhesión: una reconstrucción teórica. *Revista de derecho Privado* (37), 57-168.

Roppo, V. (2011). *Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: Perspectivas del derecho contractual europeo*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Salazar, D. F. (2006). Asimetría de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad Contractual. *Revista de derecho Privado* (37), 3-57.

Stiglitz, R. (1998). Contrato de consumo y cláusulas abusivas. *Revista de derecho privado* , 32 -51.

Suescún Roa, F. (2009). Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: Una nueva causal de nulidad. *Revista de derecho privado* (41), 1-17.