

# **CARACTERIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SUS EFECTOS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN**

**Luz América Rivera Ramírez<sup>1</sup>**

## **RESUMEN**

El presente artículo pretende desarrollar la interpretación y sanción de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, como fenómeno que afecta el postulado fundamental de la autonomía privada. Por consiguiente, se aborda su regulación y los mecanismos de protección y control. Posteriormente, se determinan los efectos y sanciones jurídicas que derivan de dicho control. Para ello se realiza una revisión de normas, doctrina y jurisprudencia que trata el tema, logrando determinar la causa y consecuencias del presupuesto planteado. Se concluye que la realidad jurídica trasciende de manera significativa y que en respuesta se ha logrado consolidar normas que favorecen el equilibrio contractual. En ese contexto, el legislador y las normas jurídicas responden a este escenario del derecho, para satisfacer la libertad e igualdad de configuración negocial en los contratos de adhesión.

**Palabras clave:** Abuso Del Derecho, Autonomía Privada, Desequilibrio Contractual, Ineficacia, Nulidad, Principio de Buena Fe.

## **SUMARIO**

**1. INTRODUCCIÓN. 2. DEFINICIÓN DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN. 3. DEFINICIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. 4. CONTROL Y EFECTOS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN. 5. CONCLUSIÓN. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

## **1. INTRODUCCIÓN**

Las cláusulas abusivas están presentes de manera constante en la contratación contemporánea, y con ellas se rompe el equilibrio contractual. La masificación contractual, los

---

<sup>1</sup>Abogada de la Universidad Católica de Oriente. Artículo presentado para optar al título de Especialista en Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: luza868@gmail.com.

contratos de condiciones generales, estandarizados y predispuestos, son fuente para la existencia de dichas cláusulas. Con ello se pone de manifiesto una gran transformación del modelo de contratación clásica, dando respuesta a las necesidades y exigencias del mercado y la economía actual. Se pasó del contrato negociado al contrato por adhesión, del contrato típico al atípico, y donde la existencia del consentimiento material por una de las partes es casi nula. Precisamente, esta ausencia de negociación individual de las cláusulas y la imposición de contenidos contractuales, hacen que una de las partes sea llamada débil.

Por consiguiente, es preciso señalar que ante este tipo de contratación se percibe una asimetría negocial, por lo que se hace necesario volver sobre la autonomía privada como principio rector de las relaciones jurídicas, la buena fe contractual y los principios constitucionales, para restablecer el equilibrio contractual.

Así mismo, se reconoce el valor de la intervención del Estado. En ese sentido, la ley 1480 de 2001, (Estatuto del Consumidor), la ley 142 de 1994, (régimen de los servicios públicos domiciliarios), y la ley 1328 de 2009 (por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros y del mercado de valores), consagran mecanismos de control y protección al usuario como parte débil en las relaciones de consumo, frente al proveedor. En efecto, estas normas ayudan a determinar la asimetría de una relación contractual, y de igual manera denotan cuando hay abusividad en la cláusula.

Ahora bien, frente a los efectos y sanciones jurídicas en las relaciones contractuales en las cuales se encuentran inmersas este tipo de cláusulas, es preciso hacer un juicio de abusividad de la cláusula. Se acude a las listas taxativas de las normas anteriormente mencionadas, así como también a artículos constitucionales, del Código Civil o a las razones que el operador jurídico tuvo para determinar este juicio. En ese orden de ideas, según el caso, la consecuencia jurídica aplicable será la nulidad, la ineficacia de pleno derecho o se tendrá por no escrita la cláusula.

El objeto de este artículo es analizar el contrato de adhesión para determinar los matices abusivos y la asimetría contractual que se presentan en estos, así como examinar las cláusulas abusivas y efectos jurídicos que le sean propios.

En primer lugar, es necesario resaltar la importancia que tiene en las relaciones contractuales contemporáneas el contrato de adhesión como instrumento que permite la efectividad y celeridad del intercambio de bienes y servicios masivamente, dinamizando la economía y haciendo más eficiente el comercio, lo cual constituye una ventaja tanto para el empresario como para el consumidor.

Por otra parte, el artículo pretende en segundo lugar contextualizar la causa jurídica de las cláusulas abusivas dentro de los contratos de adhesión, que deviene del abuso de la parte dominante sobre la parte que se adhiere. Es así como se estudiarán las diferentes opiniones doctrinales y jurisprudenciales respecto al tema de las cláusulas abusivas, con elementos normativos para consolidar una noción aproximada.

Así pues, se evidencian cláusulas contractuales que son impuestas por una de las partes, lo que afecta a la libertad contractual puesto que los consumidores o usuarios no intervienen sustancial o materialmente en la elaboración del contrato y solo otorgan su aquiescencia formal, afectando así la libertad contractual, elemento fundamental de la autonomía privada.

Luego se abordarán los principios que rigen las relaciones negociales, y la limitación de la autonomía privada como conceptos que abren panoramas de control y protección a la parte débil. Además, se identifican los mecanismos a partir de las diferentes fuentes de derecho para resolver tales desequilibrios contractuales.

Por último, se determinarán las normas y presupuestos que cobijan las relaciones de consumo para su control y protección, lo cual puede ser de tipo administrativo, legislativo o judicial. Finalmente, y como consecuencia de lo anterior, se analizarán los presupuestos y competencia para determinar cuándo estamos frente a una cláusula abusiva en los contratos de adhesión y sus sanciones jurídicas.

## **2. DEFINICIÓN DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN**

Para referirse a las cláusulas abusivas es preciso abordar el contexto de la contratación hasta llegar al escenario que hace propicio este tipo de cláusulas. Por tanto, se precisa que el derecho está en constante evolución. Desde la concepción Romana del derecho hasta llegar a la época de la codificación moderna, el contrato ha sido y será la comunión de voluntades con

intención de producir efectos jurídicos y que reviste el contenido de este acuerdo entre personas como una construcción histórica y socioeconómica del contrato.

Así es que el “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”. (Código Civil, artículo 1495). Por su parte, en materia comercial el artículo 864 define: “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial [...]”. Se entiende entonces, que el contrato es un acuerdo fruto de la expresión de la autonomía privada, entendiéndose esta como la máxima expresión de la libertad contractual, que trae consigo un efecto vinculante, es decir, produce efectos jurídicos. En ese sentido:

El “dogma” de la autonomía privada reconoce a cada individuo la facultad de organizar libremente sus relaciones jurídicas con los demás particulares, dentro del marco determinado por el ordenamiento. En un estudio clásico sobre el tema, Luigi Ferri define la autonomía privada como “el poder atribuido a los individuos de crear normas jurídicas en determinados campos a ellos reservados. Más específicamente, en palabras de L. Diez-Picazo, este principio significa que “los individuos son libres para celebrar los negocios que tengan por conveniente y establecer a través de ellos cauces idóneos para la realización y consecución de sus fines e intereses, siempre que estos fines e intereses por ellos perseguidos sean dignos de la tutela jurídica por ser conformes con la ley y con la moral social. Del mismo modo, los individuos son libres para asignar a los negocios jurídicos que celebran el contenido que tengan por conveniente, con las mismas limitaciones. (Venegas 2004, p.19).

A pesar de que, “El principio de la autonomía privada es una construcción doctrinal” (Venegas, 2004, p. 56), encuentra su fundamento en la Constitución Política de Colombia, tal y como lo indica la Corte Constitucional:

[...] se deduce de los artículos 13 y 16, que consagran la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, respectivamente, los que sirven de sustento para afirmar que se ha de reconocer a las personas la posibilidad de que obren según su voluntad, siempre y cuando no atenten contra el orden jurídico y los derechos de los demás. Adicionalmente, se encuentra una serie de normas constitucionales garantes de ciertos derechos, cuyo ejercicio supone la autonomía de la voluntad; tal es el caso del derecho a la personalidad jurídica (art. 14), el derecho a asociarse (art. 38), a celebrar el contrato de matrimonio (art. 42) y los lineamientos de tipo económico que traza el artículo 333.

Una de dichas libertades es la económica o libertad de empresa, que los regímenes democráticos someten al límite del bien común, en armonía con el principio de la

prevalencia del interés general (Arts. 333 y 2o C. Pol.), de la cual emana la libertad de contratación, es decir, la libertad de celebrar acuerdos con otras personas, con efectos vinculantes, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación y la satisfacción de las necesidades. Esta modalidad de la autonomía del individuo se ha denominado autonomía de la voluntad privada en el campo del Derecho Privado.

Así mismo, respecto del significado y la evolución de dicha autonomía, la Corte Constitucional ha señalado: 3. Según la doctrina jurídica, la autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación. (Corte Constitucional, 2006, Sentencia C-993/06).

Ahora bien, estas libertades que trata Constitución, en particular la autonomía privada para celebrar contratos, sufre una transformación, propiamente dicha ante la evolución inherente a la forma de contratación que se relaciona con los ámbitos político, social, económico y cultural. Al respecto, el profesor Jaime Arrubla, afirma que “Todo derecho viene siendo objeto de importantes transformaciones, a fin de adecuarse a las exigencias de la vida actual” (1988, p. 67). Se denota en la contemporaneidad la disminución del modelo de la contratación clásica, y pasamos del contrato típico al atípico, del contrato aislado al contrato conexo. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, considera que:

[...] en general, la globalización de la economía, entre otros factores, más de la llamada ‘posmodernidad’, han determinado el surgimiento de nuevos esquemas y arquitecturas negociales que, en un buen número de veces, in toto, no se ajustan a las formas típicas que, ab antique, consagran y desarrollan las leyes u ordenamientos, dando lugar, por vía de ejemplo, a la utilización de un sinnúmero de contratos complejos, o de convenciones atípicas [...]. Corte Suprema de Justicia, 2007, Sentencia 2000-00528.

En consecuencia, surge la contratación estandarizada producto del crecimiento demográfico, por los sistemas de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios, que demandan agilidad en el momento de acceder a estos. Como se precisa a continuación:

En este ámbito se están imponiendo, de forma creciente, las relaciones contractuales asimétricas, la necesidad de alianzas estratégicas para incorporarse y sobrevivir en la economía mundo; la contratación en masa sujeta a condiciones predispuestas en relación con los consumidores; la celebración de contratos “a la medida”, que atienden las necesidades e intereses de los grupos económicos [...]. [...] La configuración de las relaciones jurídicas privadas, en la actualidad, se caracteriza, entonces, por la uniformidad y homogeneización de los negocios, la estandarización de los contenidos

contractuales, el aprovechamiento por parte del contratante más fuerte y la presencia de una compleja organización empresarial [...] (Cataño, 2010, p. 156).

Pues es así que, el contrato como instrumento jurídico que posibilita esos intercambios no puede quedarse en negociaciones en las fases previas de discusión, porque se requiere mucha agilidad en ese intercambio. “[...] conforme empezó a cobrar auge la contratación masiva, el contrato tradicional carecía de rapidez para lograr un gran número de transacciones comerciales, por lo que se requería de una solución jurídica que otorgase validez y eficacia a las relaciones particulares”. (Soto, 2003, p. 574).

De otro lado, la contratación masiva, además de tener una función jurídica, también cumple con una importante e insoslayable función económica, siendo el medio que facilita la circulación del patrimonio e intercambio de bienes y servicios, traducidos en derechos y obligaciones. Como función social, es un medio para posibilitar relaciones entre los individuos, para satisfacer necesidades y, como función económica debe ser eficiente para ambas partes. Es así que, los fines y funciones del contrato como instrumento jurídico han cambiado, adaptándose a las necesidades presentes y reales, por las exigencias del mercado, de la sociedad y de la cultura, en ese sentido,

La contratación masiva es entonces, un mecanismo contractual de intercambio masivo que hace posible la concatenación de los dos factores concurrentes del mercado, la producción masiva de bienes y servicios, y el consumo masivo, dotándoles de un vínculo jurídico obligacional. Constituye una forma de contratación que atiende a las exigencias del tráfico económico, manifestándose para ello a través de formularios prerredactados que permiten la contratación en serie de bienes y servicios, cuyos contenidos han sido fijados con anticipación a su celebración por una de las partes. Por su misma condición, limita y en ciertos casos no admite la negociación del contenido del contrato, pues lo que prima es la predisposición del esquema contractual. (Rodríguez 2010-2011, p. 201).

De modo que, los fines y funciones del contrato como instrumento jurídico han cambiado, lo cual obedece a las dinámicas y exigencias del mercado, de la sociedad y la economía, tal y como se precisó anteriormente. Respecto a dicha manifestación Soto (2003), precisa:

En definitiva, lo que se busca con este sistema de contratación es viabilizar y agilizar la celebración de numerosos contratos de tal forma que sin suprimir el consentimiento

(elemento esencial para la existencia y validez de un contrato), pueda lograrse rápidamente el acuerdo contractual. Para ello, es necesaria la estandarización del esquema contractual a efecto de reducir o eliminar la negociación de cada una de las condiciones del contrato”. (p. 573).

En el mismo sentido Echeverri (2010) confirma:

Frente a un mercado masificado, que necesitaba una rápida circulación de los bienes y servicios que se producen en grandes cantidades, se hace necesario que el instrumento jurídico a través del cual se logra dicha circulación, es decir, el contrato, se modificara para adaptarse a esas nuevas situaciones que no permitían por economía de tiempo y de dinero que se siguiera bajo el esquema de la libre discusión de cláusulas únicamente. En ese contexto surgen los contratos de adhesión [...]”. (p. 144).

De acuerdo con lo anterior, cabe señalar la importancia de los contratos de adhesión, pues es el instrumento por excelencia que posibilita las relaciones contractuales y, que permiten responder en forma eficiente a la demanda y oferta, flexibilizando las condiciones de los negocios.

En palabras de Rodríguez (2010-2011)

[...] es la contratación masiva a través de sus diversas formas, como los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, la que permite entrelazar las transacciones mercantiles consolidando vínculos jurídicos entre los empresarios a cargo de la oferta de los bienes y servicios y los consumidores demandantes de aquellos bienes y servicios”. (p.189).

A su vez, Laguado, (2003), expone que:

“Probablemente la manifestación más popular de la contratación en masa es lo que comúnmente se llama contrato de adhesión [...]” y lo define como “[...] acuerdo de voluntades en el cual una de las partes, que generalmente tiene un 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”. (p.235).

Pero, ello implica que se pase de un contrato discutido a un contrato de adhesión, de condiciones generales y cláusulas predispuestas; en palabras de Soto, (2005) “[...] El contrato ya no es producto de la libertad individual de ambos contratantes, sino la adhesión a la predisposición contractual de uno de ellos. El Contrato por negociación ha cedido el paso a la

contratación predispuesta”. (p. 529). Ante esta figura, el consentimiento queda limitado al imperio del dominio económico, debilitando una de las partes contractuales.

Ya la libertad de configuración negocial se desvanece, en cuanto a la libre discusión del contrato, [...] puesto que en los contratos de adhesión se puede observar una de las grandes limitaciones al concepto de la autonomía de la voluntad privada, no impuesto desde el Estado sino desde las necesidades mismas del mercado.” (Echeverri, 2011, p. 127).

Aunque, en esta misma línea, la profesora Echeverri, (2010), expone: “Los contratos de adhesión son verdaderamente contratos en la medida que uno de los contratantes es completamente libre al redactar el total de las condiciones (el empresario) y el otro, (el adherente) es libre de decidir si acepta o no contratar.” (p. 142). Es decir, el consentimiento no desaparece, sino más bien, disminuye su presencia dentro del contrato a su mínima expresión, pero solo aplica esta condición a una las partes, porque la otra parte que tiene mayor peso de negociación mantiene e impone su consentimiento en las negociaciones contractuales.

En ilación, siendo más precisos y concretos con el concepto de adhesión que se busca en este artículo se describe a continuación:

La doctrina ha definido el contrato de adhesión como aquel acuerdo de voluntades por medio del cual uno de los contratantes, denominado predisponente, impone al otro, llamado adherente, el contenido del contrato sin ninguna posibilidad de discutirlo ni de modificarlo, contando únicamente con la facultad de decidir libremente si contrata o no bajo el clausulado ofrecido, dentro de un esquema de "lo toma o lo deja". [...] De las definiciones anteriores observamos, en primer lugar, que sobresale el carácter asimétrico de los contratos de adhesión, el cual se concreta en la desigualdad que existe entre las partes con relación a su poder contractual. Dicha desigualdad se manifiesta, por una parte, en los especiales y profundos conocimientos que ha adquirido el predisponente como consecuencia del desarrollo de su actividad económica, y de los cuales normalmente no dispone el adherente; y, por otra parte, en el poder que tiene el predisponente en razón de su posición económica en el mercado. (Posada, 2015, p. 143-144).

Las anteriores definiciones conceptuales tienen fuente doctrinal por parte de investigadores en el campo académico, que, si bien son de interés para este trabajo para profundizar el conocimiento de este tipo de contratos, la definición de mayor interés se posa sobre la que emana de la rama legislativa colombiana por medio de las normas de la república.

La primera definición legal del contrato de adhesión plasmada en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra en artículo 2 de la Ley 1328 de 2009, Régimen de Protección al Consumidor Financiero, que en su literal f) establece “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”.

Así mismo, el Estatuto del Consumidor indica que el contrato de adhesión es “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” (Congreso de la República, Ley 1480 de 2011, artículo 5 numeral 4).

En síntesis, mayoritariamente el contrato ya no es producto de la libertad contractual de ambos contratantes; por lo general, es la adhesión a la predisposición contractual realizada por uno de ellos. Sin lugar a dudas, el contrato por negociación ha sido ampliamente rebasado por la contratación masiva o predispuesta. (Soto, 2003, p. 571-572).

### **3. DEFINICIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.**

En el ordenamiento jurídico colombiano, no hay una noción unánime sobre cláusulas abusivas, la doctrina, la jurisprudencia y la ley, se han esforzado por establecer unos criterios propios de estas cláusulas. De tal modo, acudimos a estas diferentes fuentes de derecho, lo que permite analizar unos conceptos de interpretación que califican una cláusula como abusiva.

Como se evidenció en los apartes anteriores, el contrato de adhesión por su naturaleza y características, lo hacen propio para introducir este tipo de cláusulas, en palabras de Stiglitz, (1998), “La cláusula abusiva si bien no es una patología propia y exclusiva del contrato por adhesión, encuentra en él una posibilidad cierta y real de ser incorporada, abierta o subrepticamente”. (p.33).

En tal sentido, la profesora Echeverri, (2011), expone:

[...] si bien es cierto que no siempre que se presenta un contrato de adhesión hay cláusulas abusivas, la posibilidad que tiene el predisponente de modificar el equilibrio de las cargas y de las obligaciones para beneficiarse hace que el contrato de adhesión sea un campo especialmente fértil para la implementación de las mismas [...]. (p. 127).

Así pues, se considera que las cláusulas abusivas son una expresión del abuso de derecho de la parte dominante-predisponente en una relación negocial, al incorporar en los contratos de adhesión cláusulas que crean importantes desventajas para el adherente o consumidor, en este caso la parte débil del contrato.

Ante esta manifestación, la Corte Suprema de Justicia, expresa:

[...] en la formación del contrato y, específicamente, en la regulación 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 éste 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 prestación.

Más adelante la misma sentencia precisa:

[...] 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 negocial -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, 2001, Expediente No. 5670.).

A partir de estas disposiciones de la Corte, se encuentra que estas cláusulas tienen varias características por las que se denominan abusivas, en un primer momento como se observó en apartes anteriores, el abuso de la posición dominante y la falta de discusión o negociación de clausulado. “El abuso del derecho, pues, puede provenir de la disposición unilateral de condiciones generales abusivas al ejercerse el derecho de libertad de empresa y al concretarse el principio-derecho de la autonomía privada”. (Rengifo, 2004, p. 191). La introducción de estas cláusulas en el contrato conlleva a la minimización de la libertad de negociación, puesto que se accede al otorgamiento de facultades del ejercicio unilateral al predisponente, pudiendo este por su posición abusar de su libertad e introducir cláusulas que alteran la simetría del contrato.

En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, se pone de manifiesto una asimetría entre las partes y un evidente desequilibrio contractual. En ese sentido, “Las cláusulas abusivas resisten todo el reproche del derecho pues violan la equidad natural y generan un desequilibrio manifiesto entre las obligaciones, cargas y derechos de las partes”. (Laguado, p. 245).

Al respecto, Rengifo, (2004), afirma que:

Cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor o del adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y que puede tener o no el carácter de condición general puesto que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. (p. 197).

En palabras más precisas Stiglitz, (2012) expresa:

El desequilibrio contractual ha sido definido como el poder que impone una voluntad unilateral a la contraparte que no se halla de hecho en estado de discutir y, por el contrario, se halla constreñido a aceptar las condiciones contractuales desventajosas. La parte que no dispone de los mismos conocimientos, informaciones y aptitudes que su contraparte no está en condiciones de apreciar el contenido del contrato ni el alcance del compromiso que se apresta a conformar. El poder desequilibrante es de naturaleza jurídica desde que encuentra su origen en el contrato mismo. (p. 16)

De acuerdo con Arango (2016), las cláusulas abusivas han sido entendidas como aquellas previsiones particulares que rompen el equilibrio justo de las relaciones privadas [...]. (p. 243).

Así pues, se pone de manifiesto la ventaja excesiva por la parte predisponente, es decir, la parte predisponente goza de un dominio no solo en el campo económico, sino también en el campo contractual. Pues al tener una posición dominante en la etapa pre y contractual, estipula a conveniencia propia y en algunos casos en desmedro de su contraparte. Como se observa, esto representa un importante desequilibrio contractual, creando así un amplio beneficio a la empresa proveedora de bienes o servicios.

Como lo expresa La Corte Suprema de Justicia en el expediente 5670 del 2001: “Una cláusula abusiva es aquella que “favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente”.

Y es que, la estipulación de estas cláusulas, generan un aprovechamiento por parte del predisponente que afecta un principio fundamental en las relaciones negociales como es de la buena fe, como tercer elemento que configura la abusividad de la cláusula. De ahí que “Las cláusulas abusivas violan el principio de la buena fe pues alejan al adherente de aquello que razonablemente esperaba del contrato, o sustraen de aquél, obligaciones que deberían entenderse incluidas. (Laguado, 2003, p. 246). En resumen, “Son estipulaciones antijurídicas que no se compadecen con el ordenamiento jurídico por comportar una inobservancia del principio de la buena fe y de la equidad en materia contractual” (Zapata, 2016, p. 43).

Respecto a lo planteado anteriormente, la concepción de cláusulas abusivas connota una serie de particularidades suficientes para clasificarlas como tal. No obstante, es la transgresión al principio de buena fe, es una característica trascendental de esa conducta abusiva que subyace en las relaciones jurídicas.

No se puede perder de vista que la buena fe es un deber de conducta en el que prevalece el interés general sobre el particular, comoquiera que se trata de “[...]una fuente de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso particular, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. (Laguado, 2003, p. 245).

Este principio se encuentra claramente reconocido tanto en el marco constitucional como legal. El artículo 1603 del Código Civil de Colombia postula: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

Por su parte, el artículo 83 de la Constitución Política consagra “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

A su turno, el Código de Comercio en el artículo 871 precisa:

Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Igualmente, el artículo 863 del Código de Comercio, indica que en torno a la denominada *culpa in contrahendo* que “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”. Lo que indica que es un principio garante de derechos, en tanto que la honestidad y diligencia debe estar presente tanto en la formación del contrato como su ejecución.

En virtud de lo anterior, de manera acertada, Echeverri, (2011), refiere:

El principio general de la buena fe, que está establecido constitucional y legalmente, consiste en que las partes en sus relaciones negociales, incluyendo las tratativas preliminares, la formación y la ejecución del contrato, se deben comportar con honorabilidad, honradez, rectitud y sin ánimo de engañar o lesionar al otro, lo que posibilita que el contratante, a su vez, pueda legítimamente confiar en que su comportamiento es leal, correcto y ajustado a derecho. (p. 131).

Todos los contratos se rigen por la supremacía de los principios rectores del derecho, por tanto, el principio de buena fe exige que las partes no tengan mala intención, e implica rectitud en las relaciones contractuales. Entraña un criterio de obligatorio cumplimiento como norma de comportamiento. Es en todo caso, un principio garante de derechos, ya que la honestidad y diligencia debe estar presente tanto en el ejercicio del derecho como en el cumplimiento de las obligaciones.

Bajo este contexto, la legislación colombiana no fue ajena ante la evidente posición de dominio de las grandes empresas de servicios públicos, financieros y de consumo, y que por tal condición podrían incurrir en abuso del derecho. Por lo que se promulgaron normas que pueden controlar de alguna manera los actos e incorporación de cláusulas abusivas en los contratos. Se pretende así dispensar una protección a la parte débil contractual en lo que respecta a estos escenarios de contratos de adhesión con condiciones generales o de relaciones de consumo.

En este orden de ideas, el siguiente Laudo arbitral recoge de manera clara y oportuna lo establecido por la legislación colombiana:

La primera forma en que esta tendencia comenzó a manifestarse fue a través de la concepción de servicio público. Así, si el Estado contrata con un particular la prestación de un servicio público, que es además, un servicio de carácter masivo, dicha contratación implica, primero, que se realice a través de cláusulas predispuestas por una entidad

estatal, y, en segundo lugar, una posición realmente dominante, si no el monopolio del servicio prestado por la compañía estatal. Fue esto lo que llevó a la expedición en Colombia de la Ley 142 de 1994, cuyo artículo 133 estableció el primer catálogo de cláusulas abusivas en el país para la protección del usuario de servicios públicos.

Posteriormente, la Ley 1328 de 2009 estableció el segundo catálogo de cláusulas abusivas, en esta ocasión, sobre la protección del consumidor financiero. Finalmente, el carácter abusivo de la cláusula ha estado relacionado directamente con la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la protección general del consumidor (...). Es a partir de este desarrollo jurisprudencial que la doctrina entiende que la fuerza o violencia con que fue impuesta la cláusula, la hace abusiva: “se descarta la negociación individual del contenido del contrato, para que sea solo una de las partes la que fije libremente sus condiciones, limitándose la libertad de la otra a aceptarlas o rechazarlas”

En consecuencia, antes de ser expedida la Ley 1480 de 2011, actual Estatuto de Protección al Consumidor en Colombia, el país ya conocía catálogos de cláusulas abusivas en ciertas materias especiales y, de manera general, los jueces ya aplicaban criterios tales como la buena fe objetiva, el abuso del derecho y la fuerza para determinar las características de estas cláusulas. (Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral 3017, 2015, Dispensa Ya Ltda. contra Súper Coffee S.A.S).

En efecto, el Estatuto del Consumidor se convierte en regla general para la protección del consumidor en Colombia, dando la primera definición de cláusula abusiva:

Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza. Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho. (Ley 1480, 2011, Art. 42).

Como se evidenció, para proteger a la parte débil en las relaciones de consumo y contratos de adhesión, se hizo necesario entonces la intervención del Estado mediante la creación de estas normas, que atañen a la comercialización de bienes y servicios, advirtiendo la posible afectación de un usuario. El desequilibrio y la asimetría negocial se ve reflejado en las relaciones de consumo y contratos de adhesión con grandes empresas.

Considerando lo expuesto previamente, puede sostenerse que los fundamentos de tales normas de carácter legal; tienen sustento en la protección desplegada por la Constitución

Política Colombiana como Estado Social de Derecho, con claro raigambre en el numeral 1° del artículo 95 que consagra: “El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

Así mismo, son el reflejo del artículo 78 de la Constitución Política de 1991, según el cual:

La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios [...]”.

Este amparo constitucional, las normas contenidas en las referidas leyes y los principios rectores de la autonomía privada, el abuso del derecho y la buena fe, inciden plenamente en el juicio de abusividad de dichas cláusulas. En consecuencia, permiten establecer un control y unas consecuencias jurídicas que se generan al ser incorporadas en los contratos de adhesión.

#### **4. CONTROL Y EFECTOS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN**

En desarrollo de los artículos 13, 78, 83, 95 y 333 de la Constitución Política de Colombia, bajo el esquema de Estado Social de Derecho, se introduce la prevalencia del interés general sobre el particular, por lo cual el legislador interviene en el control de cláusulas abusivas, bajo la expedición de normas sectoriales para la protección eficaz de las cláusulas abusivas.

Por consiguiente, el control a las cláusulas abusivas, nace como mecanismo de protección ante la imposición unilateral de cláusulas y condiciones por parte del predisponente, interponiendo su poder económico, de conocimiento y de dominio frente al consumidor, que genera un excesivo desequilibrio contractual en los contratos predispuestos por adhesión. El control es un límite al empresario, es una garantía que se plasma en la prohibición de actos abusivos y de cláusulas abusivas, dispersas en diferentes sectores como se ha dicho, tales como

el sector de los servicios públicos domiciliarios, en materia financiera, bursátil y aseguradora, y en materia de relaciones de consumo, lo cual exige un cumplimiento por parte del predisponente de ciertas cargas y el respeto de límites al respecto. El control se ocupa de la protección a la parte débil contractual, restableciendo el equilibrio del contrato a fin de mantener la armonía y la estabilidad contractual. Así lo expone el Consejo de Estado:

El abuso de la posición de dominio, el excesivo poder de negociación, la posibilidad de predisponer, en muchas ocasiones de forma abusiva, las condiciones del acuerdo y, más importante, el evidente desequilibrio existente tanto entre las partes como en los términos del propio contrato en perjuicio de las razonables expectativas de la parte débil, ha generado la necesidad de emprender, desarrollar y aplicar medidas legislativas, administrativas y judiciales tendientes a garantizar y restablecer un equilibrio mínimo en las prestaciones, a través del cual, sin negar la autonomía de la voluntad, se dignifique su ejercicio, con el fin de lograr una verdadera justicia conmutativa en las relaciones negociales. (Consejo de Estado, 2014, radicado N° 200012331000200900199 01-41.834).

De lo aludido por el Consejo de Estado, se extrae las formas de control en materia de abusividad, como de buena manera se cita a continuación:

Dicho control puede ser de tipo administrativo, legislativo o judicial, y se puede realizar de manera previa o posterior. El control administrativo se realiza de forma previa cuando a las entidades gubernamentales de cada país, se les impone autoridad para vigilar determinadas actividades que se consideran de utilidad pública o de gran trascendencia dentro del mercado como lo son las actividades bursátil, asegurada, financiera o la de servicios públicos domiciliarios. En esos casos, los contratos que se han de presentar al público de manera previa deben ser previamente aceptados por las mismas. Aquí, se establece de manera previa qué cláusulas no deben ser pactadas. El control administrativo también se puede presentar como "posterior" cuando las entidades gubernamentales tienen facultades sancionatorias con respecto a aquellos contratantes que predispongan cláusulas abusivas. (Echeverri, 2011, p. 137).

Es decir, el control administrativo previo versa sobre la aprobación de las cláusulas que el predisponente, en este caso las entidades vigiladas, redacta en los contratos estandarizados. Este control tiene por objeto revisar el contenido de estos contratos, antes de que los pongan en circulación en el mercado para el intercambio de bienes y servicios y sean aceptados o no, por el adherente, y vela porque no existan cláusulas abusivas que afecten el equilibrio contractual. Es una facultad que tienen las Superintendencias para intervenir en la revisión previa y posterior

del contenido y cláusulas predispuestas de los contratos estandarizados o de condiciones generales. Por su parte el control posterior, lo ejerce las Superintendencias Financiera y de Industria y Comercio, las cuales determinan sanciones a las empresas que dispongan de cláusulas que causen desequilibrio en las relaciones jurídicas, facultades estas que han sido otorgadas por parte del legislador.

Adicionalmente, el control normativo o legislativo es de naturaleza previa, y se vale de las listas que se encuentran en los tres diferentes regímenes que enunciamos anteriormente, los cuales enmarcan una protección al consumidor, por ejemplo:

La Ley 142 de 1994, régimen de servicios públicos domiciliarios, en su artículo 133 enuncia veintiséis supuestos de hecho en los cuales se presume el abuso de la posición dominante de las empresas. Esto se hace a través de un listado enunciativo de cláusulas abusivas, entre ellas, las que excluyen o limitan la responsabilidad de la empresa, las que le dan la facultad de disolver o cambiar las condiciones del contrato, las que condicionan el consentimiento de la empresa al ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del consumidor o usuario, entre otras. La sanción para este tipo de cláusulas es la nulidad parcial, que sólo puede ser decretada por el juez. (Zapata, 2011, p. 45).

De igual forma, la Ley 1328 de 2009 en el artículo 11 preceptúa: “Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos” y enuncia un listado de dichas cláusulas. Posteriormente, La Superintendencia Financiera, siguiendo el esfuerzo de protección al consumidor financiero, despliega por medio circulares externas un listado más amplio de cláusulas abusivas; al respecto el profesor Gual, (2016) expone:

Así mediante la Circular Externa 039 de septiembre 2011 de la SIF se agregaría la Circular Básica Jurídica (Circular Externa, 007 de 1996) al título primero del capítulo sexto el numeral 10, sobre cláusulas abusivas en desarrollo de la Ley 1328 de 2009, artículo 11, numeral 5 y por medio de la cual se amplía el listado de control de abusividad de la Ley 1328 al prohibir 27 nuevas cláusulas que serían abusivas. De esta manera prohíbe bajo un listado negro que será taxativo junto con el de la Ley 1328 de 2009, las cláusulas que generen un desequilibrio del contrato o un abuso de posición dominante y establece un listado negro de veintisiete (27) cláusulas abusivas. El texto de la Circular Externa 039 de 2011 enumera:

Dieciséis (16) cláusulas sobre limitación de responsabilidad y modificaciones unilaterales del contrato de las entidades financieras vigiladas, en un número de siete (7) cláusulas sobre limitaciones o renunciaciones de derechos de los usuarios de esas entidades y finalmente otras cuatro (4) cláusulas sobre temas varios también consideradas abusivas.

Posteriormente se emite la nueva Circular Básica 029 de 2014 que modifica y actualizada la Circular Básica 007 de 1996 y finalmente con la Circular Externa 018 del 26 de mayo de 2016 de la misma SIF se modifica la Circular 029 de 2014 y se establece un nuevo listado negro o prohibitivo taxativo que amplía las cláusulas abusivas a un número de 52 bajo los rubros de:

Cláusulas de exoneración limitación o renuncia de derechos indicando un número de once (11), sobre inversión de carga de la prueba, sobre espacios en blanco, sobre exoneración o limitación de responsabilidad en un número de catorce (14) sobre modificaciones unilaterales del contrato en un número de nueve (9), las que afecten el equilibrio contractual o abuso de poder dominante en un número de diez y ocho (18). (p. 122).

De igual forma, la referida Ley en el inciso final del artículo 11, indica como consecuencia a la violación de este artículo: “Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero”.

Por su parte, la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, advierte también una máxima protección al consumidor contra las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, insistiendo más en la obligación de información anticipada respecto a las cláusulas introducidas en los contratos. En el artículo 43 se establece que son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;
2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;
5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;
6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;
7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;

8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;

9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;

10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal;

11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;

12. (Derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012.);

13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles;

14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.

El control legislativo entonces como se observó hace referencia a listados de cláusulas enunciativas o taxativas donde el legislador limita la autonomía del predisponente, indicando que no puede incorporar ninguna de estas cláusulas en los contratos, y así mismo prohíbe el abuso de derecho.

Ahora bien, es importante resaltar la diferencia que existe entre listas grises y negras, para establecer la consecuencia jurídica. Las llamadas listas negras, hacen alusión al listado que taxativamente trae las normas referidas anteriormente, que se consideran abusivas y que no pueden ser incorporadas en estos contratos de adhesión, y que, por consiguiente, la sanción para este tipo de cláusulas por parte del operador jurídico es declararla nula, inexistente, ineficaz o tenida por no escrita y no admiten prueba en contrario. Las listas grises son enunciados que pueden ser presuntamente abusivos, admiten prueba en contrario, es decir, una prueba que desvirtúe la abusividad de la cláusula y admiten un cuestionamiento acerca del abuso del derecho y el desequilibrio contractual que se puede presentar con la inclusión de cláusulas de este tipo, y se debe realizar un análisis por parte del juez de la cláusula respectiva

De las anteriores disposiciones legales se infiere entonces que, tanto en el Estatuto de Sistema Financiero como el Estatuto del Consumidor, la consecuencia jurídica de abusar de la posición dominante e incluir cláusulas abusivas, es la ineficacia de pleno derecho, es decir privar de todo efecto jurídico a dichas cláusulas, sin necesidad de intervención judicial, comoquiera que incluir cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, contrarían las normas imperativas. En tal sentido, el Consejo de Estado manifiesta:

Justamente, la inclusión de una cláusula excepcional en contratos regidos por el derecho privado, en los cuales no se haya cumplido con los requisitos para su introducción, resultaría en una cláusula abusiva sobre la que se podría configurar su ineficacia de pleno derecho. Esto es, una cláusula de este tipo podría tenerse por no escrita, lo que le permitiría a la parte afectada abstenerse de realizar prestaciones o continuar con el goce pacífico de sus derechos. El que existan consecuencias jurídicas que priven radicalmente de efectos a un negocio jurídico, por la falta de sus elementos esenciales, sin la necesidad de intervención o declaratoria judicial, resulta en una significativa consideración para quienes son sus potenciales afectados. (Consejo de Estado, 2021, Radicación No. 25000-23-26-000-2006-02001-01(38237).

El otro control al que se hace alusión corresponde al control judicial, que es la intervención del juez para hacer un juicio de abusividad de las cláusulas contenidas en dichos contratos de adhesión.

“[...] se puede decir entonces que el control judicial es “posterior”, pero se basa en lo establecido previamente por el legislador, y se distingue en los diferentes países que han legislado de manera sistemática las condiciones generales de contratación, las cláusulas abusivas y las sanciones a que haya lugar en cada uno de ellos. (Echeverri, 2011, p. 138).

Así mismo, la consecuencia jurídica de las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de consumo, predispuestos de adhesión, decretada por el Juez, será la nulidad parcial de la cláusula, en tal sentido, Rengifo, (2004), expresa:

El efecto jurídico que produce una cláusula abusiva lo puede señalar el legislador, siendo una solución más pacífica y recurrente en el derecho comparado la nulidad parcial de la cláusula respectiva cuando ella no constituye la parte sustancial del acuerdo. Conviene exponer esta precisión, dado que Colombia, carece de una Ley específica sobre las condiciones generales de contratación. En ese orden de ideas, pues, cuando el control del contenido del contrato es posterior o judicial, el juez ordenará la exclusión de la cláusula desproporcionada o exorbitante del contenido del contrato, sin que tal “nulidad parcial” produzca una metástasis invalidante en el resto del contenido del negocio, este se mantiene y se preserva y con ello se da aplicación al principio de la preservación del contrato. (p. 202).

Es así que, el contrato permanece a pesar de la declaración de nulidad, como se expresa también en el artículo 44 del Estatuto del Consumidor “La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces”. En ese orden de ideas, solo se da esta consecuencia ante las cláusulas con características abusivas, así pues, al desaparecer esta cláusula del contrato, el juez debe realizar la integración del contrato.

Ahora bien, para llegar a la consecuencia jurídica señalada, el juez, acude a las reglas generales sobre interpretación contractual, contenidas en el Código Civil, especialmente en lo establecido en el artículo 1624, según el cual: “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

Así mismo, la Ley 1328 de 2009, en el artículo 30 hace referencia a favorecer a la parte débil: “Las normas que esta Ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante”.

Por su parte, la ley 1480 de 2011, artículo 4, indica: “Las normas de esta ley deberán interpretarse a favor de la forma más favorable al consumidor”. En lo referente, se hace siempre una interpretación que sea más favorable al consumidor, destinatario de bienes y servicios en contratos de adhesión. Al respecto Arango, (2015), expone:

A su justo criterio, con fundamento en los artículos pertinentes sobre nulidad y en las normas sobre interpretación de contratos, el juez debe reducir la carga para la parte afectada, de forma que salve el contrato de su extinción: por medio de una técnica hermenéutica nacida del Artículo 1624 del Código Civil. El juez, entonces, debe eliminar las obligaciones vía interpretativa y contextual [...]. (p. 248).

Por otro lado, se hace necesario acudir en la interpretación a los elementos que se han caracterizado como propios de las cláusulas abusivas por la doctrina y la jurisprudencia como son el abuso de la posición dominante, el injustificado desequilibrio contractual y el quebranto

al principio de buena fe contractual, como luz orientadora para que el operador jurídico realice tal juicio de abusividad, como se resalta en el siguiente Laudo Arbitral:

Cláusulas abusivas son, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la doctrina más respetada, y en concordancia con principios hoy en día recogidos en normas como el artículo 830 del Código de Comercio (abuso del derecho) y 863 del mismo estatuto obligación de buena fe aun en la etapa precontractual) aquellas que denotan una deslealtad y alta de consideración con la contraparte, que desequilibran irracionalmente la justicia que debe imperar en los contratos, en especial en los que no son producto de una discusión específica entre las partes y, en suma, que quebrantan el postulado de la buena fe. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2022, Caso 129943).

De tal modo, el principio de buena fe en las relaciones jurídicas contractuales tiene gran relevancia y sería utilizado como criterio referente de interpretación. “El efecto en el uso de la buena fe como corrector de cláusulas abusivas es la nulidad absoluta por violación de un principio constitucional o las respectivas consecuencias en sede de responsabilidad civil contractual o precontractual (Arango, p. 248).

En reiteradas sentencias y laudos se atiende a este principio para determinar la abusividad de la cláusula como se muestra a continuación:

[...] la Corte se abrió paso en Colombia a la doctrina de las cláusulas abusivas, la cual, en concepto de este Tribunal, permite al Juez, previa valoración de cada caso, intervenir en aquellos contratos en los cuales encuentra desatendido el principio de la buena fe contractual contemplado en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, para dejar sin efectos, por vía de declaratoria de nulidad absoluta, aquellas estipulaciones contractuales que, como las aquí estudiadas, desconocen no solo el principio contractual obligatorio de la ejecución de buena fe de los contratos, sino que desequilibran las relaciones negociales, llegando incluso a desconocer su objeto o su causa. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2016).

El control de las cláusulas abusivas, por su parte, ha tenido el siguiente desarrollo [...] y c) Un procedimiento de control concreto mediante la actividad judicial cuando se ha violado, en esencia, el principio de la buena fe o cuando el contrato no cumple la exigencia del equilibrio normativo. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2011).

Por lo tanto, se puede afirmar que, en materia de redacción de un contrato, buena fe es la conciencia de haber redactado el contrato, o alguna de sus cláusulas, de forma razonable, equilibrada, sin fraude ni ocultamiento y, en especial, sin incluir exigencias a la contraparte o arrogarse derechos a favor [...] Adicionalmente, la buena fe se concreta en los llamados deberes secundarios de conducta que obligan a las partes a

guardar una conducta aun de rectificación de textos que como el que se ha analizado, son desproporcionadamente lesivos para una de ellas. Esto se exige especialmente en los llamados contratos de adhesión, pero no hay razón para no exigirla en cualquier contrato redactado por una de las partes y propuesto a la otra. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2022, Caso 129943).

En tal sentido, La Corte Suprema de Justicia manifiesta: La buena fe y la proscripción de abuso, constituyen constantes en la formación, celebración, desarrollo, ejecución e interpretación del acto, a punto de ser instrumentos valiosos para controlar el negocio jurídico y el ejercicio de las facultades de terminación unilateral, legales o negociales, en función del justo equilibrio y proporción según el contrato y la solidaridad social.

La misma sentencia más adelante agrega:

En consecuencia, todas las expresiones específicas de terminación unilateral del contrato, el ejercicio del derecho potestativo, incluso discrecional, se rigen por los principios de la buena fe, evitación de abuso del derecho y está sujeto a control judicial, lo cual suprime la justicia privada por mano propia. La buena fe y el abuso del derecho, constituyen límites al pacto y ejercicio de estas facultades. (Corte Suprema de Justicia, 2011, expediente No. 11001-3103-012-1999-01957-01).

Las anteriores manifestaciones por parte de tribunales de arbitramento y de las Altas Cortes coinciden con la interpretación del control de las cláusulas a partir del principio de buena fe contractual, que viene siendo una limitación a la autonomía privada a la parte actora del contrato o predisponente. De manera que, en la redacción del contrato, no existan cláusulas abusivas, ambiguas u oscuras, en tanto que el contenido del contrato debe ser lo más claro posible para la parte que suscribe el contrato predispuesto por adhesión y de condiciones generales. Ahora bien, se parte de la reflexión de la buena fe objetiva para restablecer la justicia y el equilibrio contractual. De ella emana un poder que rige el deber ser de las relaciones contractuales, y es un elemento fundamental que preside las relaciones jurídicas. En palabras del profesor Solarte:

Esta categoría de la buena fe, aparte de imponer la necesaria corrección que debe existir entre las partes que intervienen en un acto o negocio jurídico, tiene una muy importante función en el ordenamiento jurídico, pues como la norma escrita no tiene la virtualidad de contemplar la totalidad de las situaciones que se pueden presentar entre los contratantes, “el principio general de corrección y de buena fe permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones además de aquéllas previstas por la ley; como suele decirse “cierra” el sistema legislativo, es decir ofrece criterios para colmar aquellas lagunas que se pueden manifestar en las múltiples y variadas situaciones de la vida económica y social. (Solarte, 2004, p. 289).

[...] los “deberes secundarios de conducta” desempeñan una trascendental labor en la contratación moderna. Con ellos se asegura el cabal cumplimiento de la finalidad común perseguida por las partes y se contribuye a hacer más efectivo el anhelado equilibrio que debería procurarse existiera entre los contratantes. La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. (Solarte, 2004, p. 313).

## 5. CONCLUSION

Es posible plantear que, la globalización de la economía de mercado y de consumo, la evolución socioeconómica, la masificación humana y las necesidades de satisfacer el intercambio eficiente de bienes y servicios, abren paso a nuevas formas de contratación en respuesta a las dinámicas y exigencias de la vida actual. Es así que, la figura clásica de contrato se desvanece, pues la misma realidad obliga a que este esquema contractual cambie o evolucione con el paso vertiginoso del tiempo. Como consecuencia, surgen los contratos masivos, predispuestos, estandarizados y de condiciones generales, dando paso al contrato por adhesión, siendo este el mejor instrumento para el intercambio de bienes y servicios en la contratación contemporánea, pues, estos contratos tienen gran importancia en la dinamización de la economía y la agilidad contractual. Pero, estos contratos por sus características son escenario propicio para la inclusión de cláusulas abusivas.

Como consecuencia de lo anterior, el Estado previendo los actos abusivos y la imposición de cláusulas abusivas en las relaciones de contractuales, interviene con la creación de normas de orden público en materia de Servicios Públicos Domiciliarios, en materia Financiera y en materia de Consumo, como expresión y desarrollo de los artículos 78 y 95 de la Constitución Política. El Estatuto del Consumidor da la primera definición de cláusula abusiva y se vuelve un criterio para establecer el juicio de abusividad de una cláusula, que tiene como característica que sea impuesta de forma unilateral en el contrato, que quebrante el principio de buena fe y que se presente un desequilibrio injustificado en el contrato por la inclusión de dicha cláusula.

Por otra parte, se establecen controles como garantía de protección a la parte débil del contrato, en este caso el adherente. Este control puede ser administrativo, legislativo y judicial, de lo cual se derivan consecuencias jurídicas como la ineficacia de pleno derecho, y la nulidad parcial de la cláusula que es decretada por el Juez, partiendo de la premisa que solo será nula

tal cláusula y que subsistirá el contrato. Por otro lado, se hace referencia a que el ejercicio abusivo de la libertad contractual, el principio de buena fe y el equilibrio contractual son elementos fundamentales para determinar la abusividad de una cláusula. Además, se hace especial aplicación al principio de buena fe como criterio interpretativo, para la determinación de tal abusividad.

Partiendo de lo expuesto, puede concluirse que, el derecho como regulación no es ajeno y, no lo puede ser ante las realidades socioeconómicas del mercado y del mundo actual, y por ello se adecua a estas exigencias con nueva forma de contratación como instrumento idóneo para el intercambio de bienes y servicios. El contrato debe ser un instrumento de cooperación y no de abuso, y debe obedecer a los principios basilares como son la buena fe y la autonomía privada, lo cual debe concordar con los valores de un Estado Social de Derecho. Las grandes organizaciones, quienes ostentan el poder de dominio, determinado por diversas causas y condiciones como el conocimiento especializado, el factor económico, y demás, no pueden pretender beneficiarse por la imposición de cláusulas que pueden ser abusivas, quebrantado el principio de buena fe y el equilibrio contractual, no puede ir contra de la función real del contrato y del derecho.

Así mismo, es preciso reflexionar sobre los nuevos sistemas de contratación como respuesta a la realidad comercial actual, pues si bien cierto es una forma de responder a las exigencias del mercado, al mismo tiempo se desvirtúa el contrato como acuerdo de voluntades para crear, modificar o extinguir obligaciones, y la autonomía privada como expresión máxima de la libertad se ve coartada. Por ende, se hace necesario la adopción de medidas de paridad orientadas a que el contrato sea realmente equilibrado.

No se trata que El Código Civil cambie, que no está por demás decirlo, es bien estructurado y coherente, pero está redactado para un tiempo diferente al que se viene enfrentado las relaciones contractuales. Se trata más bien de ajustar los contratos de condiciones generales a un contrato justo y recíproco, y en ese sentido, las leyes especiales arriba referidas, han marcado un sustancial avance.

## **6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Arango, M. (2016). La causa jurídica de las cláusulas abusivas. *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 18 (1), 243-266.

Arrubla, J. (1988). Las transformaciones en la contratación mercantil. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, (80), 67–100).

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral 129943, febrero de 2022, Celular 2000 Comunicaciones y Cía. S.A.S vs Telmex Colombia S.A. hoy Comcel S.A.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral, radicado 3439, febrero de 2016, Meltec S.A. contra Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral 3017, diciembre de 2015, Dispensa Ya Lda. Contra Súper Coffe S.A.S.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral, agosto de 2011, Proveza Lda. contra Bavaria S.A.

Congreso de la República de Colombia (26 de mayo de 1873). Ley 84. Código Civil colombiano.

Congreso de la República de Colombia (11 de julio de 1994). Ley 142. Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios, artículo 133. Diario Oficial N° 41.433.

Congreso de la República de Colombia (15 de julio de 2009). Ley 1328. Régimen de Protección al Consumidor Financiero, artículos 11 y 12. Diario Oficial N° 47.411.

Congreso de la República de Colombia (12 de octubre de 2011). Ley 1480. Estatuto del consumidor, artículo 43. Diario Oficial N° 48.220.

Consejo de Estado, Sección Tercera, (28 de abril de 2014). Radicado N° 200012331000200900199 01 (41.834). (MP Mauricio Fajardo Gómez).

Constitución Política de la República de Colombia 1991.

Corte Constitucional de Colombia. (29 de noviembre de 2006). Sentencia C-993/06 (MP Jaime Araujo Rentería).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (25 de septiembre de 2007). Sentencia 2000-00528. (MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (02 de febrero de 2001). Expediente No. 5670. (MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de agosto de 2011). Expediente No. 11001-3103-012-1999-01957-01. M.P William Namén Vargas.

Echeverri Salazar, V. M. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Opinión Jurídica*, 10(20).

Gual Acosta, J. M. (2016). El control sobre las cláusulas abusivas es un régimen en evolución. *IUSTA*, 1(30).

Posada Torres, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*. 29 141–182.

Rengifo, E. (2004). Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez, R. (2011). La función económica de la contratación masiva. *Revista Oficial del Poder Judicial: Año 4 - 5, N°6 y N.°7*.

Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *53(108)*, 281–315 *Vniversitas*. 53(108), 281–315.

Soto Coaguila, C. A. (2005). La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. *Jurídica*, N° 2.

Soto Coaguila, C. A. (2003). Las Cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. *Vniversitas*, 52(106), 563–609.

Stiglitz, R. (2012). El desequilibrio contractual. una visión comparatista. *RIS*, Bogotá, Colombia, 37(21): 13-27, julio-diciembre.

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

Venegas, M. (2004), *Los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía*. Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales.

Zapata, J., et al. (2016). Sanciones jurídicas a la estipulación de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión en Colombia. *Rev. CES Derecho*, 7(2), 42-54.