

**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y DE  
CONDICIONES GENERALES: INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN  
MEDIANTE EL PRINCIPIO GENERAL DEL ABUSO DEL DERECHO, COMO  
MECANISMO DE PROTECCIÓN DEL CONTRATANTE DÉBIL**

**EDINSON GIOVANNY CAMACHO CABALLERO**

**RICHARD DUVÁN NAVAS ARIZA**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE HUMANIDADES  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
BUCARAMANGA  
2010**

**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y DE  
CONDICIONES GENERALES: INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN  
MEDIANTE EL PRINCIPIO GENERAL DEL ABUSO DEL DERECHO, COMO  
MECANISMO DE PROTECCIÓN DEL CONTRATANTE DÉBIL**

**EDINSON GIOVANNY CAMACHO CABALLERO  
RICHARD DUVÁN NAVAS ARIZA**

**Trabajo de Grado Presentado como  
Requisito para Optar al Título de Abogado.**

**Director  
HÉCTOR ELÍAS HERNÁNDEZ VELASCO**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE HUMANIDADES  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
BUCARAMANGA  
2010**

**Agradezco al único y sabio Dios, Jesucristo, a él sea la gloria, la honra y el imperio por los siglos de los siglos.**

**Porque todas las promesas de Dios son sí en él y en él amén.**

**A mi madre por apoyarme en mis proyectos, A mi padre y A mis hermanos, A todos los que de una u otra manera han contribuido para que esto sea posible en mi vida.**

**RICHARD DUVÁN NAVAS ARIZA**

***In Memoriam* de Mi padre, asesinado impunemente por balas de sicarios fascistas. A mi madre y mis hermanos por todo su incondicional apoyo.**

**EDINSON GIOVANNY CAMACHO CABALLERO**

## Contenido

INTRODUCCIÓN.....	12
1. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.....	16
1.1 NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.....	21
1.1.1 Función Integrativa de los Principios Jurídicos. ....	24
1.1.2 Función Creativa de los Principios Jurídicos. ....	26
1.1.3 Función Interpretativa de los Principios Jurídicos. ....	28
1.2 EL ABUSO DEL DERECHO COMO PRINCIPIO JURÍDICO.....	29
1.2.1 Génesis del Abuso del Derecho. ....	34
1.2.2 Doctrinas sobre el Principio del Abuso del Derecho. ....	38
1.2.3 El Artículo 8 de la Ley 153 de 1887 o la Discusión del Papel de los Principios en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. ....	45
2.1 EL CONTRATO DE ADHESIÓN.....	55
2.2 LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACION.....	59
2.3 DIFERENCIAS ENTRE CONTRATO DE ADHESIÓN Y LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION.....	63
2.4 EL ABUSO DEL DERECHO COMO MECANISMO DE PROTECCION DEL CONTRATANTE DÉBIL.....	64
2.5 EL ABUSO DEL DERECHO EN LOS CONTRATOS PREDISPUUESTOS....	67
2.6 EL ABUSO DEL DERECHO COMO PRESUPUESTO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS PREDISPUUESTOS.....	70
2.7 EL NO ABUSO DEL DERECHO FRENTE A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD. CONFLICTO PRESENTE EN LOS CONTRATOS PREDISPUUESTOS CON CLAUSULAS ABUSIVAS.....	75
2.7.1 El Estado Liberal Clásico. ....	78
2.7.2 Estado Intervencionista. ....	80
2.7.3 Neoliberalismo o Resurgimiento de la Autonomía de la Voluntad. ....	83
3. LOS PRINCIPIOS COMO PERSPECTIVA ARGUMENTATIVA E INTERPRETATIVA EN MATERIA CONTRACTUAL.....	86
3.1 CRITERIOS DE ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN EN CONTRATOS PREDISPUUESTOS CON CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	94

3.1.1 Criterio Interpretativo Mediante el Principio de No Abuso del Derecho en Contratos Predispuestos con Cláusulas Abusivas que Vulneran Derechos y Obligaciones del Contrato.....	96
3.1.2 Protección Inmediata de Derechos Fundamentales Vulnerados con Ocasión de la Inserción de Cláusulas Abusivas en Contratos Predispuestos que Generan Un Perjuicio Irremediable. ....	106
3.1.3 Reglas Interpretativas en los Eventos de Cláusulas Ambiguas u Oscuras Insertas en los Contratos Predispuestos.....	115
3.2 CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES PREDISPUESAS. EFICACIA MEDIATA E INMEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN EN MATERIA CONTRACTUAL.....	118
CONCLUSIÓN .....	125
BIBLIOGRAFÍA.....	133

## RESUMEN

**TÍTULO:** LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y DE CONDICIONES GENERALES: INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN MEDIANTE EL PRINCIPIO GENERAL DEL ABUSO DEL DERECHO, COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DEL CONTRATANTE DÉBIL\*.

**AUTORES:** EDINSON GIOVANNY CAMACHO CABALLERO  
RICHARD DUVAN NAVAS ARIZA\*\*

**PALABRAS CLAVES:** Principios Generales del Derecho, Abuso del Derecho, Cláusulas Abusivas, Contratos de Adhesión, Condiciones Generales de Contratación, Constitucionalización del Derecho Privado, Interpretación Jurídica, Contratante Débil.

**DESCRIPCIÓN:** El trabajo monográfico pretende poner en evidencia la importancia de los Principios Jurídicos en la solución de las controversias jurídico privadas, de ahí que se establezcan con claridad las tres funciones predicables actualmente de los principios en los debates jurídicos. Así, la función integradora o auxiliar del sistema jurídico ha sido la privilegiada por el positivismo jurídico y el formalismo, desconociendo las funciones interpretativa y creativa que son las que demuestran el carácter de fuente formal y material de los principios.

Como consecuencia de esta caracterización de los Principios, la investigación se adentra en el estudio del Abuso del Derecho en las Cláusulas predisuestas en contratos de adhesión y en las condiciones generales de contratación. Este principio del no abuso del derecho permite, por tanto, que dichas cláusulas sean consideradas abusivas o vejatorias, lo que permite a la vez, un amplio margen de protección por parte de los operadores jurídicos de los contratantes débiles de la relación contractual predispuesta, vía interpretación en clave constitucional del Principio General del abuso del derecho. Este trabajo se estructura a través de tres capítulos que comprenden el análisis de los principios jurídicos, el abuso del derecho en las cláusulas abusivas y por último, la protección constitucional vía interpretación principialística de los contratantes débiles.

---

\* Tesis de Grado

\*\* Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho, Director: Héctor Elías Hernández Velasco.

## ABSTRACT

**TITLE:** UNFAIR TERMS IN CONTRACTS FOR MEMBERSHIP AND GENERAL CONDITIONS AND ARGUMENT INTERPRETATION BY THE GENERAL PRINCIPLE OF ABUSE OF RIGHT AS A MECHANISM OF PROTECTION OF THE WEAK CONTRACTOR.\*

**AUTHORS:** CAMACHO EDINSON GIOVANNY CABALLERO  
NAVAS RICHARD DUVAN ARIZA\*\*

**KEY WORDS:** General principles of law, abuse of law, unfair terms, Adhesion Contracts, General Conditions of recruitment, Constitutionalization of Private Law, Legal Interpretation, the weaker Contracting

**DESCRIPTION:** The monograph seeks to highlight the importance of the legal principles in resolving private legal disputes, hence the establishment of the three functions clearly predicated on the principles currently in legal discussions. Thus, the integrative function of the legal system or auxiliary has been the privileged legal positivism and formalism, ignoring the interpretive and creative functions are those that demonstrate the character of formal and material source of principle.

As a consequence of this characterization of the Principles, the research delves into the study of abuse of law in predisposed clauses in adhesion contracts and general conditions of contract. This principle of no abuse of law allows, therefore, that such clauses are considered abusive or vexatious, allowing both a broad range of protection from legal operators of weak contractors' contractual relationship biased via key constitutional interpretation of the General Principle of abuse of rights. This work is structured through three chapters include an analysis of legal principles, the abuse of law in unfair and finally, the constitutional protection via principialística interpretation of weak contractors.

---

\* Thesis of Grade

\*\* Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho, Director: Héctor Elías Hernández Velasco.

## INTRODUCCIÓN

La legislación civil y mercantil de inspiración liberal, basó los postulados de las obligaciones en general, y de los contratos en particular, en la primacía de la voluntad de las partes en sus relaciones negociales, todo ello, como consecuencia de una absoluta desconfianza en la intervención del legislador en los asuntos que sólo interesaban a los particulares. De ahí que en las esferas del derecho privado, o más bien, sus ámbitos de aplicación, sólo tuvieran como soporte el “principio” de la absoluta autonomía de las contratantes en sus negocios. Desde el siglo XVIII, la práctica jurídica civil y posteriormente la comercial, ha sustentado sus postulados en los principios liberales de la autonomía y libertad absoluta del individuo, expresado todo ello en la posibilidad que tienen los sujetos de crear derechos y obligaciones, de condicionar las formas de extinción de los mismos, y por supuesto, la manera como se van a solucionar sus conflictos. Lo anterior, sin más limitaciones que las de ser ajustadas a la ley.

Con el surgimiento de nuevas formas de contratación privada como resultado de la ampliación de las relaciones jurídico-comerciales, la masificación de productos y servicios, y la aparición de personas jurídicas que ejercen su actividad en mercados especializados a través de contratos de condiciones uniformes y de contratos de adhesión o predispuestos, las formas típicas de contratar se han visto alteradas en su sustancia, situación que la mayoría de las veces la misma lógica del mercado torna impositiva y rompe con ello el equilibrio natural que se predica en todo vínculo negocial. El uso de cláusulas abusivas que, en principio, no quebrantan la ley formal, permitió que los contratantes, poco a poco, se valieran de tales manifestaciones para imponer cargas contractuales a las partes “débiles”, so pretexto del imperio de la voluntad de los contratantes sobre cualquier injerencia del Derecho.

Frente a estas situaciones inequitativas, fue necesario buscar mecanismos idóneos que permitieran mantener el equilibrio del orden contractual privado, sin desconocer el principio general de la libre voluntad de las partes. Para ello, se requirió un desarrollo constitucional que concibiera el Derecho más que sólo un instrumento de regulación legal, un mecanismo basado en principios de justicia y equidad. Fue necesario también recurrir a los Principios Generales del Derecho, columna vertebral de todo sistema jurídico, imprimiéndole eficacia y legitimidad a las decisiones legislativas, dotando al juez de herramientas para intervenir en aquellos casos en que, si bien no existe un quebrantamiento de la ley, su aplicación resulta onerosa y desproporcionada para alguna de las partes, siendo llamado entonces, a desestimar las disposiciones que no respondan y redunden en criterios sociales y de justicia en el Derecho. Este cambio de paradigma implica asumir una postura relativista de la autonomía de la voluntad de las partes, aspecto éste en que ni la ley ni la jurisprudencia han sido unánimes en el tratamiento que se le debería otorgar, teniendo un desarrollo más profundo en el reducido ámbito académico. De ahí que sea de interés, dar cuenta del desarrollo local que ha tenido este tema, máxime cuando la protección de los sujetos débiles de la relación jurídica es un presupuesto esencial del Estado Social de Derecho.

Una argumentación más acorde con los cambios de paradigma, debe manifestarse no sólo en la discusión sobre la protección de los derechos de rango constitucional, sino también debe impregnar todos los ámbitos regulados por el derecho, de modo que, en el caso específico, las practicas civiles y comerciales, regentadas por el derecho de los contratos y las obligaciones, deban asumir nuevos paradigmas de interpretación. Por esa razón, la importancia del estudio de la principalística como una “vuelta contra el formalismo”. Asumimos en este contexto, el estudio del principio del no abuso del derecho en los contratos predispuestos en general, por ser estos fuente de fuertes desequilibrios contractuales, al verse coartada la manifestación libre y espontánea de la voluntad de los particulares, sobretudo del contratante débil. Clarificar y describir las reglas

para la interpretación del principio del abuso del derecho en materia contractual dentro de la casuística jurídica, ayudará tanto al litigante como al operador judicial a desatar la práctica argumentativa, que va mucho más allá de la simple confrontación de las premisas del silogismo jurídico. Por tanto, el estudio de las cláusulas abusivas, es abordado tanto desde el punto de vista argumentativo del derecho privado, como desde las novedosas prácticas hermenéuticas, que son precisamente una respuesta al clásico papel del operador judicial como simple espectador del ejercicio de la autonomía de los contratantes, sin dar razón de los múltiples fenómenos económicos, sociales, culturales y políticos que se esconden tras toda relación jurídica.

En síntesis, se sustentó, y aún hoy algún sector de la doctrina lo preconiza, dentro de la ley civil y comercial, una franca protección del concepto teórico o formal de igualdad entre los contratantes, de modo que no se distinguió la fuerza con que arremetieran los particulares en sus negociaciones; no se prestó atención en últimas, a las consecuencias que traería para el derecho de los contratos y de las obligaciones, el establecimiento de unas cuantas reglas que no regulaban los negocios de los grandes conglomerados económicos, ya que, toda ésta tradición tan sólo sustentaba la celebración de contratos típicos, en los que sí se pueden desenvolver con amplitud las voluntades de los contratantes. La anterior visión decimonónica del derecho, ya no es compatible con la globalización de los negocios, que no se basan en el querer; en la voluntad libre de todo determinismo y el limpio consentimiento, sino en el más absoluto estado necesidad de los particulares de adquirir ciertos bienes y servicios que de otra manera no podrían obtenerse en el mercado, en estos eventos, el contratante “fuerte”, no hay duda, impondrá su voluntad por sobre la de sus contrapartes.

Todos estos antecedentes, de confianza absoluta en la ley y la voluntad particular de los negociantes, tenían como soporte mecanismos de interpretación que no se sustentaban en principios de justicia y equidad; y esto se hizo aún más patente,

con la masificación de los contratos, que ha derivado en la uniformidad de ciertas cláusulas, que poca discusión permiten a un contratante promedio (débil), ya que, en la actualidad no se está tan sólo ante el contrato de compraventa, de permuta o cualquier otro contrato típico, se asiste hoy a los contratos de masa en los que la discusión sobre sus cláusulas son insostenibles económicamente para los contratantes fuertes (Bancos, Aseguradoras, Empresas de Servicios Públicos etc.) y en esa medida, la única opción para la contraparte es aceptar o no las cláusulas ya predispuestas.

Como consecuencia de la masificación arriba mencionada de los contratos de adhesión, es decir, aquellos en que una de las partes es débil (Consumidor) y otra parte fuerte, y también como consecuencia del replanteamiento del concepto absoluto de la autonomía de la voluntad, por una visión más relativa; y en la medida que normalmente en los contratos a que hacemos referencia (predispuestos o de adhesión) se abusa del derecho y de la posición en el contrato, la monografía tendrá como propósito profundizar el estudio de la principalística, es decir, en los principios generales del derecho, y en particular, del principio del abuso del derecho, que deriva en este caso de la imposición de cláusulas abusivas en los contratos que impiden la manifestación sincera de la voluntad. El estudio del principio del abuso del derecho desde la órbita de la interpretación, es de suyo importante, ya que, la solución que se de a este tipo de problemas jurídicos, implicará asumir una postura abierta del derecho. Por el contrario, en la actualidad se ha intentado aplicar e interpretar exegéticamente la norma, y lo que buscamos es ampliar el ámbito interpretativo de los participantes de la discusión jurídica, mediante el estudio aplicado a este tipo de contratos, del no abuso del derecho como principio hermenéutico. En últimas se verificará la posibilidad de contrarrestar este principio general del derecho con el de la absoluta autonomía de la voluntad.

## 1. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Los Principios Generales del Derecho, (o las Reglas Generales del Derecho, tal y como lo establece erradamente a la luz de la actual concepción bifronte de las normas el artículo 8 de la Ley 153 de 1887<sup>1</sup>), son la manifestación de la moderna discusión constitucional y de la teoría jurídica general, acerca del papel de los Principios y su relevancia dentro del ordenamiento jurídico; es en esencia, la redefinición de los Principios dentro del sistema de fuentes del Derecho. Por esta razón, los Principios Generales del Derecho, serán indistintamente denominados Principios Jurídicos, de modo que haya una identificación con la Teoría Moderna o más actual de los principios, ya que, mal pudiera pensarse que el concepto de principios generales del derecho, es de exclusiva y única propiedad del Derecho Civil, si bien en un comienzo así fue, hoy, la transformación jurídica, permite considerar radicalmente que ambos conceptos, Principios Jurídicos y Principios Generales del Derecho, son una y la misma cosa.

Pues bien, sin infirmar lo anterior, ya en la época del derecho romano había una identificación entre la interpretación y el concepto de los Principios; no había como pudiera pensarse una afanosa desconfianza hacia ellos. Por el contrario, fueron los juristas romanos quienes mediante sus aforismos y demás expresiones de un claro tono estoico, identificaron el papel del Derecho. Para ellos, la Justicia es el fin último del Derecho (*Finis universo iuris et justitia*), que permite la concreción de la máxima finalidad que puedan alcanzar las instituciones jurídicas; cuales son los preceptos del Derecho que se vislumbran en los “principios” de vivir honestamente, no dañar al otro (expresión contundente del abuso del derecho), y dar a cada quien lo suyo. (*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*).

---

<sup>1</sup> El artículo es del siguiente tenor: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicaran las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.” Los subrayados son nuestros.

La identificación arriba mencionada, permite arribar a otra dimensión de los Principios, que quizá sea la más importante y relevante; y es ésta: los Principios tienen por origen una dimensión jurisprudencial, es decir, es propia de la Praxis judicial. Es por ello que reconocidos romanistas, cuando abordan la jurisprudencia romana como fuente principal del Derecho Romano, definen inmediatamente el papel de los Principios. Existe, pues, una unidad imprescindible entre jurisprudencia y principios, por esto se ha dicho que “Los Principios del Derecho son dialécticos, y por tanto, cambiantes y adaptables a cada época y para cada momento histórico. Dejan de ser especulaciones puramente filosóficas y morales para convertirse en reflexiones jurídicas, cuando deban ser aplicadas a cada caso concreto”<sup>2</sup>, y más importante aún, en el derecho que crearon y practicaron los juristas o jurisprudentes romanos, conocían, interpretaban y desarrollaban el ius, y sus opiniones eran aceptadas por la estructura social romana. Así pues, su práctica jurídica (jurisprudencial) era una materialización del espíritu humano, de ahí que se haya afirmado que “esa manera de ver el derecho desde una perspectiva del caso o problema concreto, domina toda la historia jurídica romana.”<sup>3</sup>

Traer a colación la experiencia y prácticas jurídicas romanas no es un anacronismo, y no lo es, básicamente porque ello corrobora la trascendencia de los Principios Generales dentro de la práctica jurídica. Implica entonces, asumir a los principios como una fuente principal del ordenamiento jurídico, alejada de la concepción de mero criterio auxiliar.

Ahora bien, del precitado artículo 8 de la Ley 153 de 1887, se desprende que los Principios Generales son fuente auxiliar cuando no hay ley exactamente aplicable al caso que se debate. No obstante, debe resaltarse que no es ésta la única función predicable de los principios, de ellos se dice que cumplen una función

---

<sup>2</sup> Becerra Medellín, Carlos et al (2000). *Lecciones de derecho romano*, Bogotá. Temis. Pág. 32.

<sup>3</sup> *Ibidem*. Pág. 33.

creativa de la norma jurídica; una función interpretativa que permite al Juez la comprensión del ordenamiento y le facilitan su aplicación; y además, en los eventos en que los Principios han sido consagrados como normas positivas (como sucede a nivel constitucional y legal con el Principio del Abuso del Derecho) son de obligatorio acatamiento y vinculan directamente al juez de la República.<sup>4</sup>

Los anteriores análisis permiten que nos adentremos de lleno en el concepto de Principios. Así, para Alexy los Principios tiene como punto culminante, el que “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por que pueden cumplirse en diferente grado y que la medida posible de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos.”<sup>5</sup> Es decir, los principios tienen una manera particular de realizarse, y que consiste en que adquieren relevancia en la medida que exista otro principio que pueda entrar en colisión, de modo que, en el debate jurídico de su realización jurídica- fáctica, uno de los principios debe ceder al otro.<sup>6</sup> Producto de ésta consideración, los principios tienen diferente peso, y, prima entonces, aquél que posea mayor peso dentro de la colisión respectiva.

Ahora bien, como de lo que se trata es de revalidar el papel de los Principios Jurídicos, entiéndase que su relevancia jurídica como normas imperativas, implica derrumbar la concepción decimonónica presente en el derecho, y más aún, en el derecho privado. Lo que invita a observar el ordenamiento compuesto no sólo de reglas, o lo que Dworkin denominara la “versión más poderosa del positivismo jurídico”. Luego, los principios, dentro de la discusión jurídica moderna, deben

---

<sup>4</sup> Valencia Zea, Arturo et Alter (2002). *Derecho civil general y personas*. Bogotá, Temis, Tomo II. Pág. 173.

<sup>5</sup> Alexy, Robert (2007). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (2da Ed.). Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Págs. 67-68.

<sup>6</sup> *Ibidem*. Pág. 68.

enterar todo el ordenamiento, y no sólo una parte de él, es decir, debe ser desmitificada la concepción según la cual cuando se discute sobre los principios, se hace llana referencia al derecho y a la praxis constitucional.

Todos estos presupuestos ya los ha tenido en cuenta la Corte Suprema de Justicia quien en sentencia de 7 de octubre de 2009 hizo un amplio recorrido sobre la concepción de los Principios Generales del Derecho, así pues expresó:

“Recientemente, la Corte precisó que los principios generales del derecho “se caracterizan por un alto grado de abstracción, ora porque no evidencian de manera explícita un supuesto fáctico o lo presentan de manera fragmentaria, de modo que no es posible determinar con antelación los casos en los que serán aplicados, razón por la cual suelen calificarse de normas abiertas, para distinguirlas de las reglas legales llamadas cerradas, en las que sí es posible fijar escrupulosamente los supuestos de hecho de su aplicación; o ya porque, según otros, presentan un alto grado de indefinición en la consecuencia jurídica, motivo por el cual se les conoce como “mandatos de optimización” (u optimación, quizás), en la medida en que pueden ser cabalmente cumplidos en diferente grado, dependiendo de las condiciones reales o jurídicas en las que se encuentre el agente. Mientras que los primeros se caracterizan porque expresan derechos, son justiciables y, por ende, de aplicación usual por los jueces, los segundos aluden a intereses y son propios de la política y la legislación. En todo caso unos y otros tienen un significado lingüístico autoevidente, en virtud del cual su genuino sentido y alcance no puede ser esclarecido a partir del significado de las palabras.

Sea cual fuere su estructura, no hay duda que en los principios se halla una nota descollante que no se evidencia en las otras reglas jurídicas y es su peso o importancia, de manera que cuando dos principios entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos a pesar de que en el caso concreto uno de ellos se prefiera al otro; o sea, que en caso de colisión, uno de ellos no deja de ser válido, ni comporta de manera definitiva e ineludible una cláusula de excepción, simplemente, se impone un proceso de ponderación, al cabo del cual, dependiendo de las circunstancias del caso, se establece entre ellos una “relación de preferencia condicionada”. En cambio, en tratándose de las reglas legales no es posible aseverar que una sea más importante que otra, de modo que si entran en conflicto la solución es de todo o nada: o una de ellas no es válida, o siempre cederá en presencia de la otra.

Ahora, las reglas legales son obedecidas, mientras que a los principios, en cambio, se adhiere. Aquellas señalan cómo debe actuar la persona, o no hacerlo, en determinadas situaciones específicas por ellas previstas, al paso que los principios nada dicen, directamente, a ese respecto, pero proporcionan criterios adecuados para fijar un punto de vista ante situaciones concretas que a priori aparecen indeterminadas. Como éstos, los principios, cuando no son mandatos de optimización, carecen de supuesto fáctico específico, solamente adquieren relevancia operativa haciéndolos obrar frente algún caso concreto, no es posible, entonces, determinar su significado de manera abstracta, como tampoco pueden ser utilizados en operaciones lógico-jurídicas, en particular en procesos de subsunción” (Sent. Cas. Civ. de 16 de agosto de 2007, Exp. No. 25875 31 84 001 1994 00200 01).”<sup>7</sup>

Y además expresó sobre la sustancialidad y eficacia directa de los principios, que se opone a una visión estrictamente integradora del ordenamiento lo siguiente:

“Ahora bien, más allá de las discusiones teóricas que genera el tema, lo cierto es que en la práctica, en la labor de decidir una controversia, no sólo pueden verse transgredidas reglas positivas, sino que también es factible la infracción de los principios generales del Derecho, ya sea porque dejan de aplicarse, bien porque se hacen operar indebidamente, ora porque se interpretan de manera errónea. Cabe agregar que dichos principios, asimismo, tienen el carácter de normas de derecho sustancial en aquellos eventos en los cuales, por sí mismos, poseen la idoneidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas. Por ende, basta con invocar una regla general de derecho - en tanto sea la base del fallo o haya debido serlo-, para abrir el espacio al recurso de casación, pues los principios hacen parte del ordenamiento jurídico que el recurso debe salvaguardar.”<sup>8</sup>

Con todo, queda evidenciado que la práctica jurídica actual requiere de la existencia no sólo de reglas entendidas como ley escrita que concrete todos los casos que puedan plantear discusiones al nivel de los derechos, también es posible hallar Principios que están en el mismo nivel de las reglas, de modo que, aceptamos en esta monografía la relevancia de los principios jurídicos. Luego,

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 7 de octubre de 2009. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Exp. 05360-31-03-001-2003-00164-01. Pág. 53

<sup>8</sup> *Ibidem*. Pág. 56

dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas aparecerán estos últimos como herramienta indispensables para desatar los conflictos que se generan como consecuencia de la existencia de principios opuestos. El presente trabajo verificará la posibilidad jurídico – fáctica de la ponderación de dos principios que, fáctica y jurídicamente se colisionan cuando existen cláusulas abusivas en contratos de adhesión o predispuestos; estos dos principios jurídicos que tienen carácter constitucional son; por un lado, la autonomía de la voluntad como expresión del derecho fundamental a la libertad; y por el otro, el principio del no abuso de los derechos, que concreta en el ámbito de las relaciones contractuales predispuestas los derechos a la igualdad y al equilibrio de los contratos. Creemos que existen situaciones en las cuales este tipo de prácticas pueden violentar derechos fundamentales, y por tanto, el principio del no abuso de los derechos tiene una eficacia directa dentro de las relaciones particulares. Sin embargo, para desatar esta discusión, debemos demostrar que la naturaleza de los Principios jurídicos o los Principios Generales del Derecho actualmente permiten este tipo de discusión, y además, que su importancia demuestra que hoy se han redimensionado como consecuencia de su concepción como fuentes materiales y formales del ordenamiento jurídico, alejada de la unifuncionalidad, que los caracteriza como criterios de cierre o últimos del ordenamiento en defecto de la ley.

## **1.1 NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO**

Tal y como se había establecido, la problemática fundamental de abordar los Principios Jurídicos estriba en que necesariamente debe encontrarse salida al problema de las fuentes del ordenamiento jurídico. Los principios, tal y como aquí los entendemos, son fuente material y formal del ordenamiento, de modo que ellos son pautas fundamentales de creación, interpretación e integración del sistema jurídico. Por tanto, sólo aceptando esta triada de funciones se puede llegar a la conclusión de la materialidad de los principios jurídicos como fuentes del

ordenamiento. Por el contrario, atribuirle a los principios una condición de criterio auxiliar, y por tanto, de fuente informadora del ordenamiento de segunda categoría, implica anquilosar la funcionalidad de los principios en el sistema jurídico; ésa es pues, la perspectiva de quienes atribuyen a los principios una univocidad funcional (integrativa) perjudicial para el desarrollo del derecho del caso.

Ahora bien, respecto del concepto de fuentes del derecho se tiene dicho por parte de la doctrina, que con la rúbrica fuentes del derecho, se designa “en la iusfilosofía y en la teoría general del derecho el estudio de la producción del derecho y, más exactamente, el estudio del origen material y formal de las normas jurídicas.”<sup>9</sup> Pues bien, los principios jurídicos según la acogida doctrina, participan tanto como fuente material como formal del ordenamiento, así, en primer término, se designa a las fuentes formales como aquellas en las que “son las autoridades extraestatales (hechos sociales conformados por los principios y la costumbre) o estatales (hechos sociales conformados por los poderes legislativo, ejecutivo y jurisdiccional), que crean mediante procesos, respectivamente, las normas jurídicas implícitamente positivas y las normas explícitamente positivas”,<sup>10</sup> en otras palabras, esta son las fuentes de la positividad, de ahí que deba advertirse que buena cantidad de los principios jurídicos han sido positivizados, lo que nos le quita o suprime su materialidad fundadora del ordenamiento y su sustantividad propia.

Además de indicar la anterior caracterización de los principios, debe resolverse la pregunta de por qué los principios son fuente material del ordenamiento, de ahí que sea de la mayor importancia entrever que ello sucede porque los principios indican necesariamente la materia o contenido que deben tener o no tener; tanto las fuentes formales generales, bien las principales (principios cuando crean e

---

<sup>9</sup> Valencia Restrepo, Hernán (2007). *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho* (4ta Ed.). Medellín, Comlibros. Pág. 96

<sup>10</sup> *Ibidem*. 97

interpretan el derecho), bien subsidiarias (principios cuando integran el sistema jurídico); como las formales particulares, cuales las jurisdiccionales, que con las sentencias crean normas singulares, o individualizadas en el contrato y el acto administrativo.<sup>11</sup>

La anterior tesis nos permite arribar a dos conclusiones previas o preliminares fundamentales para el desarrollo de la comprensión del principio general del abuso del derecho utilizado en la definición de la interpretación que se presenta dentro de las cláusulas abusivas en contratos predispuestos, ya sea de adhesión o en los que establecen condiciones generales de contratación; y es que, en primer lugar, pone de presente que si bien es cierto los principios son fuente auxiliar según el artículo 8 de la ley 153 de 1887 y el 230 de la Constitución Nacional, esto sólo sucede cuando de lo que se trata es de integrar el ordenamiento, es decir, funciona como principio formal general subsidiario; y si de lo que se trata es de crear e interpretar el ordenamiento, esto sucede en el ámbito de su condición de fuente formal general principal, y además, como fuente material del orden jurídico. Esta conclusión, por tanto, permite vislumbrar la condición de criterio de justificación (judicial o jurisprudencial) de los principios en los actos jurídicos particulares y generales, aspecto que se profundizará cuando se analice con detenimiento la interpretación principialística en los contratos predispuestos que establecen cláusulas vejatorias, torticeras o abusivas. La segunda conclusión previa, es que los principios actúan en el escenario de la acción interna de los particulares (en los contratos), ya que, de ellos se predica sustancialmente su carácter de fuente formal particular.

Luego del anterior análisis, debe desatarse la cuestión de por qué los principios jurídicos como fuente material “indican necesariamente la materia o contenido” de las fuentes formales, y ello sucede básicamente por la naturaleza jurídica de los principios que los diferencian de la naturaleza jurídica de las reglas. El principio

---

<sup>11</sup> *Ibidem*. 98

jurídico como resultado de su funcionalidad interpretativa y creativa se define como “la norma jurídica, fundamental, imperativa, universal, axiológica, explícita o implícitamente positiva que sirve para interpreta, crear e integrar el ordenamiento,<sup>12</sup>en este punto disentimos del profesor Valencia Restrepo, ya que aceptar que son normas fundamentales e imperativas para integrar el ordenamiento, implica necesariamente una contradicción en su propia teoría principialística; ya que, iría en contra del papel subsidiario, que no imperativo ni fundamental de principio cuando se hace la integración del sistema jurídico. Por esa razón, modificando la concepción del multicitado doctrinante, consideramos que la naturaleza material de los principios permite concluir que son normas jurídicas, fundamentales, imperativas, universales, axiológicas, explícita o implícitamente positivas que sirven para interpretar y crear el ordenamiento.

**1.1.1 Función Integrativa de los Principios Jurídicos.** Como ya se había vislumbrado, el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 es el que informa de esta funcionalidad de los principios jurídicos. Básicamente, su carácter auxiliar e integrador del ordenamiento, de modo que los principios actúan como fuente formal subsidiaria del sistema normativo. En últimas, los principios generales del derecho actúan como mecanismos de cierre del sistema, como criterios que justifican la supuesta plenitud hermética del derecho, para Prieto Sanchís, la cultura de la codificación elevó como dogmas; en primer lugar, el que el juez en su actuación jurídica no puede denegar justicia, de modo que no puede negarse a fallar alegando oscuridad o inexistencia de normas aplicable al caso; y en segundo lugar, “que el juez representa una boca muda del legislador que se dedica exclusivamente a pronunciar las palabras de la ley”, por todo esto Prieto Sanchís concluye: “naturalmente para hacer compatibles ambos postulados era necesario asentar un tercer dogma, el de la plenitud y coherencia del Derecho, el de la ausencia de lagunas y antinomias (...) con este fin nacieron los principios generales del derecho, que serían un especial último recurso, de más lejana

---

<sup>12</sup> *Ibidem*. 112

frontera hasta la que puede caminar el juez sin convertirse en creador del derecho.”<sup>13</sup>

Pues bien, de conformidad con estas aseveraciones se concluye que tal función de los principios, nace necesariamente de la propia incapacidad del positivismo y del formalismo clásico, de explicar la inoperancia de un sistema constituido básicamente del derecho codificado o legislado. Es decir, que se “utilizan” los principios jurídicos como consecuencia, entre otras cosas, del atributo de generalidad de la ley, y del hecho de que no hay ley aplicable al caso concreto, de por manera que eso “constituye las dos causas más frecuentes de lagunas o vacíos legales, porque, respectivamente, el legislador no puede prever todas las peculiaridades, detalles, características o especificidades de los hechos, que con la ley regula, o no puede prever un caso, que todavía no se ha presentado en la vida social, pero que se presentará en el futuro próximo.”<sup>14</sup>

Precisamente, será esa la única (univocidad funcional) función que los formalistas y positivistas den a los principios jurídicos, desconociendo el carácter imperativo y fundamental, como fuente formales principales y fuentes materiales que informan el ordenamiento. Reivindicamos, por tanto, esta función subsidiaria de los principios jurídicos, pero no será esa la función que desarrollaremos; ya que, cuando está en peligro un principio general del derecho imperativo, fundamental, y por tanto, constitucional, no queda otra alternativa sino interpretarlo o “aplicarlo” directamente.

Ahora bien, si bien estamos de acuerdo con el triple carácter funcional de los principios, ello no obsta para que nuevamente nos distanciamos del profesor Valencia Restrepo; básicamente en la siguiente afirmación: “Débese tener presente que Dworkin y Alexy estudian la función integrativa de los principios,

---

<sup>13</sup> Prieto Sanchís, Luis (2007). *Apuntes de teoría del derecho* (2da Ed.). Editorial Trotta. Pág. 207

<sup>14</sup> Valencia Restrepo, Op. Cit, Pág. 90.

desde la óptica de los casos difíciles, el primero; y desde la apertura del derecho el segundo.”<sup>15</sup> Y es que siguiendo el argumento del carácter bifronte de las normas jurídicas de un sistema normativo, es decir, su división en reglas y principios; creemos que la conclusión del doctrinante resulta vacía e injustificada, pues, lo que rescatan tanto Dworkin como Robert Alexy son los principios como normas fundamentales, luego, no es una aplicación supletoria o auxiliar lo que los reconocidos iusfilósofos estudian, de ellos cabe advertir su preocupación por el carácter interpretativo de los principios jurídicos; es decir, por su condición de normas jurídicas imperativas y fundamentales, se aplican por el operador jurídico, en el caso de Alexy, mediante la colisión de principios. Es por esto que resaltamos que lo que nos interesa, son las funciones creativa e interpretativa, y sobre todo ésta última, que se pueden desplegar de los principios. Creemos que no existen lagunas en el derecho, no sólo porque hay jueces, sino básicamente porque existen principios fundantes e imperativos que sirven de pauta para la solución de los conflictos.

**1.1.2 Función Creativa de los Principios Jurídicos.** Se tiene dicho que junto con las funciones integradora e interpretativa , los principios jurídicos desarrollan o despliegan una labor creativa del derecho claramente orientada en su condición de fuente formal y material del ordenamiento jurídico; de ahí que se diga que tal función la dirigen todos los órganos de la producción jurídica, de modo que cuando se hable de funcionalidad creativa, necesariamente se entienda la función que hace referencia al estudio y estructuración del derecho de la elaboración del derecho.<sup>16</sup>

La doctrina precitada indica que entre los modelos de principios jurídicos creativos, se encuentran aquellos consignados en la parte filosófica o principialística de la Constitución Nacional “Títulos I: De los Principios fundamentales del Estado, Art. 1

---

<sup>15</sup> *Ibidem*. Pág. 91

<sup>16</sup> *Ibidem*. Pág. 83

a 10; y el II : De los derechos, las garantías y los deberes, Art. 11-95, los cuales regulan el contenido o la materia que deben tener o no las normas jurídicas de rango inferior a las constitucionales”, y más adelante se agrega “Si una ley viola un principio creativo del derecho constitucional, puede ser demandada en acción de inexecutable ante la Corte Constitucional.”<sup>17</sup>

Ante tan contundente manifestación de la fuerza creativa de los principios jurídicos fundamentales e imperativos, resulta prudente manifestar que tales no son una fuente entre las demás del ordenamiento jurídico interno, sino la fuente formal y material por excelencia o dicho en otros términos, la fuente de fuentes; sobre este punto precisamente ha dicho la Corte Constitucional:

“Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). (...)Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden.”<sup>18</sup>

Como queda en evidencia, ha sido la misma Corte Constitucional quien ha entendido y revalidado el papel de los principios jurídicos en el ordenamiento

---

<sup>17</sup> *Ibidem*. Pág. 84

<sup>18</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Accionante: José Manuel Rodríguez.

jurídico colombiano; de modo que esta función creativa será la síntesis suprema o la “quintaesencia de las funciones principales”.<sup>19</sup> Adviértase finalmente como colofón, que son precisamente los principios jurídicos establecidos en la Constitución los que establecen las pautas de acción (creativa) de las ramas del poder público, por ello ha dicho igualmente la Corte en la citada sentencia:

“El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido *la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho.*”<sup>20</sup>

**1.1.3 Función Interpretativa de los Principios Jurídicos.** Se ha dicho que respecto de las reglas, es decir, la expresión clara del derecho legislado, por oposición a las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia, que son prevalentemente principios<sup>21</sup>, que pueden ser aplicadas mecánicamente; de modo que autómatas podrían hacer uso de las técnicas y esquemas de su aplicación, básicamente, de la lógica jurídica; y así, por ejemplo, el autómata podría recurrir al silogismo jurídico y a la subsunción como mecanismo para desatar los problemas jurídicos. Pues bien, tal esquema y técnica jurídicas no pueden ser utilizadas cuando de los que se trata es de interpretar; que no aplicar un principio, de modo que, esa interpretación de los principios jurídicos es totalmente distinta, en este sentido, se hace evidente que se “requiere una reacción o una toma de posición”<sup>22</sup>.

Conviene advertir que los principios jurídicos, son esencialmente instrumentos de interpretación, lo que exige del juez una aptitud abierta hacia la argumentación y

---

<sup>19</sup> Valencia Restrepo, Op. Cit, Pág. 84.

<sup>20</sup> Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Subrayados son nuestros.

<sup>21</sup> Zagrebelsky, Gustavo (2007). *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta. Pág. 110

<sup>22</sup> *Ibidem*. 111

hacia la praxis hermenéutica, de ahí que la Corte Constitucional haya rescatado y puesto énfasis en esta función principalística en los siguientes términos:

“La Constitución es norma de normas (CP art. 4), pero en modo alguno es una norma ordinaria que sólo se distingue de las demás en razón de su jerarquía formal. La Constitución es el eje central del ordenamiento jurídico. El cumplimiento de su misión como parámetro objetivo del ordenamiento y dinamizador del mismo, no podría realizarse sin la variedad de formas que asumen sus normas: normas clásicas, normas de textura abierta, normas completas, normas de aplicación inmediata, normas programáticas, normas de habilitación de competencias, normas que consagran valores, normas que prohíjan principios, normas que contemplan fines, etc. Igualmente, es propio de una constitución democrática y pluralista como la colombiana, que sus normas materiales o sustantivas, en principio, puedan permitir, dentro de ciertos límites, diversas políticas y alternativas de interpretación. (...) La interpretación es un momento imprescindible del derecho y en modo alguno ausente en el proceso de creación de las normas legales. La Constitución como eje central del ordenamiento debe ser acatada por todas las personas y órganos del Estado y para hacerlo es indispensable su interpretación. De hecho la Constitución existe y despliega su eficacia en la medida en que se actualice en la vida concreta y ello no puede ocurrir por fuera de su interpretación que, en estas condiciones, adquiere el carácter de un proceso abierto del cual depende su efectiva materialización y permanente enriquecimiento.”<sup>23</sup>

## 1.2 EL ABUSO DEL DERECHO COMO PRINCIPIO JURÍDICO

La teoría del abuso del derecho dentro de la práctica jurídica nace después de la creación del Código de Napoleón; y surge básicamente como fenómeno propio de la jurisprudencia francesa en la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del siglo XX.<sup>24</sup> Su aplicación dentro del ordenamiento jurídico surge necesariamente de su condición de principio jurídico, por esa razón, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, lo estudian desde la óptica de la división del sistema normativo en reglas y en principios. Para los autores, dentro de la teoría general del derecho se ha acogido

---

<sup>23</sup> Sentencia C-531 de 1993. M.P. Ciro Eduardo Cifuentes Muñoz. Subrayados son nuestros.

<sup>24</sup> Atienza, Manuel et al. (2006). *Los ilícitos atípicos*. Barcelona, Trotta, Pág. 33

un concepto de acto ilícito que sólo se presenta cuando dentro del accionar de un individuo su conducta no se ajusta a una regla de derecho, dejando de lado el acto o conducta contraria a principios. Los autores determinan que este último tipo de accionar particular, según el cual un individuo actúa contrariando un principio jurídico recibe el *nomen iuris* de ilícito, pero en este caso no típico (contrario a reglas), sino atípico (contrario a principios jurídicos).

Conviene también advertir que para los iusfilósofos españoles, existen dos tipos de reglas dentro de un sistema normativo, en principio, las que denominan reglas de acción o de mandato que son básicamente “pautas específicas de conducta que establecen mandatos o permisiones”,<sup>25</sup> y que se caracterizan porque su estructura supone un antecedente o condición de aplicación y un consecuente o solución normativa; y además, consecuencia de lo anterior, las reglas de acción pretenden regular la conducta de sus destinatarios excluyendo su propia deliberación.<sup>26</sup> Es decir, que su cumplimiento se da dentro de los parámetros establecidos por Dworkin del todo o nada. Por otro lado, están los denominados principios, dentro de los cuales evidentemente se encuentra el abuso del derecho, así pues, se considera que en “nuestros sistemas no existen únicamente normas de los tipos antes descritos (reglas de acción), sino también otras a las que suele llamarse principios”.<sup>27</sup> A las anteriores normas jurídicas denominadas principios, los iusfilósofos españoles las clasifican en principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas; éstas normas sirven de justificación de las reglas, lo que evidencia lo ya asumido en esta monografía, y es que, dentro de un sistema jurídico moderno fundado en el Estado Social de Derecho, los principios jurídicos juegan un papel de primera categoría, incluso, son ellos el fundamento de todo el ordenamiento jurídico.

---

<sup>25</sup> *Ibidem*. Pág. 16

<sup>26</sup> *Ibidem*. Pág. 17

<sup>27</sup> *Ibidem*. Pág. 18

La anterior función de los principios se complementa con otra, y es básicamente que éstos también establecen pautas de conducta. Es decir, tienen una funcionalidad de regulación de la conducta particular, y el caso que nos atrae, el principio del abuso del derecho, prescribe que dentro de las acciones de interferencia intersubjetiva nadie puede abusar arbitrariamente de sus derechos, y sintetizando con palabras de los autores citados: “Si los ilícitos son conductas contrarias a normas de mandato y éstas últimas pueden ser reglas o principios (...) ¿significa eso que cabe también trazar una clasificación paralela entre los actos ilícitos, según sean contrarios a reglas o principios?”<sup>28</sup>, a tal pregunta los autores españoles responden que evidentemente sí es posible hacer tal clasificación de ilícitos. Sin embargo, tal conclusión sólo es posible debido a la clasificación o diferenciación de los principios sustentada por ellos; entre principios en sentido estricto y normas programáticas, así pues, siendo el abuso del derecho de la primera categoría(principios en sentido estricto), para los autores éste tipo de principios implicaría arribar inevitablemente a aplicaciones desde el nivel de las reglas, y esto es así, básicamente porque tal como fue criticada la teoría de Atienza y Ruiz Manero por Robert Alexy, en últimas, se toman los principios como reglas, así, este autor alemán respecto a la teoría de ver los principios como reglas responde: “Ahora es preciso prestar atención a la objeción que aduce que en todo caso existen algunos principios que tienen el carácter de reglas. Una interesante variante de esta objeción es defendida por Atienza y Ruiz Manero, quienes lo hacen de una manera muy destacable, pues se refieren al ámbito principal de aplicación de la teoría de los principios: los derechos fundamentales.”<sup>29</sup> Y más adelante agrega: “Los principios en sentido estricto, no deben cumplirse en diferente grado, sino sólo pueden seguirse o no seguirse, y por tanto, tienen el carácter de reglas.”<sup>30</sup> Pues bien, sólo en la medida que se acepte esta tesis de que hay principios que funcionan a la manera de las reglas,

---

<sup>28</sup> *Ibíd.* Pág. 25

<sup>29</sup> Alexy, Robert (2003). *Tres escritos sobre derechos fundamentales y teoría de los principios*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Pág. 118.

<sup>30</sup> *Ibíd.* Pág. 119.

puede arribarse a la conclusión de una clasificación entre ilícitos típicos y atípicos, porque de lo que se trata es de sustentar una teoría lo más próxima posible a la teoría predominantemente civil del principio del abuso del derecho, pues, es en esencia lo que pretenden Atienza y Ruiz Manero, y no una teoría que permita ponderar, es decir, colisionar el principio del abuso del derecho y el principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones jurídicas, y en nuestro caso particular, y que es el que nos interesa, en las relaciones de debilidad que surgen de los contratos predispuestos que establecen cláusulas abusivas. Por esa razón, aunque la teoría esbozada por los autores españoles es rica al pretender explicar el abuso del derecho desde la postulación de un sistema compuesto por reglas y principios - así lo afirman- , en últimas, terminan condenando a los principios a su aplicación y entendimiento como reglas, pues como escriben los autores precitados: “En el caso de los principios en sentido estricto se puede determinar que una acción está justificada con independencia del proceso causal, esto es, sin considerar a sus consecuencias; o, en otras palabras, lo que aquí usamos son criterios de corrección que implican una exigencia de todo o nada, en el sentido de que el juicio de corrección no es graduable: una acción o una decisión es o no correcta.”<sup>31</sup> Esta crítica a la teoría civilista de los principios de Atienza y Ruiz Manero fue ya expuesta por investigadores colombianos en lo referente al análisis de los derechos fundamentales como límites a las relaciones entre particulares, así se ha dicho por ejemplo que “Los profesores Manuel Atienza y Ruiz Manero, acerca de la relación del abuso del derecho y de los derechos fundamentales, plantean que no es fácil desprenderse del origen civilista de esta concepción para el campo de los derechos patrimoniales.”<sup>32</sup>

Básicamente lo que los autores españoles proponen es una corrección del derecho desde los principios vistos como reglas (función integradora de los principios), en últimas, es muy poco lo que logran avanzar respecto a otros

---

<sup>31</sup> Atienza. y Ruiz Manero, Op. Cit, Pág. 21.

<sup>32</sup> Arévalo Gaitán, Guillermo Alonso (2007). *Derechos fundamentales y autonomía contractual en Colombia*. Medellín, Librería Jurídica Sanchez R. Ltda, Pág. 63.

autores que los antecedieron como Louis Josserand, quien siguiendo las tesis de Francisco Geny sobre la escuela de libre investigación científica del derecho, ya había destacado dos aspectos para el quiebre del sistema jurídico tradicional que pretenden corregir Atienza y Ruiz Manero, y que son:

1. Se propone corregir el formalismo jurídico, que con la vigencia del silogismo jurídico, intenta mediante la subsunción solucionar los diversos problemas jurídicos.

2. Se propone también el derrumbamiento del mito del absolutismo de los derechos, y singularmente, del derecho de propiedad (Atienza y Ruiz Manero). Sin embargo, una visión más amplia invita a considerar que hay un debilitamiento del concepto del principio de autonomía de la voluntad; principio jurídico que fundamenta el derecho civil o común.

Para Manuel Atienza y Ruiz Manero, “la figura del abuso del derecho surge como una reacción frente a y como una corrección, de estos dos rasgos”<sup>33</sup>. Pues bien, estos dos ataques también fueron fundamento mucho antes de Atienza y Ruiz -lo repetimos- de Francisco Geny con su primer ataque al formalismo; y como receptor de estas teorías de Josserand, al desarrollar la teoría del abuso del derecho, desde los fines sociales de los derechos subjetivos.

Otro punto en la controversia que surge de la teoría de Atienza y Ruiz Manero, hace referencia a la aparición de la figura del abuso del derecho en la medida que haya lagunas axiológicas en el nivel de las reglas, de ahí que nos atrevamos a decir que tal postura evidentemente hace parte de la concepción inescindible entre el abuso del derecho y la su origen en el derecho civil, y específicamente, en el abuso del derecho de propiedad. Esto pone de presente lo que ya se ha expuesto con anterioridad de la categoría simplemente integradora o auxiliar de los

---

<sup>33</sup> Atienza. y Ruiz Manero, Op. Cit, Pág. 35.

principios dentro de un sistema jurídico, tal postura es definida por los autores como sigue: “la noción de laguna axiológica en el nivel de las reglas, que podríamos definir como sigue: Un cierto caso constituye una laguna axiológica en el nivel de las reglas de un ordenamiento jurídico, si las reglas de ese sistema jurídico solucionan el caso, pero sin que dichas reglas consideren como relevante para esa solución una cierta propiedad que, de acuerdo con la relevancia derivada de los principios de ese sistema jurídico, si debiera considerarse como relevante. (...) los supuestos de abuso del derecho pueden ser vistos, así, como supuestos de una laguna axiológica en el nivel de las reglas.”<sup>34</sup>

Lo anteriormente descrito sólo se explica en la medida que no se le da plena autonomía a los principios dentro de un ordenamiento, así, estos derivarían necesariamente como categorías inmersas dentro de una análisis de una regla de permisión. Es decir, sólo interesan a Atienza y Ruiz Manero los ilícitos atípicos que invierten el sentido de una regla: “prima facie existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo, -y en razón de su oposición a algún principio o principios-, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita.”<sup>35</sup>

**1.2.1 Génesis del Abuso del Derecho.** Para algunos autores dentro de los cuales se encuentra Manuel Atienza y Ruiz Manero, el abuso del derecho entendido como principio no pudo ser objeto de análisis por parte de los primeros juristas romanos, básicamente porque, y citando a L.A Warat, el sistema jurídico ideado por los romanos no contendría “una determinación fija de los derechos subjetivos, ya que el derecho pretoriano los amoldaba a las necesidades de la vida real mediante la invocación del fecundo principio de equidad; el órgano llamado a administrar justicia adoptaba permanentemente el sistema normativo a las

---

<sup>34</sup> Ibídem. Pág. 62.

<sup>35</sup> Ibídem. Pág. 27

necesidades de la coexistencia”<sup>36</sup>. Otros rechazan la figura y configuración de la teoría del abuso del derecho (principio) en el derecho romano, ya que, ciertos adagios y proverbios apuntaban en ese sentido, así por ejemplo, se esgrimen: “*Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*( se considera que no causa daño de quien su derecho usa); *nemo damnun facit, nisi qui id fecit quod facere ius non habet* (ningún daño causa salvo él que hace lo que no tiene derecho a hacer); y finalmente la máxima de Ulpiano: *neminem laedit, nemo damnun facit, qui sou iure utitur*( quien usa de su derecho, a nadie perjudica y ningún daño causa)”<sup>37</sup>

No obstante, consideramos que existen razones suficientes para siquiera pensar que si fue posible la aplicación del abuso del derecho dentro del sistema jurídico ideado por los jurisprudentes romanos; ya que es evidente que buena parte de su construcción jurídica fue consecuencia de un enorme esfuerzo por aplicar principios jurídicos de una arraigada filosofía estoica, tal y como fue considerado en capítulos anteriores cuando se hizo referencia a los tres principios que gobiernan el derecho romano. Aunado a lo anterior, y como muestra de la enorme importancia que se le daba a una incipiente aplicación del abuso de los derechos, se tienen no pocos adagios que arrojan luces en este sentido, así por ejemplo, los que defienden la raíz romana del ejercicio abusivo de los derechos, sustentan tal tesitura mediante las siguientes reglas: “ *male enim nostro iure uti non debemus* (no debemos usar mal de nuestro derecho); la máxima de Paulo *non omne quod licet honestum est* (no todo lo que es lícito es honesto)”<sup>38</sup> y junto con estas, también se ha recurrido a la máxima de Cicerón, según la cual el estricto derecho es la suprema injusticia (*súmmum ius, summa iniuria*).

Si bien todo lo anterior es cierto, no lo es menos que sería con la aparición del Código de Napoleón como se desarrollaría con amplitud el abuso del derecho

---

<sup>36</sup> *Ibidem*. Pág. 33.

<sup>37</sup> Rengifo García, Ernesto (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante* (2da Ed.). Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Pág. 38.

<sup>38</sup> *Ibidem*. Pág. 38.

dentro de la práctica jurídica civil o común, y más específicamente, con la elaboración realizada por la jurisprudencia francesa. No obstante, Josserand, quien dio pautas desde la dogmática civil de la aplicación antiformalista de Francisco Geny, con justicia expresó que la práctica jurídica romana fue germen de su elaborada doctrina de la relatividad de los derechos subjetivos, por esta razón Rengifo García, recoge del excelso jurista francés los siguientes apartes de su doctrina y que nosotros replicamos con justeza:

“Los prudentes habían entrevistado y aún realizado en cierta manera los conceptos de la relatividad y del abuso de los derechos, como lo atestigua la máxima *súmmum ius, summa iniuria*. Gayo decía que ya no debemos abusar de nuestros derechos, *male enim nostro iure uti non debemus*, y el propio pretoriano en su conjunto, constituye una reacción de la equidad contra el derecho estricto, del espíritu de oportunidad y de sutileza contra el espíritu geométrico. Solo que parece que los romanos se limitaron en esta obra de humanización y socialización del derecho, a perseguir el dolo y el fraude y a condenar la intención de causar daño; para ellos el acto abusivo inicialmente era el que se cumplía con la intención nociva”<sup>39</sup>

Aún cuando existía tan autorizada voz en la doctrina civil francesa (expresión del primer gran ataque antiformalista con Francois Geny) creemos que están en lo cierto quienes enfatizan, que sólo era posible la aparición de una teoría del principio del abuso del derecho con el surgimiento de la teoría de los derechos subjetivos, propia del Estado Liberal Clásico; contrario a lo que aconteció en el derecho romano, cuyo ideal del derecho era el carácter objetivo, es decir, para los romanos lo importante era “darle a cada quien lo suyo, y no concederle facultades al individuo.”<sup>40</sup> No obstante todo esto, no podemos desconocer, aún cuando sea

---

<sup>39</sup>Ibidem. Pág. 40.

<sup>40</sup> Ibidem. Pág. 41.

paradójico, que hubo un esfuerzo significativo por humanizar y enfrentar el derecho desde la órbita de principios en el derecho de los prudentes romanos.

Como lo enfatizamos, sería sólo con el advenimiento del Estado liberal clásico como se elaboraría una dogmática propia del abuso del derecho; pues en él se da relevancia y primacía a la absolutización de los derechos, el Estado, por tanto, sólo intervenía en la medida de la protección a los derechos consagrados en la ley.

Sin embargo, como de lo que se trata es de encontrar el origen y desarrollo del abuso del derecho, la doctrina coincide en que solo podría surgir y germinar dentro del derecho y ejercicio de la propiedad. Así las cosas, se han identificado dos teorías que serían el antecedente concreto del abuso del derecho. En principio, con la teoría de los actos de emulación; esta teoría explica que los derechos subjetivos, y específicamente su ejercicio, pueden ser utilizados con la intención de causar daño a las personas o a un bien ajeno, por esa razón, su desarrollo se concretó respecto de las relaciones de vecindad, así, cuando el ejercicio del derecho de propiedad no obedecía a razones de utilidad para los propietarios, sino por el contrario, su uso era motivado por el interés de dañar al vecino, se consideraba que había un abuso del derecho de propiedad.

La otra teoría que explica en parte el surgimiento del abuso de los derechos, también circunscrita al derecho de propiedad, es aquella, ya no subjetiva, sino objetiva, denominada teoría de las inmisiones, “según la cual en el ejercicio del derecho de propiedad se permiten las inmisiones normales en el predio vecino, como emisiones de humo, calor, exhalaciones, humores, pero no aquellas que le ocasionan al titular de éste un daño o perjuicio, o mejor dicho aquellas que son superiores a la tolerancia normal.”<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> *Ibidem*. Pág. 43.

Como se podrá concluir, de estas dos teorías esbozadas en precedencia; la teoría de los actos de emulación y la teoría de las inmisiones, ambas se circunscriben en el ejercicio del derecho de propiedad, sin embargo, hay que advertir que hoy, y como respuesta al Estado Liberal Clásico, se acepta que la teoría del abuso de los derechos es una noción compleja, en el sentido de que no sólo tiene implicaciones en el derecho de propiedad, sino que abarca todo tipo de derecho subjetivo. Pues bien, un desarrollo más amplio de la teoría de las inmisiones inspiró la teoría del uso anormal del derecho, que implicó necesariamente que se aceptará la aplicación del abuso del derecho respecto de toda clase de derechos subjetivos, es por esto que se ha dicho que “la teoría del uso normal del derecho, desarrollada inicialmente respecto a las relaciones de vecindad y respecto de los actos de emulación , puede ser reconducida, sin muchas dificultades, al campo del abuso del derecho, deviniendo, por tanto, aplicable o extensible a todos los derechos subjetivos.”<sup>42</sup>

**1.2.2 Doctrinas sobre el Principio del Abuso del Derecho.** Como quedó evidenciado en el capítulo anterior, la primera manifestación expresa de la teoría del abuso del derecho suponía que tal fenómeno se presentaba cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo su titular actuaba con la intención de dañar ya sea a las personas o a sus bienes. Pues bien, quien sistematizó esta concepción del abuso fue el jurista Georges Ripert, para quien como característica esencial de un abuso del derecho se debía presentar una intención dañina por parte del titular de un derecho, es decir, debía presentarse el *animus nocendi*, y como consecuencia de ello, el abuso en los derechos se convertía en una fuente de responsabilidad distinta de la culpa, tal exposición doctrinaria fue sintetizada por Javier Tamayo Jaramillo, para quien “ una cosa es la culpa cometida en el ejercicio de una actividad diaria, la cual genera responsabilidad civil, y otra bien distinta es el abuso del derecho, el que solo existe cuando el individuo se vale de un comportamiento irreprochable, únicamente con la intención de causar daño a

---

<sup>42</sup> Ibídem. Pág. 44.

otro. O sea que mientras no existe la intención dañina en el ejercicio de un derecho, no habrá abuso del derecho”<sup>43</sup>

No obstante, a esta concreción y materialización de la teoría del abuso del derecho bastante ligada con su génesis; no faltarían quienes se opondrían al desarrollo de una teoría abusiva de los derechos, o al menos, que se pueda abusar de algo que es una prerrogativa. Si algo es un derecho, y por tanto, se puede hacer ejercicio de él, no se entiende como su ejercicio puede derivar en abuso. Dentro de tales detractores se encuentra Marcel Planiol, para quien detrás de la teoría existía un problema lógico, en la medida en que si ejercito mi derecho, mi acto es lícito, y cuando mi acto es ilícito es porque obro sin ningún tipo de derecho; en últimas, el abuso del derecho es simplemente la expresión de la responsabilidad civil, por ello no es necesario que se cree un concepto que ya reposaba dentro de la teoría tradicional de la responsabilidad, sobre el punto basta traer a colación a Planiol, quien es citado por Tamayo Jaramillo: “esta nueva doctrina- la del abuso del derecho- reposa toda ella sobre un lenguaje insuficientemente estudiado; su formula uso abusivo de los derechos, es una logomaquia, porque si yo uso de mi derecho, mi acto es lícito, y cuando es ilícito, es porque yo sobrepaso mi derecho y yo actuó sin derecho. No hay pues que dejarse engañar por las palabras; el derecho cesa donde el abuso comienza, y no puede haber uso abusivo de un derecho cualquiera por la razón irrefutable de que un único y mismo acto no puede estar a la vez conforme con el derecho y contrario al derecho.”<sup>44</sup>

Contrario a autores como Ripert y Planiol, los hermanos Mazeaud y André Tunc, consideran, en una posición ecléctica, que no hay que rechazar la posibilidad de un abuso de los derechos, pero en últimas, convienen en que tal teoría se fundamenta en la culpa o el dolo, y por tanto, ingresa dentro de los terrenos de la

---

<sup>43</sup> Tamayo Jaramillo, Javier (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil*, Bogotá, Legis. Tomo II. Pág. 590.

<sup>44</sup> *Ibidem*. Pág. 588

responsabilidad por el hecho propio<sup>45</sup>. Sin embargo, explican que el abuso del derecho, si bien lo hay, es una culpa cometida en ejercicio de ese derecho, luego es posible que consista dicha culpa en la intención de perjudicar (Ripert), en cuyo caso será delictual; pero puede “resultar igualmente de una simple imprudencia o negligencia, caso en el cual existe culpa cuasidelictual.”<sup>46</sup>

Como conclusión de esta teoría se “destaca (...) que el abuso derecho no sería una fuente autónoma de obligaciones sino que se le ubicaría dentro de la categoría general de culpa, es decir, como manifestación de la culpa y no como acto independiente de ésta. Se abusa del propio derecho siempre que se incurre en una culpa en su ejercicio, definida la culpa según los criterios tradicionales.”<sup>47</sup>

Uno de los paradigmas dentro del derecho civil, que siguió de cerca el primer ataque antiformalista al derecho realizado por Francisco Geny, fue sin duda Louis Josserand, quien se destacó como el padre de la teoría funcional del abuso del derecho que se impregnó fundamentalmente de su concepción relativa de los derechos. Josserand plantea que existe un dogma de una supuesta absolutización de los derechos, que no es sino el resultado del exagerado individualismo, propio del estado liberal clásico; por ello resulta interesante ubicar la teoría del principio del abuso del derecho dentro del universo jurídico de Josserand, al respecto expresa:

“Si hubiéramos de creer en un perjuicio tenaz, los derechos subjetivos podrían ser ejercitados por sus titulares discrecionalmente, en toda ocasión y con cualquier objeto, con toda impunidad. Tanto peor para quien resultara lesionado por esa utilización de prerrogativas de supuesta intangibilidad; el autor del daño responderá al demandante: *feci sed jure feci*; os he causado un daño, pero tenía yo derecho a ello, no os debo ninguna reparación; *dura lex, sed lex*; este es el

---

<sup>45</sup> Ibídem. Pág. 591

<sup>46</sup> Rengifo García, Op. Cit., Pág. 49

<sup>47</sup> Ibídem. Pág. 49

concepto del absolutismo de los derechos que ha recibido en Francia un esfuerzo poderoso gracias a la Declaración de los Derechos del Hombre; el derecho revolucionario está marcado con la huella de un exagerado individualismo; considera al hombre como un fin que se basta a sí mismo más que como un elemento de la colectividad; como un individuo más bien que como célula primaria de la sociedad.”<sup>48</sup>

Con estas pocas palabras Josserand enteraba a la comunidad jurídica de la importancia de la nueva directiva sobre la relatividad de los derechos, es decir, la antítesis de la absolutización de los mismos ampliamente definida y defendida por la dogmática civil clásica. Para Josserand, por tanto, los derechos subjetivos tienen una función social fundamental, es decir, se conciben con una finalidad que los justifica; “cada uno tiene su razón de ser, su espíritu, del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar; no pueden ser ejercitados sin más ni más, sino a sabiendas para un fin legítimo y por razón de un motivo legítimo”<sup>49</sup>

Es por lo anterior que la utilización verdadera de los derechos consiste en hacer coincidir el espíritu o fin social de éstos, con los móviles legítimos; una utilización contraria a este postulado configura necesariamente un abuso de los derechos.

Aún cuando no hay duda de lo encomiable de la teoría de Josserand, y como lo importante en nuestra monografía, es establecer los mecanismos o reglas de interpretación que surgen de la utilización del abuso del derecho, en tratándose de cláusulas abusivas en contratos predispuestos, conviene precisar que la elaboración doctrinaria realizada por este jurista francés que tanto impulso dio a la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de 1936 o Corte de Oro, se

---

<sup>48</sup> Josserand, Louis (2008). *Teoría General del derecho*. Bogotá, Leyer. Pág. 159.

<sup>49</sup> *Ibidem*. Pág. 160

concreto en una utilización del principio como mecanismo auxiliar del derecho, es decir, se destacó una univocidad funcional ( integradora del ordenamiento), así que, aún cuando Francisco Gény haya promovido el primer ataque al formalismo jurídico y a la absolutización de los derechos, su teoría solo aplica en defecto de la ley, es un rescate de los principios (abuso del derecho), ante las dificultades y deficiencias de la exégesis.

Como se puede observar hay cierta empatía, sino una clara coherencia; entre la teoría de los ilícitos atípicos desarrollada por Manuel Atienza y Ruiz Manero, con esta construcción jurídica del abuso del derecho de Josserand, pues queda en evidencia que ambos son un ataque al formalismo jurídico y a la doctrina de los derechos absolutos<sup>50</sup>; y además, ambas son un recurso subsidiario y de auto corrección del derecho cuando del accionar permisivo se desconectan la función social de los derechos(regla), o en el caso de Atienza y Ruiz Moreno, cuando existen lagunas axiológicas en el nivel de las reglas. Así, para nosotros la “función social de los derechos” y “lagunas axiológicas en el nivel de las reglas” son una y la misma cosa. Por ello, defendemos que la construcción teórica de los ilícitos atípicos es en la teoría jurídica, lo que se conoce dentro del derecho civil de avanzada, como el abuso del derecho como fuente autónoma de obligaciones.

Últimamente se ha pregonado que el abuso del derecho es fuente autónoma de las obligaciones; y que escapa al margen del contrato y del delito, de la responsabilidad contractual y extra contractual. Es decir, que las obligaciones surgen “no solo cuando se viola una norma específica o el deber abstracto o regla de conducta de no causar daño a nadie, sino también cuando se viola un principio general del ordenamiento”.<sup>51</sup> Por esta razón, el autor citado trae a colación el

---

<sup>50</sup> Hernández Velasco, Héctor Elías (2009). *El abuso del derecho en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. 1935-2009*. Trabajo de Grado, Escuela de Derecho y Ciencia Política, Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho, Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia. Pág. 70.

<sup>51</sup> Rengifo García, Ernesto (2003). El abuso del derecho como fuente autónoma de las obligaciones. En: *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Pág. 113.

principio general de enriquecimiento sin causa, que sin dejar de ser principio, es tratado como fuente autónoma de las obligaciones, diferente pues al resto de ilícitos típicos.

Para Rengifo, aún cuando existe el peso de la tradición, la otra dicotomía que se ha planteado, tratando de establecer si el abuso del derecho es parte de la responsabilidad contractual o extracontractual debe ser replanteada, ya que el abuso del derecho existe como modalidad de responsabilidad independiente, que debe ser estudiada y entendida con la máxima autonomía, pues el marco conceptual con que se aplica tal responsabilidad no es suficiente<sup>52</sup>, y no es suficiente, básicamente porque el abuso del derecho es un ilícito atípico; que entre otras cosas se presenta cuando la conducta no es acorde con un principio jurídico, y esto se entiende, si tenemos en cuenta que las modalidades de responsabilidad contractual y extracontractual pertenecen a los denominados ilícitos típicos, que poseen un desarrollo dentro de las reglas que establece el código civil.

La anterior postura es explicada por Rengifo en el sentido de que nuestra Jurisprudencia ha sostenido en reiteradas ocasiones que el abuso del derecho es una modalidad de la responsabilidad aquiliana o extracontractual, pero por fortuna, los máximos tribunales han venido admitiendo la tesis consistente en que es posible el abuso del derecho en el campo de los contratos como fuera de ellos (Extracontractual). Para el autor, como se observa “si cabe en ambas esferas de la responsabilidad, es lógico pensar que el abuso del derecho es algo más o algo diferente de la responsabilidad contractual y extracontractual y, por tanto, debe merecer un tratamiento autónomo o independiente como fuente de las obligaciones en la medida en que trasciende los ámbitos o esferas tradicionales de la responsabilidad civil”<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Ibídem. Pág. 109

<sup>53</sup>Ibídem. Pág. 110.

Por esa razón es que creemos con el autor, que la independencia y autonomía antes mentada del abuso del derecho sólo se explica si tal es un ilícito atípico, y por tanto, resulta lógico establecer una separación entre la responsabilidad contractual, la responsabilidad extracontractual, y aquella que surge del uso abusivo de los derechos, pues como lo sintetiza Rengifo “el daño que se produce con el abuso del derecho no es ni contractual ni extracontractual, sino que se deriva del ejercicio abusivo o excesivo de un interés jurídicamente protegido”<sup>54</sup>

En síntesis, de la propuesta que venimos desarrollando, y que es presentada con nitidez por Rengifo García, se concluye:

1. El abuso del derecho es fuente autónoma de las obligaciones, por cuanto es una ilicitud atípica (Atienza), con elementos genéticos y conceptuales propios que lo distancian de los normales hechos ilícitos o antijurídicos (Josserand).
2. El abuso del derecho existe tanto en el campo contractual como extracontractual.
3. El abuso puede existir con culpa o sin ella (teoría funcional).
4. Porque surge la pregunta de si existe dificultad dogmática para darle trato independiente y autónomo, al igual que se le da al enriquecimiento sin causa.
5. Porque hay abundante material jurisprudencial que sirve de soporte argumentativo para elevar el abuso del derecho a fuente autónoma de las obligaciones<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup>Ibíd. Pág. 110.

<sup>55</sup> Ibíd. Pág. 112

Con apoyo en las precedentes consideraciones conviene advertir que las anteriores teorizaciones del abuso del derecho surgieron como necesidad de integrar el derecho, es decir, sirven como pauta de cierre ante la falta de regulación de las conductas abusivas. Por esto, se ha dicho con autoridad que “como ejemplos de los principios integrativos, podemos traer a cuento las magníficas construcciones jurisprudenciales de nuestra Corte Suprema de Justicia, entre los años 1935 a 1940 (la llamada Nueva Corte)”<sup>56</sup>, y es que, dentro de tales construcciones se encuentra precisamente el abuso del derecho. Pues bien, que estos principios sean fuente integradora del sistema, o que sean pautas de cierre ante la impotencia del derecho escrito, es lo mismo que establecer que los principios sirven como pauta de autocorrección del sistema o como lo explica Atienza: “La existencia de los ilícitos atípicos obedece a una necesidad de coherencia del sistema jurídico: se trata de que se produzca un ajuste entre las reglas y los principios”<sup>57</sup>

**1.2.3 El Artículo 8 de la Ley 153 de 1887 o la Discusión del Papel de los Principios en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.** A continuación abordaremos el estudio del artículo 8 de la ley 153 de 1887, no sin antes advertir que será éste artículo y sus interpretaciones, el que develará la forma como se ha asumido el papel de los principios dentro del ordenamiento jurídico colombiano; conviene, por tanto, comenzar estableciendo el tenor de la disposición en cita:

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

En adelante, nos atendremos a la construcción teórica y pedagógica elaborada por Diego Eduardo López Medina, quien considera que de la interpretación de este

---

<sup>56</sup> Valencia Restrepo, Op. Cit., Pág. 91

<sup>57</sup> Atienza. y Ruiz Manero, Op. Cit., Pág. 126

artículo se pondrá a la luz el esquema de las normas divididas en reglas y principios. Sin embargo, en él como se deduce de su texto, los principios o “reglas generales de derecho” cumplen un papel de segundo orden dentro del sistema jurídico, y en últimas, no se asume una visión bifronte de las normas -como aquí lo sostenemos-, sino que las normas son las reglas, es decir, la expresión del derecho positivo y el formalismo. Y es así, básicamente porque los principios surgen inmediatamente de las reglas mediante la *analogía iuris*, de modo que no poseen una estructura y naturaleza propias, las reglas generales del derecho son entendidas y asumidas con la naturaleza de las reglas, o la ley, para ser más explícitos. Nosotros asumimos que regla y principio son entidades distintas; que los principios son el fundamento de las reglas y de la ley, y no al contrario. La primera interpretación que se realiza del artículo 8 de la ley 153 de 1887, la realizaron los tratadistas clásicos del derecho civil, para López Medina, esta forma de concebir el artículo está fundamentada en el conceptualismo alemán y en la exégesis, expresada en las obras de juristas clásicos como Champeau, Uribe y Claro Solar.<sup>58</sup> Como nota esclarecedora utilizaremos un esquema gráfico modificado, en lo que tiene que ver con los principios generales del derecho del elaborado por el iusteórico colombiano.

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

- Son entendidas como principios o conceptos de derecho privado que se inducen por analogía
- Constituyen “principios de legislación” que dan sentido a las reglas.
- Buscan dar coherencia, y cerramiento del sistema.

<sup>58</sup> López Medina, Diego Eduardo (2002). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Legis. Pág. 303.

La segunda Ola interpretativa del precitado artículo de la ley 153 de 1887, corresponde a una interpretación de carácter público-constitucional resultante de la preocupación del liberalismo por rescatar el pluralismo político como consecuencia de la hegemonía del conservadurismo. Este período López Medina lo ubica entre 1887 a 1910. Es decir, el artículo 8 fue utilizado particularmente como escudo político del liberalismo que quería darle importancia suficiente a la “doctrina constitucional” que el artículo consagra, por ese motivo, no fue mucho el avance respecto a las “reglas generales del derecho”.

ART. 8 Ley 153 de 1887:

“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicaran las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y **las reglas generales del derecho.**”

- Permanecen los conceptos de la pandectística.
- La propiedad y los contratos eran protegidos por la misma concepción clásica que buscaba coherencia.<sup>1</sup>

La tercera Ola en la concepción del artículo coincidió con el primer ataque antiformalista al derecho positivo liderado por Francisco Geny. Para López, este periodo va desde 1937 a 2000, y lo caracteriza como una etapa en que “se había olvidado dicha norma y, en consecuencia, se había convertido en un artículo durmiente sin que se comprendiera su verdadero potencial”<sup>59</sup>, sirvió pues, como un ataque a las deficiencias del derecho entendido como reglas, se trato por tanto, de moderar mediante el uso judicial de la norma “los excesos del fetichismo de la ley escrita que Gény y sus seguidores tanto criticaron.”<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> *Ibidem*. Pág. 305.

<sup>60</sup> *Ibidem*. Pág. 305.

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

- Se crearon contra -principios que buscan la moralización y socialización del código.
- No se utiliza la analogía iuris para encontrar los principios, sino la libre investigación científica de Gény.
- Los principios se intuyen (iusnaturalismo de F. Gény) Los principios se suponen dados por la experiencia, la razón y la conciencia de la persona.
- De todas formas aún cuando tienen cierta autonomía, son criterio integrativo del sistema.

Conviene traer a colación en lo que nos interesa; los contra-principios que Gény y las demás fuentes teóricas que lo recepcionaron (Ripert, Josserand, Etc.) elaboraron para llevar a cabo su doble ataque al formalismo jurídico y a la absolutización de los derechos subjetivos. Así pues, pueden rescatarse los siguientes:

#### **PRINCIPIOS CLÁSICOS**

- Vida comercial forzada en los marcos de los contratos tipificados por el derecho romano y la ley.
- Postulación de derechos absolutos. Autonomía de la voluntad.
- Inexistencia de la noción de abuso del derecho. (Planiol).

#### **PRINCIPIOS MODERNOS**

- Aumento de la aceptación y estudio dogmático de los contratos típicos.
- Postulación de las nociones de derechos relativos.
- Posibilidad de abusar de los derechos.

Pues bien, esta construcción antipositivista y antiformalista creada y comandada por Francisco Gény, fue objeto de recelo, cuando, como consecuencia de las guerras mundiales y la inusitada hipertrofia del Estado; caracterizada por el papel activo que estos iusteóricos (Josserand, Ripert, Geny) demandaban de los jueces (Corte de Oro), se desconfió en el hecho de acudir a otras ciencias para desentrañar las deficiencias del positivismo clásico; los constantes abusos de acudir a principios por fuera de los márgenes del derecho legislado (iusnaturalismo); el combate a idealismos totalitarios (fascismo y comunismo), dio como resultado que ese ataque antiformalista durara tan sólo un par de décadas; de modo que aparecieron teóricos que pretendían rescatar el positivismo ante el peligro de un iusnaturalismo contaminado. Es precisamente después de este periodo, cuando aparece en el debate teórico del derecho la figura de Hans Kelsen, quien daría un vuelco total, y revitalizaría el derecho positivo; para López Medina la “recepción local del positivismo kelseniano produjo la estabilización del clasicismo como forma básica de conciencia jurídica local”<sup>61</sup> por esa razón el autor colombiano denomina a esta avanzada positivista como neoclasicismo, de ahí que se abandonaran las construcciones teóricas heredadas del antiformalismo de Francisco Gény.

Con todo, la construcción teórica de Hans Kelsen, también sufrió fisuras como consecuencia, del excesivo formalismo en que terminó convertida su ciencia del derecho, así, como ejemplo de esta insatisfacción, se cita comúnmente la desconfianza que generó un derecho concebido exclusivamente de reglas, así pues, “de acuerdo con la ontología positivista extraída de Kelsen, se sostiene que el derecho está constituido por reglas positivas vigentes y no por principios jurídicos inducidos, deducidos o presupuestos, esta posición significa que los jueces y abogados debían centrar su habilidad argumentativa en un nivel relativamente bajo de abstracción.”<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> *Ibidem*. Pág. 399.

<sup>62</sup> *Ibidem*. Pág. 408

Por todo lo anterior, el ataque, quizá definitivo del antiformalismo jurídico, surgió a comienzos de la década de los noventa, como consecuencia de la relevancia material que adquirieron las constituciones, y además, como resultado de nuevas discusiones teóricas que pusieron la atención en el debate de los derechos fundamentales que son básicamente principios. Este nuevo ataque como lo precisamos, es la última ola respecto del valor de los principios, y por tanto, de la concepción del Art. 8 de la ley 153 de 1887.

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

- Deben obedecer la doctrina constitucional.
- Se inicia proceso de constitucionalización del derecho privado.<sup>1</sup>

Esta nueva generación de críticos antiformalistas se preocuparon por el desprecio de los positivistas por el contenido moral y político del derecho, así como por la importancia que se le prestaba al ideal de justicia<sup>63</sup> en que consistía el derecho; ya no consideraban el derecho como ley, sino derecho como justicia; se preocuparon igualmente por explorar el razonamiento y la argumentación jurídica, sin pretender encontrar todas las respuestas en el derecho legislado, y algo muy importante, manifestaron que las normas constitucionales impregnaban todo el derecho. Para completar el anterior esquema López Medina expone los temas centrales de esta nueva táctica y ataque contra el positivismo y el antiformalismo, sobre el particular expone:

---

<sup>63</sup> Ibídem. Pág. 409

“Considerando los antecedentes descritos, es interesante ver como gran parte de la controversia iusteórica en Colombia que se inicio en los años noventa ha girado alrededor de: el papel que debe jugar la rama judicial y, muy especialmente, la Corte Constitucional dentro del sistema jurídico y político; la proporción en la que el sistema jurídico está conformado por reglas y principios y, en consecuencia, la validez en la argumentación de mecanismos de subsunción de hechos en reglas o de ponderación de intereses o derechos en conflicto; la naturaleza de los principios jurídicos (si se acepta su existencia); y finalmente, la derrotabilidad de las reglas legislativas a través de principios y derechos fundamentales. (...) y bajo todo este cambio jurídico y teórico, estaba la idea de que la Constitución brindaba principios generales, pero directamente justiciables, que eran aplicables tanto al litigio común, como al constitucional.”<sup>64</sup>

Luego de expuestas las características presentes en los Principios Jurídicos, y demostrado su papel fundamental dentro del escenario de la discusión jurídica, el segundo capítulo se dedicará de lleno al análisis de la figura del Contrato predispuesto, de modo que hallaremos la aplicación del principio del abuso del derecho cuando se establecen cláusulas abusivas en este tipo de relaciones particulares.

---

<sup>64</sup> *Ibidem*. Pág. 412.

## 2. EL CONTRATO PREDISPUERTO

El presente apartado pretende establecer una categoría de contrato *sui generis* que, frente a la moderna globalización de las relaciones económicas, en las que las economías de escala hacen imperioso un modelo de producción catalizado por la técnica y el consumo, de modo que el contrato o su “figura iuris” han venido perdiendo pausadamente su estructura tradicional, volviéndose cada vez más imposible la negociación o el debate libre de los términos del contenido del mismo. Es, básicamente, una acompasada demostración de aquella tesis según la cual, de acuerdo al carácter de las relaciones de producción, corresponde una determinada estructura jurídica. Así, el derecho materializa las necesidades del proceso de producción. Un modelo económico neoliberal y de pretendida globalización exige, por tanto, la creación de tipologías y herramientas jurídicas que protejan la manifestación de las relaciones de producción. Sin embargo, ya no se trata sólo de estructuras jurídicas dirigidas a la protección de los intereses de una clase privilegiada sobre otra, en una visión Marxista y Sociologista del derecho; en la regulación de los intereses de la burguesía. Hoy por el contrario, el derecho es un recurso que no sólo pretende la regulación de intereses explícitamente clasistas; también sirve para justificar otro tipo de relaciones o si se quiere, sub-relaciones que surgen del mismo modelo económico. En el punto específico, nos interesan las regulaciones jurídico-económicas que surgen con los destinatarios del sistema de producción, es decir, los consumidores.

Lo anteriormente descrito explica por qué la masificación de la producción de bienes y servicios, exige hoy otro tipo de estructura contractual, de modo que el cambio no es solo respecto a la forma de la manifestación del contrato, sino también sobre su contenido y la forma de expresión de la voluntad. Pues bien, las modernas relaciones económicas surgidas entre productores de bienes y servicios, y los consumidores, requirieron de la utilización de la *figura iuris* del contrato predispuesto, ya que, en una pretendida y anhelada globalización, es

imposible que se realice por parte de los participantes del contrato, un debate serio sobre el contenido y los alcances del contrato moderno. Es decir, la igualdad comercial (pretendida justicia del contrato) que predicaban los doctrinantes del derecho común se hace cada vez más nugatoria, sino imposible, debido a los requerimientos económicos competitivos, que exigen el menor costo no solo en las relaciones de producción (burgués y proletario, o modernamente empresario y trabajador), sino también en las relaciones que surgen en la distribución de los bienes y servicios que se producen (empresario-consumidor).

La autonomía de la voluntad de las partes, conquista filosófica del derecho civil clásico heredero del liberalismo económico, era y se entiende aún, como una manifestación de la igualdad que surgía en el ámbito de los contratos. Así, la libre autonomía de la voluntad, materializa la igualdad requerida del contrato clásico.

No obstante, ante las vicisitudes antes expuestas fue evidente que debía justificarse jurídicamente la desigualdad entre consumidores y productores o empresarios, de ahí que se haya recurrido a la figura del contrato predispuesto. Esta tipología contractual se define como aquel negocio jurídico, que surge de la predisposición o establecimiento unilateral por parte del empresario del contenido del referido contrato, de modo que las obligaciones que surgen son consecuencia de la imposición de las normas que rigen el contrato, y ello básicamente como respuesta a la masificación de la producción y distribución de los bienes y servicios que son objeto del contrato, y que hacen imposible la negociación particular del contenido y forma del mismo.

Del anterior concepto, es importante advertir que la predisposición de las cláusulas no le quita la categoría de contrato a este “acuerdo de voluntades”, y esto básicamente se ha justificado con el argumento de que la aceptación de las cláusulas, es ya una manifestación suficiente de la voluntad que permite delinear un contrato. Además, queda claro que el contrato predispuesto surge como consecuencia de una relación de poder, en que una parte débil acepta las

cláusulas del contratante fuerte. Es decir, en este tipo de contrato se le da plena preponderancia y aplicación al principio de la autonomía de la voluntad, de modo que éste -quede sentado desde ya- es el principio fundamental e imperativo que justifica el contrato predispuesto.

Se ha dicho que la autonomía de la voluntad, como principio, ha venido siendo objeto de limitaciones, debido a la necesidad de la justicia en las relaciones privadas. Sin embargo, en este punto particular de la contratación predispuesta se ha revitalizado y surge ante el derecho de los contratos en particular, y de las obligaciones en general, en su plena manifestación. El concepto de autonomía de la voluntad comprende hoy en el ámbito de la contratación:

1. Establecer con quién se contrata.
2. Escoger la figura iuris.
3. Obrar personalmente o valiéndose de un intermediario.
4. Escoger el medio o la forma de expresión.
5. Determinar libremente el contenido del contrato, o mejor, ejercer la libertad de configuración interna del contrato.<sup>65</sup>

En el contrato predispuesto todos estos ámbitos comprensivos de la autonomía de la voluntad pueden verse influenciados por el contratante fuerte de la relación económica, porque, como lo habíamos expresado, el contrato predispuesto surge necesariamente de una relación de poder; y hoy puede afirmarse que incluso el primero de los ámbitos mencionados se pone en entredicho, porque las relaciones monopólicas y la necesidad de tomar el bien o el servicio limitan la escogencia del contratista.

No obstante lo anterior, para efectos de abarcar con amplitud el concepto de contrato predispuesto, debe advertirse que a tal concepto corresponden dos tipos específicos que poseen diferencias sustanciales, pero que tienen como lugar

---

<sup>65</sup> Rengifo García, Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Op. Cit., Pág. 189.

común el hecho de la predisposición del clausulado. Estos tipos específicos son el contrato de adhesión y las condiciones generales de contratación, que han venido teniendo desarrollo diferencial dentro de la doctrina de los contratos. Por tal motivo, abrazamos tal división conceptual que pasamos a desarrollar.

## 2.1 EL CONTRATO DE ADHESIÓN

Se ha dicho por parte de la doctrina que el contrato de adhesión o dicha categorización, pertenece propiamente a la dogmática civil y comercial francesa, y más específicamente “fue utilizada por primera vez por el jurista francés SALLILLES en su obra de la Déclaration de Volonté”.<sup>66</sup> Rengifo trae a colación al precitado ius privatista francés, y en nota que rescatamos dice:

“Indudablemente hay contratos y contratos (...) que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica esta aún 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 contratantes actuando como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya sólo a un individuo, sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes desean aceptar su *Lex Contractus* y entrar a formar parte del acuerdo ya creado por sí mismo.”<sup>67</sup>

De lo preceptuado anteriormente se desprende que el hecho inmediato de darle preponderancia a la fuerza con que uno de los contratantes irrumpe en el mercado, ha traído como consecuencia la discusión tanto en el derecho francés como en el derecho colombiano, sobre el tratamiento jurídico que merecen este tipo de contratos de adhesión.

---

<sup>66</sup> *Ibidem*. Pág. 193.

<sup>67</sup> *Ibidem*. Pág. 193

Se ha tratado de explicar su naturaleza acudiendo a la teoría del acto unilateral, que se desprende en el caso específico debido a la imposición de uno de los contratantes del clausulado del “acto”. Por otro lado, hay quienes, sin desconocer sus peculiaridades y especificidades, no desdican de la condición de contrato frente al referido fenómeno. Así pues, “frente a dicha disyuntiva la jurisprudencia se orientó en el sentido de que se trata realmente de un contrato”<sup>68</sup>

Sobre el punto anterior se destacan los desarrollos jurisprudenciales que reconocen la importancia de la noción y configuración de este tipo de contratos dentro del desarrollo de las relaciones económicas modernas, sobre este punto precisó la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia:

“Pese a los cuestionamientos que, en lo relativo a la autonomía de la voluntad y al equilibrio negocial, entre otros aspectos, pueda suscitar **la contratación ajustada mediante la adhesión a estipulaciones predispuestas**, es innegable que irreductibles factores de índole económico la han consolidado como una modalidad característica de las operaciones jurídicas contemporáneas. En efecto, el inusitado incremento de la producción derivado del tránsito de la manufacturación artesanal a la industrial trajo consigo la necesidad de ofrecer, con la mayor eficacia y al menor costo posible, los bienes y servicios producidos, de manera que la distribución a grandes escalas impuso la negociación en masa, al punto que los modelos de mercado prescindieron de los tratos individuales y de la intervención de personas con poder de negociación del contenido del acto jurídico y, en su lugar, surgió el contrato de adhesión caracterizado porque el empresario predisponente somete a consideración del potencial cliente un reglamento convencional inmodificable al cual queda vinculado por la mera aceptación.

En ese orden de ideas, las condiciones generales se enderezan a posibilitar la contratación masiva minimizando los costos de la operación; desde luego que los formularios rígidos e inmodificables simplifican de tal modo el proceso, que es viable ajustar, con la intervención de un reducido número de agentes y en poco tiempo, una gran cantidad de negocios; amén que le permiten al predisponente

---

<sup>68</sup> Cárdenas Mejía, Juan Pablo (2007). Justicia y abuso contractual. En: *Los contratos en el derecho privado*. Bogotá, Universidad del Rosario. Pág. 697.

planificar sus recursos y técnicas de producción y distribución, en cuanto puede prever los términos de la negociación, las responsabilidades que asume y los beneficios que obtendrá, a la vez que podrá organizar de modo eficiente su actividad.

Empero, es evidente que esas ventajas se ven ensombrecidas por las potestades que, igualmente, recaen sobre el empresario, quien, amparándose en la inflexibilidad de las cláusulas, en el escaso o nulo espacio para la negociación, podrá, así mismo, mejorar injustificadamente su posición contractual, ya sea desplazando cargas, riesgos y obligaciones hacia los clientes o arrogándose derechos y facultades irritantes; en fin, tratando de maximizar sus beneficios en detrimento del adherente. Tan preocupante es esta situación que no es de extrañar, como acontece en el contrato de seguro, que sea menester la intervención de la autoridad administrativa correspondiente, encaminada a poner coto a las atribuciones del proponente.”<sup>69</sup>

Es sin duda notable que otro *quid* que presentan este tipo de contratos, hace relación al tratamiento jurídico que merecen, y ello como consecuencia precisamente de sus particularidades y notables diferencias con los contratos tradicionales, por ello se ha insistido si merecen un tratamiento especial.<sup>70</sup> A tal punto que parte importante de la “doctrina y jurisprudencia respondió que salvo los contratos respecto de los cuales el legislador estableció una regulación especial (seguros, transporte), los contratos de adhesión se sujetan al derecho común, en el cual por lo demás, existe un regla que les es particularmente aplicable que impone, en última instancia, interpretar las cláusulas ambiguas en contra de quien los redacta.”<sup>71</sup>

Sin lugar a duda que el aspecto más trascendental a la hora de estudiar el fenómeno contractual por adhesión, es el control que merece este tipo de negocios jurídicos *sui generis*, y ello, básicamente por dos situaciones: 1) es posible que el desarrollo del clausulado del contrato de adhesión establezca

---

<sup>69</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 4 de noviembre de 2009, Sala de Casación Civil, M.P Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. Exp. 11001 3103 024 1998 4175 01.

<sup>70</sup> Cárdenas Mejía. Justicia y abuso contractual. Op. Cit., Pág. 697.

<sup>71</sup> *Ibidem*. Pág. 697.

cláusulas ambiguas u oscuras que requieren de un específico tratamiento interpretativo, que las mas de las veces, requieren exclusivamente de la utilización de criterios hermenéuticos clásicos derivados de la parte pertinente del Código Civil, y de la teoría de la prueba civil, y 2) es común que dentro de las cláusulas del contrato por adhesión, como consecuencia de la relación de poder se abuse del derecho, y se establezcan cláusulas abusivas que desnaturalizan, sin lugar a dudas con mayor radicalidad este tipo de contrato predispuesto.

Sin embargo, hay que advertirlo, es normal que cuando se intenta explicar la forma de desatar las controversias que generan las cláusulas abusivas, se acuda a criterios propios de la interpretación civil de los contratos, desconociendo que de acuerdo a las condiciones fácticas y jurídicas es posible que tales clausulados conculquen derechos fundamentales o principios constitucionales.

Conviene antes de seguir, dejar sentado que el principal problema que surge del fenómeno contractual adhesivo -se reitera- es la importancia que ha adquirido distinguir el tipo control que merecen tan particulares clausulados, de ahí que se haya dicho que por “exigencias de la contratación en serie propia del consumo de masas; las condiciones o cláusulas del contrato son redactadas unilateralmente por el empresario o profesional predisponente, y puede imponerlas al adherente, que no tiene opción real de rechazarlas o negociar su contenido si quiere obtener el producto o servicio. Por ello, lo “normal” es que el contenido de estos contratos sea claramente favorable para el predisponente, realizando una distribución de derechos y obligaciones claramente desfavorable para el consumidor al desplazar hacia él riesgos y obligaciones. Con frecuencia el consumidor o adherente ni siquiera conoce las cláusulas, por no leerlas o por no disponer de ellas. Pero una vez que el adherente pone su firma, acepta el contrato y queda vinculado por lo “pactado”, viéndose atrapado por situaciones poco racionales o claramente injustas. Ahí es donde interviene la ley, para reconocer que estamos ante contratos muy diferentes a los tradicionales, para los cuales no sirve la lógica

contractual clásica, siendo necesarios controles y medidas de protección del adherente.”<sup>72</sup>

## 2.2 LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACION

Si bien anunciamos que la teoría del contrato por adhesión fue elaboración de la doctrina francesa, en lo que hace a las llamadas condiciones generales de contratación, estas tuvieron como desarrollo el derecho civil alemán. Al respecto, se han identificado con claridad los elementos que distinguen este tipo de clausulado; así, se han precisado tres elementos:

- a. Predisposición por una de las partes.
- b. Ausencia de negociación individual.
- c. Estar destinadas a una pluralidad de contratos.<sup>73</sup>

En cuanto a la primera característica, no interesa a los efectos de configurar el respectivo contrato que las cláusulas predispuestas no hayan sido redactadas por el empresario, lo que interesa es que exista la mentada predisposición.<sup>74</sup> Respecto al segundo de los elementos, es de la esencia de este tipo de condiciones el que sean impuestas, de modo que su negociación implica que pierdan la naturaleza de condiciones generales.

Ahora bien, conviene a efectos de desatar correctamente el fenómeno de las condiciones generales de contratación advertir que estas son básicamente el resultado de la contratación en masa, que se exige actualmente como consecuencia de esquemas negociales y económicos que precisan de la

---

<sup>72</sup> Martín Pérez, José Antonio (2007). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión: mecanismos de defensa del adherente. En: *Regulación financiera y bursátil y derechos del consumidor*. Medellín, Editorial Diké. Pág. 27.

<sup>73</sup> Rengifo García, Ernesto. El abuso del derecho como fuente autónoma de las obligaciones. Op. Cit. Pág. 194

<sup>74</sup> *Ibidem*. Pág. 195.

necesidad del ahorro de costos y de tiempo<sup>75</sup>; de la imperiosa necesidad, por tanto, de dar tratamiento igualitario a los adherentes de este tipo de clausulado. En fin, el nacimiento de las condiciones generales de contratación es una exigencia tanto jurídica como económica.

Rengifo, pone de manifiesto que a sistemas de producción en masa corresponden, inevitablemente sistemas contractuales masivos, por tanto, el primer argumento del surgimiento de estos esquemas de negociación es que, es imposible que una economía moderna y globalizada permita negociar todo contrato individualmente, igual a como sucedía tradicionalmente, para ello, se requieren tantos vendedores como consumidores haya, y sería además preciso que tuvieran suficientes herramientas para cerrar tratos, lo que conduciría a pérdida de tiempo, y elevados costos que se sumarían a los de producción.<sup>76</sup>

Sin embargo, junto a las razones de costos y tiempo, también se ha esgrimido otro fundamento, que pertenece concretamente al ámbito de lo jurídico, se ha dicho básicamente que “para la validez de las condiciones generales de los contratos es el argumento de la libertad de iniciativa económica, reconocida en los textos constitucionales. Se razona que, puesto que la contratación es la forma básica de actuación del mercado, la libertad de iniciativa debe incluir el derecho de planificar los términos en que se desea contratar, dándoles un contenido homogéneo y predeterminado”.<sup>77</sup>

A efectos de tener en claro que tipo de cláusulas son consideradas por la doctrina y la jurisprudencia como abusivas o vejatorias, aún cuando el listado no es taxativo y limitante, pues como lo planteamos, la condición de abusiva dependerá de la forma en que mediante la utilización del poder de mercado (abuso del derecho) se violenten derechos y obligaciones del contrato, de por manera que la

---

<sup>75</sup> *Ibíd.* Pág. 198.

<sup>76</sup> *Ibíd.* Pág. 199.

<sup>77</sup> *Ibíd.* Pág. 199.

buena fe y las expectativas del adherente se vean truncadas por dicho uso abusivo de las prerrogativas de predisposición, el juez tendrá en cuenta el principio constitucional que orienta en no abusar de los derechos con la intención de proteger al contratante débil. Se consideran abusivas, entre otras, las cláusulas que:

1. Permitan modificar unilateralmente el contenido del contrato o sustraerse de sus obligaciones.
2. Trasladen al consumidor, o a un tercero que no sea parte del contrato, la responsabilidad del proveedor.
3. Dispongan términos de prescripción inferior a los legales.
4. Imposibiliten, limiten, exoneren o anulen la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza en los productos o servicios ofrecidos, o por inadecuada o insuficiente información, sobre los peligros o condiciones de utilización de los bienes o servicios.
5. Impongan al consumidor cargas probatorias diferentes a las que les correspondan de acuerdo con las normas generales del derecho.
6. Autoricen la terminación unilateral del contrato por parte del proveedor, sin reconocerle el mismo derecho al consumidor.
7. Establezcan que el proveedor no reintegre lo pagado si se resuelve el contrato cuyo objeto no se ha realizado.

8. Autoricen al proveedor a modificar unilateralmente el precio, las tarifas o las condiciones inicialmente pactadas, sin que se le conceda al consumidor el derecho a resolver el contrato.
9. Prevean la posibilidad de cesión del contrato sin consentimiento del consumidor.
10. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.
11. Prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada, en caso de que el consumidor no se manifieste en contra, si el proveedor fija una fecha límite que no permita de manera efectiva a aquel, manifestar su voluntad de prorrogar el contrato.
12. Vinculen incondicionalmente al consumidor al contrato, aún cuando el proveedor no hubiera cumplido con sus obligaciones, o impongan al consumidor incumplido una indemnización injustificadamente alta.
13. Excluyan o limiten la obligación del proveedor de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes, o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.
14. Concedan al proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el bien o servicio, se ajusta a lo estipulado en el mismo.
15. Autoricen al transportador a modificar unilateralmente los horarios o itinerarios originalmente pactados.
16. Impongan al consumidor garantías desproporcionadas en relación con la obligación asumida por éste.

17. Impongan al deudor, en los contratos financieros o crediticios, prestaciones adicionales por administración de la deuda o por cualquier otro concepto diferente de los intereses o índices de aquella.

18. Impongan al deudor, en los contratos financieros o crediticios, la obligación de celebrar otros contratos, principales o accesorios, con personas o entidades determinadas por el proveedor, como cuando se exija al deudor hipotecario contratar los seguros con la compañía señalada por quién otorgó el crédito.<sup>78</sup>

### **2.3 DIFERENCIAS ENTRE CONTRATO DE ADHESIÓN Y LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION**

Respecto al contrato de adhesión y las condiciones generales de contratación, la doctrina civilista ha resaltado que entre los dos fenómenos jurídicos, existen elementos comunes, entre los cuales se resalta el hecho de que tales actos jurídicos surgen a la vida jurídica como consecuencia de la predisposición del clausulado del contrato, además, advierten que en ambos casos la rigidez e inmutabilidad implica que “formulado el contrato por adhesión o predispuestas las cláusulas generales, no cabe introducirles modificaciones”<sup>79</sup>

Sin embargo, aún cuando existen estos criterios comunes dentro del contrato por adhesión y las condiciones generales, se ha prestado especial atención a los elementos diferenciales que son básicamente los siguientes:

1. La idea de condición general mira más a la posición de empresa, es decir, a un conjunto de cláusulas que se van a aplicar de manera uniforme a una serie indeterminada de contratos futuros, en tanto que el contrato por adhesión, dirige su aplicabilidad mas al consumidor o adherente que mediante un “acto de

---

<sup>78</sup> Tamayo Jaramillo, Javier & Caro Caro, Manuel (2007). Proyecto de Ley Código de defensa del consumidor. En: *Regulación Financiera y Bursátil y Derechos del Consumidor*. Medellín, Díké. Pág. 108.

<sup>79</sup> Rengifo García, El abuso del derecho como fuente autónoma de las obligaciones. Op. Cit., Pág. 194

adhesión, en donde expresa su voluntad, se adhiere a las condiciones generales predispuestas por un empresario o profesional”<sup>80</sup>

2. Las condiciones generales de contratación se dirigen a regular relaciones jurídicas masivas, es decir, su clausulado se aplica a un número plural de personas.<sup>81</sup>

No obstante estas diferenciaciones, se entenderá que la relevancia de los dos fenómenos contractuales, estriba en la imposibilidad de discutir el clausulado, de modo que se evidencia un poder de negociación que faculta al empresario o contratante fuerte a predisponer las condiciones del contrato, y en ultimas, a la posibilidad de alterar los derechos y obligaciones del contratante débil de la relación jurídica mediante el abuso del derecho, específicamente mediante la inclusión de cláusulas abusivas o torticeras.

#### **2.4 EL ABUSO DEL DERECHO COMO MECANISMO DE PROTECCION DEL CONTRATANTE DÉBIL**

La doctrina civil tradicional en punto de los contratos, venía sosteniendo que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y el acuerdo libre de los contratantes sobre el contenido y condiciones del contrato generaba un ambiente de igualdad entre las partes contratantes. No obstante, el desarrollo de una economía a escala ha requerido por parte del derecho la materialización de tipos contractuales predispuestos en los cuales se pone acento al ahorro de tiempo y costos, porque de lo contrario, sería insostenible una economía de creciente producción y alto consumo, soportada por la doctrina clásica de configuración del contrato civil y comercial. Por todo lo anterior, se sostenía con ahínco que era innecesaria la intervención del legislador en ámbitos y esferas propios del desarrollo de las

---

<sup>80</sup> *Ibidem*. Pág. 194

<sup>81</sup> Cárdenas Mejía. Justicia y abuso contractual. Op. Cit.,Pág. 697

relaciones civiles particulares. Frente a esta situación de desconfianza en el legislador, y como resultado de los crecientes niveles de desigualdad y desequilibrio contractual, la normatividad, y sobre todo la jurisprudencia, han introducido una gran cantidad de mecanismos que procuran contrarrestar los poderes y la fuerza con que participan en el mercado ciertos contratantes, denominados por la doctrina contratantes fuertes. Es decir, a la par que se desarrollan tipos contractuales novedosos y útiles en una economía competitiva, se crean herramientas de protección de los contratantes débiles. Sobre el particular el profesor Jorge Suescún Melo, en sus Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, rescata que ante tan evidentes cambios en las relaciones económicas se “han abierto camino, regímenes especiales de responsabilidad como los destinados a defender a los consumidores o a someter a un esquema más riguroso a los profesionales. En el mismo orden de ideas se han establecido criterios especiales para la interpretación de los contratos de adhesión y para el diseño de una teoría sobre el alcance y tratamiento de las cláusulas abusivas.”<sup>82</sup>

Dentro de este contexto, queda claro que como consecuencia del elevado número de críticas al absolutismo de los derechos, los mecanismos de protección del contratante débil son los propuestos inmediatos de los límites impuestos actualmente al principio general de la libre autonomía de la voluntad, así, se ha dicho entonces que en el curso de ese proceso de transformación económica los límites precisos a la autonomía se presenta a través de una nueva legislación protectora ( Estatutos del consumidor) ya sea mediante una rigurosa interpretación de los jueces, y por tanto, un claro activismo en procura de materializar la igualdad entre contratantes.

---

<sup>82</sup> Suescún Melo, Jorge (2005). Mecanismos de defensa del contratante débil. En: *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá, Legis, Tomo II, Pág. 235.

Suescún, en otro interesante trabajo reitera que “la autonomía de la voluntad ha experimentado un apreciable cercenamiento en sus alcances otrora inmodificables, toda vez que lo estipulado -de no violar norma interpretativa que conllevara a su nulidad por objeto ilícito- debía reconocérsele plena validez y le estaba vedado al juez desconocer su efecto vinculante o recordar sus efectos, dado que se admitía sin vacilaciones que era tarea del legislador, y no de los tribunales, impedir a través de regulaciones prohibitivas y específicas los pactos leoninos, los convenios desequilibrados o las cláusulas ruinosas para una de las partes”<sup>83</sup>

Pues bien, tales presupuestos de intervención y protección de los contratantes débiles no se corresponden actualmente con la concepción de Estado Social de Derecho, que busca la primacía de la justicia en todo tipo de relación jurídica. Así pues, hoy no sólo preocupa la relación Estado-Ciudadano, sino también la relación Ciudadano-Ciudadano, o en términos específicos contratante fuerte (predisponente) – contratante débil (adherente), debido a que se ha admitido que incluso en los ámbitos particulares pueden haber violaciones a obligaciones o a derechos que incluso tienen el carácter de fundamentales.

Massimo Bianca, destacado expositor Italiano del derecho civil y comercial de los contratos, cuando comenta los mecanismos de tutela del contratante débil en el sistema comunitario europeo, y en particular, aquellos que surgieron de la necesidad de proteger a las partes débiles de los contratos del consumidor, reseña que mediante Directiva 13 del 5 de abril de 1993 de la unión europea, se puede identificar en el ámbito europeo una doble tutela sustancial a favor de los consumidores:

---

<sup>83</sup> Suescún Melo, Jorge (2005). Noción y régimen de las cláusulas abusivas en el derecho comparado. En: *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá, Legis, Tomo II, Pág. 191.

1. Una tutela individual, que se puede hacer valer mediante la verificación judicial de la abusividad de las cláusulas incluidas en el contrato, y,
2. Una tutela colectiva, que mira a impedir, de manera preventiva, la inclusión de condiciones generales de contrato abusivas, en los contratos individuales.<sup>84</sup>

Creemos que en el derecho colombiano se le ha dado una salida jurisprudencial al fenómeno de las cláusulas abusivas, y ello ha sido básicamente, acudiendo al principio del no abuso del derecho, que justifica y es presupuesto necesario del control jurisdiccional de las cláusulas abusivas que se establecen en contratos predispuestos. El abuso del derecho, entonces, como principio fundamental e imperativo, ha servido a los jueces de la república, sobre todo a las altas corporaciones jurisdiccionales (Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia) para desatar los conflictos jurídicos que se presentan cuando en ejercicio de la autonomía de la voluntad, un contratante profesional impone ante la debilidad manifiesta de su contraparte, cláusulas que puedan **i)** limitar derechos y obligaciones en el ámbito del derecho civil y comercial o **ii)** violentar o amenazar los derechos fundamentales del contratante débil.

Luego, se deben identificar correctamente las consecuencias inmediatas de las cláusulas que se predisponen, ya sea en contratos de adhesión o en las condiciones generales de contratación, porque, no es lo mismo una cláusula que exonere de responsabilidad a un contratante, y otra que limite el derecho a la libertad de expresión del contratante débil.

## **2.5 EL ABUSO DEL DERECHO EN LOS CONTRATOS PREDISPUUESTOS**

Como quedó dicho, el principio relevante y que da paso al estudio de las cláusulas abusivas, es, específicamente, el abuso del derecho; de modo que se presenta

---

<sup>84</sup> Bianca, Massimo (2007). *Derecho Civil. El contrato*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Pág. 396.

una unión, entre las cláusulas abusivas y la teoría principialística del abuso del derecho en el poder de negociación, toda vez que, cuando al empresario o profesional le es permitida la imposición del clausulado, dicha facultad no implica la imposición de cláusulas vejatorias. Sobre el particular poder de negociación y su posibilidad de abuso la Corte Suprema de Justicia ha especificado:

“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 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, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza, resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación.”<sup>85</sup>

El abuso del derecho proviene de la disposición unilateral de condiciones claramente ventajosas y abusivas para una de las partes, cuando ejerce el derecho a la libertad de empresa, y al concretarse y cristalizar el principio-derecho de la autonomía privada.<sup>86</sup>

Así mismo, Rengifo García, expone los distintos mecanismos de control al contenido cláusulas predispuestas desde una perspectiva civilista, de ahí que precise exponga las siguientes reglas “extraídas” del Código Civil:

1. Los contratantes pueden establecer los pactos, las cláusulas y las condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios ni al orden público ni a las buenas costumbres.

---

<sup>85</sup> Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 febrero de 2001, M.P: Carlos Ignacio Jaramillo.

<sup>86</sup> Rengifo García. El abuso del derecho como fuente autónoma de las obligaciones. Op. Cit., Pág. 191

2. La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes: “son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga” (Art. 1535).

3. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresan, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella. (Art. 1603)

4. Las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor, “pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretan contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse a ella. (Art. 1624)”

5. La teoría del abuso del derecho: cuando el abuso del derecho o el ejercicio desviado del derecho provenga de la disposición unilateral de condiciones generales abusivas, en virtud del derecho del empresario predisponente que dimana de la libertad de empresa y de la autonomía de la voluntad, puede el juez adoptar las medidas que impidan la persistencia del abuso o el ejercicio disfuncional del derecho frente a terceros.<sup>87</sup>

Las anteriores reglas interpretativas reafirman en principio que las cuatro primeras pautas aplican en los eventos en que hay predisposición del clausulado (ya sea contrato de adhesión o condiciones generales de contratación) y sin embargo, ninguna de estas sea abusiva, o en otros términos, que no se abusó del derecho al estipular el clausulado. Por el contrario, en el último de los eventos, es decir, la aplicación del abuso del derecho, no es que haya sido “extraídas del código civil”, mediante una analogía *iuris*; lo que le quitaría al principio su autonomía e independencia, incluso se podría advertir que no hay una sola disposición en el

---

<sup>87</sup> *Ibidem*. Pág. 192

código civil que explicita el principio de no abusar de los derechos, sin embargo, es el que debe aplicarse cuando hay clausulado abusivo. El abuso del derecho es el principio interpretativo a utilizar cuando de cláusulas abusivas se trata, en los otros eventos de cláusulas ambiguas se recurrirá a los mecanismos de interpretación extraídos, estos sí, del código civil.

## **2.6 EL ABUSO DEL DERECHO COMO PRESUPUESTO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS PREDISPUUESTOS**

Es innegable que actualmente se discute a profundidad la naturaleza jurídica de las cláusulas abusivas que se estipulan en contratos predispuestos, y esto básicamente porque la manera como se conciben implicará necesariamente determinar la importancia que en el sistema jurídico particular asumen los principios jurídicos. De los escenarios de discusión en torno a este tema, resalta la vertiente según la cual cuando se insertan cláusulas abusivas en contratos predispuestos, no es el principio del abuso del derecho el que explica su naturaleza. Este intento por “sistematizar” la teoría de las cláusulas abusivas es una expresión más del intento por determinar legislativamente las cláusulas que se consideran como vejatorias o abusivas. Es decir, ante la creciente arremetida de los contratantes fuertes en los escenarios contractuales, y como consecuencia de la ausencia de disposiciones positivas que sancionaran estas conductas abusivas de poder, un sector de la doctrina *uisprivatista*, se ha preocupado por la reciente utilización judicial de los principios para desatar las controversias que se suceden en los contratos predispuestos. Como ejemplo de la anterior preocupación, se ha resuelto entender que tanto el abuso del derecho en material contractual, como las cláusulas abusivas dejan sin efecto estipulaciones contractuales, y sin embargo, son instituciones distintas que se aplican a situaciones diferenciales. Se ha dicho que “por una parte, el abuso del derecho busca castigar todo acto que, ya sea por sus fines o por sus móviles, o por los dos a la vez, sea opuesto a la función social del derecho en ejercicio, es decir, que se

considera como abusivo todo acto que contrarié la función que le ha sido asignada a un determinado derecho”<sup>88</sup>

Y más adelante agrega los criterios que deben ser desentrañados para determinar si hay o no abuso del derecho: “podría (...) acreditarse que la prerrogativa se ejerció en contra de la finalidad para la cual se concedió, con la intención de causar un perjuicio a la otra parte, sin satisfacer un interés propio, pero sí en perjuicio de los intereses de otros, o en general en fin en contra de la buena fe, cuando se actúa sin consideración a la satisfacción del interés de la otra parte en el contrato, para solo citar algunos de los criterios que han sido utilizados para el efecto”<sup>89</sup>

Pues bien, una vez establece este autor la categoría abuso del derecho, insiste en diferenciarlo de las cláusulas abusivas, y para ello expone como argumento que éstas reprueban el abuso de la posición dominante,<sup>90</sup> cuando el poder de negociación se ejerce con anormalidad y con la intención de establecer un clausulado que genere desequilibrio económico injusto. Por ello, en esencia, la cláusula ha de ser considerada como abusiva cuando sea contraria a la buena fe; cuando genera desequilibrio económico-contractual; cuando se establece con la intención de generar un interés exclusivo de la parte que ejerce la posición dominante, sin tener en cuenta los intereses de la otra parte. En síntesis, para determinar si una cláusula del contrato predispuesto es abusiva, debe realizarse un análisis sistemático de la misma respecto al contrato, así como un análisis de la estructura misma de la cláusula.

Por todo lo anterior, y con la intención de diferenciar conceptualmente los dos conceptos agrega: “en el supuesto de que la cláusula no contrarié la buena fe ni

---

<sup>88</sup> Suescún de Roa, Felipe (2009). Control de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad. En: *Revista de derecho privado No 41*. Universidad de los Andes, Bogotá, Pág. 7.

<sup>89</sup> *Ibidem*. Pág. 8

<sup>90</sup> *Ibidem*. Pág. 8

genere desequilibrio injustificado entre los derechos y las obligaciones contractuales, no podrá calificarse como abusiva. Se trata un estudio de la cláusula como tal, sin importar la ejecución, el ejercicio o el uso que se le haya dado.<sup>91</sup>

Aún cuando el esfuerzo por deslindar los dos conceptos se hace explícito, no queda duda acerca de la debilidad de la pretensión y del argumento, pues, cuando define el concepto de cláusula abusiva recurre a criterios que con toda claridad le achaca al abuso del derecho. Así, hace referencia a la ausencia de la buena fe, a desequilibrio contractual y de intereses de las partes en el contrato predispuesto. No es posible deslindar el concepto del principio del abuso del derecho de las cláusulas abusivas, estas últimas han sido una construcción particular del abuso del derecho, de modo que pretender darle el carácter de abusiva a una cláusula sólo si se determina la manera como se utilizan dentro del contrato, desconocería el hecho, de que el abuso del derecho se presenta (y esto es lo importante) cuando mediante el poder privilegiado (contratante fuerte) se predisponen cláusulas vejatorias y que atentan contra el principio del no abuso del derecho, y es que hay que recordar, que no es la predisposición lo que genera el abuso, pues bien hemos entendido que la finalidad social y económica de los contratos predispuestos es loable e indispensable, lo que importa es el abuso en el derecho o la facultad de predisposición del clausulado, y ese abuso se materializa en las cláusulas abusivas. No puede admitirse el argumento según el cual, por ejemplo, si una cláusula limita la libertad de expresión o exonera de todo tipo de responsabilidad al predisponente, solo adquiere tal categoría de abusiva si se utiliza dicha cláusula. No, la cláusula es abusiva porque nadie está facultado para abusar del derecho en la predisposición de las cláusulas como estas (autonomía de la voluntad).

---

<sup>91</sup> Ibídem. Pág. 8

Al parecer esta novedosa interpretación de la institución de las cláusulas abusivas, se refuerza para Suescún de Roa, con un laudo arbitral proferido en el 2006, que la respecto precisó: “El tribunal observa que a lo largo de esas estipulaciones, se privilegian las conveniencias económicas de la entidad convocada en el afán , por supuesto loable, de proteger sus propios intereses, razón por la cual desde la formación de la relación contractual, se patentiza un desequilibrio en las facultades, derechos y prerrogativas de los extremos de la relación contractual, lo cual no es, por ese solo hecho cuestionable, pues en realidad, ante la presencia de este tipo de estipulaciones, lo determinante es la manera como sean utilizadas en la ejecución del contrato, ora de manera ponderada y en actitud conciliadora, o bien de manera unilateral, inconsulta y desproporcionada a los fines del respectivo contrato y esto último, precisamente, lo que merecería un reproche”<sup>92</sup>

La anterior confusión solo se explica si se tiene en cuenta que a diferencia de la legislación alemana y española, en Colombia la noción de cláusulas abusivas, no se limita a las relaciones de consumo, sino que aplica a todo el sistema contractual, y ello, básicamente porque el presupuesto de las cláusulas abusivas se encuentran en principio del no abuso de los derechos, creado, no por la legislación, sino por la acción interpretativa de los jueces. Es decir, es la jurisprudencia la que utilizando el principio jurídico fundamental e imperativo, ha dado solución a las incontables controversias contractuales predispuestas. Como en Colombia no hay una regulación o reglamentación de las cláusulas abusivas en relaciones de consumo, se ha acudido a los principios generales del derecho, no para suplir lagunas (porque no las hay), sino porque el ordenamiento jurídico se funda en principios, y Aún cuando no haya materialización legislativa de ellos (cláusulas abusivas), sirven como criterio interpretativo, creativo e integrativo del sistema jurídico.

---

<sup>92</sup> *Ibidem*. Pág. 6. Cámara de comercio de Bogotá, laudo del 15 de agosto de 2006. CEL CENTER VS COMCEL. Árbitros: Lisandro Peña, Rodrigo Palo y Jorge Eduardo Narváez.

No hay duda de que sería loable una regulación de las cláusulas abusivas en materia de contratos del consumidor, tal como sucede en España y Alemania. Sin embargo, ello no le quitaría el peso al principio del no abuso de los derechos, así hubiese abundante reglamentación, ello no desconocería que estas reglas estarían fundamentadas o informadas por el principio (función creativa e interpretativa). De lo anteriormente expuesto se deduce que las cláusulas abusivas no solo son del resorte de los contratos de adhesión o los que establecen condiciones generales, por ello Suescún Melo, comentando a Ghestin, advierte que la normatividad no está limitada a los contratos de adhesión, si bien es en estos en los que con mayor rigor se presenta, como consecuencia lógica de la reducción unilateral de los términos del contrato, “también es posible que aparezcan estipulaciones abusivas en contratos negociados, en cuyo caso no ha de reconocérseles validez.”<sup>93</sup>

Creemos que en ambas situaciones el abuso del derecho como principio jurídico rige la conducta del contratante favorecido. Esto ayuda a entender porque somos de la opinión de que cuando hay violación a un derecho constitucional (que son principios) como consecuencia del abuso del derecho en los contratos predispuestos, la sede de tutela es eficaz y suficiente redefinir y anular las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. En la segunda de las situaciones, o sea, cuando hay negociación y libre acuerdo el escenario de confrontación, es la justicia ordinaria, que tendrá igualmente que acudir a principios para definir la situación jurídica, pues estos informan todo el ordenamiento jurídico. (Art. 95 CN)

---

<sup>93</sup> Suescún Melo, Jorge (2005). Noción y régimen de las cláusulas abusivas en el derecho comparado. En: *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá, Legis, Tomo II, Pág. 193.

## **2.7 EL NO ABUSO DEL DERECHO FRENTE A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD. CONFLICTO PRESENTE EN LOS CONTRATOS PREDISPUUESTOS CON CLAUSULAS ABUSIVAS**

No hay duda acerca de la trascendencia que para el derecho de los contratos y las obligaciones presenta el principio de la autonomía de la voluntad; pues ha sido fundamental en la construcción del significado de la teoría del negocio jurídico en general y del contrato en particular. La crisis del estado liberal clásico puso de presente los abusos que de este principio se venía cometiendo, así, el Código Civil francés es el escenario del estado liberal, el cual se caracteriza para el siglo XIX en Europa, por un culto acendrado a la autonomía de la voluntad. Los derechos subjetivos originarios de la revolución francesa se consideran absolutos y no les interesa a los legisladores si son abusivos o no en las relaciones particulares.<sup>94</sup>

De ahí que se haya construido la teoría del principio de autonomía de la voluntad, como el escenario ideal de justicia, en la medida que la libre negociación, y la concurrencia mutua de la voluntad, no podía generar injusticia y desequilibrio contractual. El estado, pues, queda a un lado, de modo que resultaba injustificada cualquier intromisión indebida, su tarea eso sí, se circunscribía a proteger precisamente estos derechos subjetivos absolutos.

Así mismo, no hay duda que el binomio revolución Francesa-Código de Napoleón; fue el mejor ejemplo de cómo la protección de los derechos, implicaba un culto irrestricto a la ley escrita. El “código” se presentaba como la gran garantía de los derechos subjetivos, impregnado del lenguaje individualista de la revolución Burguesa, por esta razón se hacía difícil la construcción de un discurso igualitario protector de aquellos contratantes que como consecuencia de su debilidad manifiesta vieran vulnerados sus derechos como consecuencia de su declaración libre de la voluntad.

---

<sup>94</sup> Arévalo Gaitán, Guillermo Alonso (2007). *Derechos fundamentales y autonomía contractual en Colombia*. Medellín, Librería Jurídica Sánchez Ltda., Pág. 31

La autonomía de la voluntad tenía entonces, y tiene aún, una génesis *iustificativa* importante, que pone acento fundamental en la libertad, de modo que las relaciones que surgieran de la materialización de la libertad, no podían ser consideradas abusivas. Sobre el particular, Carlos Fernández Sessarego, comentando el concepto de autonomía de De Castro y Bravo, precisa que la “llamada autonomía privada se sustenta en la esfera de la libertad de la persona. Es decir, para el autor el poder de autodeterminación o la autarquía personal son expresiones que se fundamentan en la libertad personal. Si nos atenemos a lo anteriormente glosado, la libertad es, pues, el sustento o fundamento de la autonomía privada o autonomía de la voluntad (...) En conclusión, podemos sostener que de Castro y Bravo, al involucrar la noción de autonomía privada dentro del amplio concepto de libertad, encuentra en el ámbito de esta última el fundamento o sustento del principio bajo comentario”<sup>95</sup>

Que la libertad sea el fundamento en lo jurídico en el ámbito de los contratos, es solo una expresión de lo que sucedía en el ámbito económico; es decir, el dejar hacer pasar de la economía política clásica de Adam Smith y David Ricardo, materializada en los contratos mediante la concepción del principio de la libre autonomía de la voluntad. Para estos economistas clásicos entre más libres sean los individuos en la toma de decisiones, mejor será la distribución de la riqueza en la sociedad, y por esa razón el Estado no debe intervenir, por cuanto una intromisión ilegítima o un límite a la autonomía de la voluntad precargaría desconfianza hacia el mercado.

Arévalo Gaitán, al estudiar la autonomía de la voluntad de acuerdo a los presupuestos del código civil francés que equivale al artículo 1602 del código Civil Colombiano, establece las siguientes características del principio:

---

<sup>95</sup> Fernández Sessarego, Carlos (2003). Reflexiones en torno a la autonomía de la voluntad. En: *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Pág. 485.

- Toda persona es libre de contratar o no.
  
- El negocio jurídico es producto del acuerdo de voluntades de las partes en las que el estado no puede intervenir.
  
- Los sujetos contratantes son autónomos para darle a su actividad negocial sus propios intereses.
  
- Son únicos límites a las relaciones entre contratantes el orden público y las buenas costumbres.
  
- Solamente las partes tienen el poder del estado para autorregularse, el juez solamente podrá buscar la intención de las partes para poder interpretar los contratos por ellos celebrados.
  
- Debe estarse más el juez a la intención de las partes, que al sentido del tenor literal de las palabras usadas en el contrato.
  
- Si hay conflicto de derecho internacional privado, las partes pueden determinar la norma aplicable diciendo a cual se someten.
  
- La autonomía de la voluntad se define como un poder originario y soberano de los individuos y dentro de sí misma estriba la razón de ser del negocio jurídico celebrado por las partes.
  
- La voluntad privada crea derecho por sí sola. Es fuente de derecho por su propia fuerza, y en consecuencia, el contrato el contrato es una ley para los contratantes.<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> Arévalo Gaitán. Op. Cit, Pág. 32.

Esta caracterización de la autonomía de la voluntad que se desprendía del liberalismo económico y político, llevaba a la conclusión errada según la cual, si las partes mutuamente acercaban sus voluntades era porque consideraban que tras ese acuerdo se vislumbraban sus intereses más inmediatos, de modo que se creó un paradigma de justicia dentro del concepto de contrato. De ahí que se recurriera a la máxima (*quid dit contractuel dit justice*), o quien dice contrato dice justicia. No obstante, los desarrollos históricos se encargarían de destruir esta afirmación.

**2.7.1 El Estado Liberal Clásico.** Esta primera concepción y teorización del principio de la autonomía de la voluntad era la específica construcción del Estado Liberal, que ponía acento fundamentalmente en la protección -reiteramos- de la libertad como derecho absoluto de los contratos. Sin embargo, como toda expresión teórica radical lleva excesos evidentes, los mismos códigos decimonónicos establecían como únicos límites al uso de la autonomía de la voluntad (libertad) el ORDEN PÚBLICO Y LAS BUENAS COSTUMBRES.

El primero de los conceptos, es decir, el orden Público ha sido caracterizado por la doctrina en forma resumida como se expone a continuación: “a) Toda causa y todo fin residen en el individuo; b) La felicidad del individuo reside esencialmente en la libertad, y C) El estado existe para el individuo y no el individuo para el estado. Las normas legales surgen de la libertad individual (...) por ello se establecen cuatro rasgos primordiales del orden público:

1. El orden público corresponde a la necesidad de realizar el equilibrio de las libertades públicas. Al lado de la libertad, el legislador debe aspirar a que impere el orden, que consiste en el mantenimiento del equilibrio entre las diferentes libertades individuales. La idea de orden público equivale a la idea de orden, concebido como equilibrio entre las diferentes voluntades individuales, ya que los

individuos han enajenado su libertad en interés común y de sus libertades respectivas.

2. La noción de orden público es una noción legal. Se concretó el denominado orden público-barrera a la autonomía de la voluntad y la eficacia de los actos jurídicos. Es decir, los casos en que haya de aplicarse el orden público deben ser fijados por la propia ley.

3. No es al juez a quien corresponde definir esta noción. La definición de la noción de orden público es legal y escapa a la competencia del juzgador.<sup>97</sup>

La noción de orden público, por tanto, es una noción estrictamente legal, que pone de presente las tesis positivistas, y con ello, las interpretaciones exegéticas y textualistas del derecho. El derecho es entendido como ley, y no como justicia, esto pone de manifiesto la imposibilidad de aplicación de los principios jurídicos distintos a la autonomía de la voluntad, toda vez que esta última era la base fundacional de todo el derecho civil liberal clásico. El papel del juez se circunscribe a aplicar los límites, por cierto bastante escasos, que establecen las leyes (reglas) emanadas de la prudencia del legislador. En un escenario liberal clásico no podía existir contradicción entre principios, el derecho de libertad era un escenario de interpretación restringida, una interpretación acerca de los alcances de la libertad era impensable; de por manera que, sólo aplicando restrictivamente los límites legales se garantizaba seguridad jurídica, y con ello la confianza en el sistema económico y político-jurídico.

El otro concepto límite a la autonomía de la voluntad lo constituía la noción de buenas costumbres, que no son otra cosa que “principios y reglas morales imperantes en una sociedad dada. Hay ciertos principios basados en la naturaleza humana y que son conocidos por la neta razón, que constituyen el patrimonio

---

<sup>97</sup> Monroy Cabra, Marco Gerardo (2006). *Introducción al derecho*. Bogotá, Temis, Décimo Cuarta Edición. Pág. 548.

moral de los pueblos y forman una conciencia moral, que no pueden ser violados, ni tampoco son susceptibles de pactos privados.”<sup>98</sup>

**2.7.2 Estado Intervencionista.** El siguiente escenario de discusión en torno a la preponderancia del principio de la autonomía de la voluntad será el estado intervencionista propio del siglo XX. Aquí planteamos que esta segunda etapa en la historia de la transformación del concepto de autonomía de la voluntad concuerda o concurre con el primer ataque antiformalista que en el derecho privado y en el derecho público realizaron Francisco Gény y León Duguit respectivamente. Este primer ataque como quedo visto, acude a la ideación de contra-principios que intentaban morigerar la relevancia de los derechos absolutos (autonomía de la voluntad), por la de la relatividad de los derechos subjetivos y la posibilidad de abusar de los derechos. López Medina, luego de describir el clasicismo (exégesis, conceptualismo) y abordar el primer ataque antiformalista, establece que este solo era posible en la medida en que las necesidades sociales y económicas de comienzos del siglo XX, requerían de un nuevo redireccionamiento en la interpretación y aplicación de normas. Por ello, la agenda de estos antiformalistas “consistía precisamente en ajustar (a veces dramáticamente) los principios fundamentales del derecho romano (tal como lo leían los juristas liberales y conceptualistas del siglo XIX) para crear unos principios estructurales que pudiesen producir justicia material, por ejemplo, entres las partes desiguales en un contrato. En el mundo del siglo XIX el principio de la autonomía de la voluntad privada parecía suficiente para estructurar todo el derecho civil. A la altura de 1990 el principio, por el contrario, se mostraba insuficiente.”<sup>99</sup>

Acá quede dicho que sin lugar a duda, toda renovación en la interpretación del derecho viene ligada al papel de los principios dentro del sistema, y por tanto, de

---

<sup>98</sup> *Ibidem*. Pág. 549.

<sup>99</sup> López Medina, *Op. Cit.* Pág. 262.

su peso en la toma de decisiones judiciales. Este ataque antiformalista igualmente pone de presente la tensión entre la libertad y la igualdad en el ámbito del derecho civil y comercial, pues ya es evidente que la ley no asegura por sí sola, que mediante el uso límpido de la libertad contractual se generen condiciones de igualdad en el contrato. Cada vez se hace más falaz la máxima según la cual “quien dice contrato dice justicia”, de ahí, que la crítica de Gény, (Josserand, Ripert, etc.), no solo involucre los criterios de interpretación propios de la exégesis, también reprobaban la filosofía liberal, individualista y voluntarista del contrato, de modo que se hacía eco de la necesidad de moralización (Ripert), o la socialización del derecho (Josserand); en efecto, “se reprocha que la igualdad que se preconiza es meramente formal ante la ley, que no impide la desigualdad real y efectiva que surge de ondas diferencias sociales y económicas. Por tanto, se propone que el derecho no parta de supuestos teóricos sino de hechos palpables y que, en consecuencia, trate de reequilibrar las situaciones, al proteger al más débil.”<sup>100</sup>

Aún cuando esta monografía no pretende abarcar y analizar con suficiencia la crítica de Francisco Gény (pues este no es su objeto) si quede claro que a efectos de identificar los parámetros del ataque antiformalista, y siguiendo a López Medina, el discurso científicista pone acento fundamentalmente en el valor de argumentación extra-jurídica, y por tanto, del sistema de fuentes. Para López Medina según Gény “la argumentación jurídica en situaciones de vacío es libre frente a los materiales jurídicos existentes; pero la libertad no significa “discrecionalidad”, ya que la objetividad es asegurada, no por el método jurídico, sino por los aportes que hacen las ciencias en la lectura de la realidad (y no de los textos positivos); esto es, la objetividad es recuperada, no en las reglas jurídicas necesariamente incompletas e inadecuadas, sino en la observación cuidadosa de la realidad misma”<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup>Suescún Melo, Jorge (2005). *La crisis del principio de la autonomía de la voluntad privada*. Bogotá, Temis, Segunda Edición, Tomo II, Pág. 3.

<sup>101</sup> López Medina, Op. Cit. Pág. 266.

Pues bien, en el caso específico, asumimos que, no es posible que haya vacíos en el derecho, y básicamente es así, no porque haya Jueces, sino porque hay principios. Creemos que la plenitud del ordenamiento no se presenta porque los principios integren el ordenamiento, sino porque hay respuestas correctas en el derecho; de modo que, aún cuando hay reglas por aplicar, si tales contradicen un principio; se deberá aplicar prevalentemente éste, por cuanto, como lo establecimos en el primer capítulo estos tienen la categoría de normas fundamentales, imperativas y constitucionales.

Ahora bien, ¿Que entendía Gény por principio jurídico? López Medina trae a cuento tal concepto: “el principio tal y como lo entendemos, se separa claramente de la concepción, en cuanto él es directamente sacado de las realidades objetivas, quiero decir, de las consideraciones morales, políticas, sociales, económicas, que son la sustancia fecunda de la vida del derecho”<sup>102</sup>

La libre investigación científica de Gény, invitaba a recurrir a consideraciones “morales, políticas, sociales, etc.”, estos no crean sino un último recurso del juez en la toma de decisiones, pues funcionaban como criterios integrativos del sistema.<sup>103</sup>

Lo importante del ataque antiformalista de Gény estriba en el remesón que generó en las fuentes del derecho, y de paso, en la actitud del juez en la praxis jurídica. Estos “procedimientos diferentes” paliaban en algo la concepción exegética de interpretación tradicional, Aún cuando -reiteramos- la utilización de los principios seguía siendo un elemento de cierre del sistema. No obstante, toda la edificación iusteórica de Francisco Gény, en la jurisprudencia nacional su recepción (corte de

---

<sup>102</sup> Ibídem. Pág. 276

<sup>103</sup> Al respecto López Medina se preguntaba si Gény en su política personal era un reformador social, pone de presente que el “Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo” no da una respuesta clara al respecto: ya que “de una lado Gény está a favor de típicas reformas de matiz social; está a favor de la protección de los derechos de los sindicatos, de la legación obrera y social, de la reforma y extensión de la seguridad social etc. De otra parte, Gény argumenta a favor de los pilares estructurales del derecho privado: propiedad privada, autonomía de la voluntad privada etc. En conjunto, pues, podría decirse que era un reformista social, pero su método invitaba a la moderación de las tendencias excesivamente liberales del derecho privado y no la abolición del mismo.”

oro) duro muy poco, debido, específicamente, a la reformulación positivista realizada por Hans Kelsen. Para López Medina, esta tentativa antipositivista y antiformalista se convertía, como consecuencia de esta reformulación en un “mito de la historia jurídica nacional”. Sobre este respecto profundiza el autor colombiano: “hacia finales de los años cuarentas el país renunciaba parcialmente a explotar el derecho por las vías antiformalistas que, no sin oscuridades, habían expuesto los antiformalistas franceses de comienzos de siglo, la experiencia nacional de antiformalismo fue, desafortunadamente muy corta, y no equipó a los juristas nacionales, como debió, con las herramientas necesarias para leer en paralelo el derecho y la realidad. Este fracaso temprano anuncia una etapa de normalización del derecho civil que podríamos denominar neo-clasicismo. El positivismo se hará casi inatacable a través de la recepción del muy poderoso refuerzo Kelseniano.”<sup>104</sup>

**2.7.3 Neoliberalismo o Resurgimiento de la Autonomía de la Voluntad.** Ya hemos identificado dos etapas en la confrontación entre autonomía de la voluntad y abuso del derecho; que en nuestro caso, presentan la clásica confrontación entre libertad e igualdad respectivamente. En este aparte ponemos de presente que el neoliberalismo representa una reactivación del liberalismo económico clásico, ante, precisamente, los casi treinta años de intervencionismo estatal. El neoliberalismo entonces presenta como características la “desregularización, las privatizaciones, flexibilización del mercado laboral, cuestionamiento del Estado y ayuda social entre otras, sobre las cuales entramos a puntualizar el papel de la autonomía de la voluntad. Si el neoliberalismo implica un resurgimiento de las ideas liberales opacadas por la intervención del Estado en todas las esferas buscando el equilibrio contractual de las partes. Al resurgir ese neoliberalismo, resurge también el principio de la autonomía de la voluntad”<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> *Ibidem*. Pág. 333

<sup>105</sup> Arévalo Gaitán, *Op. Cit.* Pág. 46

Así pues, la esfera económica desregularizada traerá como consecuencia impactos importantes en el sistema jurídico, y a nivel de la contratación, como expresión del intercambio de bienes y servicios, los contratos predispuestos son manifestación de un modelo en que los grandes conglomerados económicos, en uso de la autonomía de la voluntad predisponen clausulados, que, *per se*, no son objetables jurídicamente, pero en eventos en los cuales como consecuencia del abuso del derecho, se establecen cláusulas abusivas; ante la debilidad manifiesta del contratante débil; el principio del no abuso de los derechos (Art. 95. CN) debe concretar la igualdad y el equilibrio contractual. El neoliberalismo permite, por tanto, que las “partes” recuperen ese poder absoluto para determinar el derecho en sus relaciones contractuales, su marco normativo y su agencia sin el alcance del Estado, “por lo que su bandera será, el ejercicio real de la autonomía de la voluntad eludiendo en lo más posible, los límites.”<sup>106</sup>

Arévalo Gaitán, igualmente insiste en que, traído al contexto jurídico, y fundamentalmente en el ámbito de los contratos, la ideología neoliberal, es la visión moderna del pensamiento incrustado en el Código de Napoleón “en la que las partes deciden si se avienen a obligarse en unas cláusulas de adhesión impuestas por el más fuerte y que resurge la interpretación voluntarista del artículo 1602 del código civil colombiano y el 4 del código de comercio de nuestro país”<sup>107</sup> Todo lo anterior pone de manifiesto que no es lo mismo concebir la autonomía de la voluntad en el estado liberal clásico y su revitalización en el neoliberalismo, que en el nuevo paradigma del Estado Social de Derecho; en este último, ante el amparo de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad del más fuerte, se obliga a buscar en las decisiones judiciales la emancipación del poder de predisposición de cláusulas abusivas; emancipación que solo será posible si se asume con contundencia la constitucionalización del derecho privado de las obligaciones y contratos; y con ello *se toman en serio* los derechos fundamentales.

---

<sup>106</sup> *Ibidem*. Pág. 40

<sup>107</sup> *Ibidem*. Pág. 41

En la praxis jurídica, por tanto, “el papel del juez es respetar los principios constitucionales y los derechos fundamentales - valores, principios- en todos los estadios de la ley ordinaria- en el caso del derecho civil y comercial- a fin de que se logre la garantía efectiva de esos derechos fundamentales”<sup>108</sup>

Este será pues el objetivo del siguiente capítulo, que pondrá de relieve la fuerza irradiante de la constitución en el ordenamiento de las relaciones privadas o horizontales, y en el caso específico, determinar si efectivamente la igualdad, el equilibrio contractual, la autonomía de la voluntad del contratante débil, concretadas en el principio del no abuso de los derechos, adquieren el carácter de derechos fundamentales exigibles incluso por vía de tutela o sólo son principios de interpretación en la resolución de las controversias contractuales predisuestas que establecen cláusulas abusivas (eficacia mediata de la constitución). Este es pues, el segundo gran ataque, y quizá el definitivo, contra el formalismo y el positivismo jurídico.

---

<sup>108</sup> *Ibidem*. Pág. 42

### 3. LOS PRINCIPIOS COMO PERSPECTIVA ARGUMENTATIVA E INTERPRETATIVA EN MATERIA CONTRACTUAL

Como desarrollo de nuestra posición según la cual, las normas del ordenamiento jurídico colombiano se dividen en reglas y en principios; en el ámbito de las relaciones contractuales se hace necesario ligar al juez no sólo a la determinación de los conflictos jurídicos con base en reglas, sino también y preferentemente en principios. Es decir, que como consecuencia de la caducidad de las ideas liberales tradicionales, el Código Civil como estatuto por excelencia de regulación de las relaciones particulares ha dado paso a la puesta en marcha de la fuerza normativa y vinculante de la Constitución, pues, ya no se considera que la Constitución sea el estatuto propio del Estado. Así, era común entender que la Constitución y el Código Civil eran entidades separables y con plena autonomía, y como consecuencia de ello, se hacía impensable que la Constitución como conjunto de normas programáticas e ideales políticos, pudiera vincular a los particulares.

No obstante, el transcurso del tiempo demostraría que los derechos y los principios constitucionales no sólo eran exigibles cuando estaba de por medio una relación individuo-Estado, es decir, cuando había una relación de poder y una intromisión indebida del Estado en los derechos subjetivos de los particulares. Por el contrario, “la aparición de centros privados de poder, con aptitud para imponer su voluntad, a veces con más fuerza que el propio Estado, en un marco de producción y comercialización masiva que hizo indispensables el recurso a formas negociables como el contrato de adhesión y las condiciones generales, cambiaron profundamente la relación dialéctica poder-libertad.”<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> Blengio, Juan (2007). La aplicabilidad de los principios, derechos y garantías constitucionales a las relaciones horizontales enfocada especialmente desde la perspectiva del principio de igualdad. En: *Constitucionalización del derecho privado*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Pág. 426.

Ese cambio de paradigma en las relaciones particulares, sobre todo en el ámbito de las relaciones contractuales que se exigían como consecuencia de la masificación de la producción y del consumo, hace necesario también el cambio de paradigma en la interpretación de los contratos que surgen en este tipo de relaciones de poder. Pues, no es posible mantener los criterios interpretativos heredados del Código de Napoleón, toda vez que estos buscaban proteger la intención de las partes como corolario de la salvaguarda de la autonomía de la voluntad, y es precisamente esto lo que no existe cuando se predisponen las condiciones de los contratos, ya sea en los de adhesión o en las condiciones generales de contratación. Allí lo que existe es la intención de una sola de las partes, que generalmente se caracteriza por su poderío económico y contractual. La posibilidad de predisponer las condiciones no es un acto censurable jurídicamente, lo reprochable es que en uso de estas prerrogativas se abuse del derecho para perjudicar el equilibrio contractual (derechos y obligaciones de los contratantes) mediante la inserción deshonestas de cláusulas torticeras o abusivas o incluso violentar y desconocer derechos fundamentales.

En el caso específico, y teniendo en cuenta las decisiones de nuestros altos tribunales de justicia, en especial la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, consideramos que los procesos interpretativos con base en el principio del no abuso del derecho son en tres, y que diferenciamos así: i) cuando hay cláusulas ambiguas u oscuras en los contratos predispuestos, ii) cuando hay cláusulas abusivas que desconocen derechos y obligaciones contractuales, es decir, que abusando del derecho a la libertad de contratación (autonomía de la voluntad), se genera desigualdad y desequilibrio contractual, y iii) cuando mediante cláusulas abusivas se vulneran derechos fundamentales de inmediata protección. Estas dos últimas clasificaciones nos permitirán entender que en las relaciones privadas concretadas en los contratos predispuestos con cláusulas abusivas, la eficacia de la Constitución es mediata o indirecta en el primer evento, y directa o inmediata en el segundo. Sin embargo, lo que si queda claro es que en

ambos eventos la aplicabilidad horizontal de las normas constitucionales se hace evidente.

Ahora bien, como de lo que se trata es de demostrar que los principios constitucionales tienen relevancia en la interpretación de las controversias contractuales, precisamos que en principio esto es así, fundamentalmente porque la norma constitucional es el fundamento de la norma ordinaria y legislativa, y se constituye en un criterio de acción que deben tener en cuenta los particulares, y en esencia, porque las normas constitucionales están plagadas de principios. Así lo ha precisado la Corte Constitucional:

“La Constitución es norma de normas (CP art. 4), pero en modo alguno es una norma ordinaria que sólo se distingue de las demás en razón de su jerarquía formal. La Constitución es el eje central del ordenamiento jurídico. El cumplimiento de su misión como parámetro objetivo del ordenamiento y dinamizador del mismo, no podría realizarse sin la variedad de formas que asumen sus normas: normas clásicas, normas de textura abierta, normas completas, normas de aplicación inmediata, normas programáticas, normas de habilitación de competencias, normas que consagran valores, normas que prohíjan principios, normas que contemplan fines, etc. Igualmente, es propio de una constitución democrática y pluralista como la colombiana, que sus normas materiales o sustantivas, en principio, puedan permitir, dentro de ciertos límites, diversas políticas y alternativas de interpretación. (...) La interpretación es un momento imprescindible del derecho y en modo alguno ausente en el proceso de creación de las normas legales. La Constitución como eje central del ordenamiento debe ser acatada por todas las personas y órganos del Estado y para hacerlo es indispensable su interpretación. De hecho la Constitución existe y despliega su eficacia en la medida en que se actualice en la vida concreta y ello no puede ocurrir por fuera de su interpretación que, en estas condiciones, adquiere el carácter de un proceso abierto del cual depende su efectiva materialización y permanente enriquecimiento.”<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> Sentencia C-531 de 1993. M.P. Ciro Eduardo Cifuentes Muñoz. Subrayados son nuestros.

Y en otra sentencia se pronunció sobre la hermenéutica predicable en nuestro sistema jurídico a la luz del artículo 4 de la Constitucional Nacional:

“La interpretación de todas las normas jurídicas de rango legal siempre debe estar acorde con lo dispuesto en el Texto Fundamental. En otras palabras, la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de la interpretación conforme, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarden coherencia con los fines, valores, principios y derechos expuestos en la Constitución.”<sup>111</sup>

Pues bien, como establecimos en anteriores consideraciones, en el contexto de las relaciones contractuales predispuestas ante cláusulas abusivas, se presenta una tensión entre el principio de la autonomía de la voluntad y el de no abuso de los derechos (que puede conllevar a desconocer derechos y obligaciones contractuales o incluso derechos fundamentales), que no es sino otra demostración de la contradicción entre el derecho de libertad y la igualdad. De ahí que las soluciones a estas controversias contractuales sólo sea posible encontrarlas acudiendo igualmente a la práctica argumentativa mediante principios.

El creciente influjo de los principios jurídicos en las controversias contractuales, es una manifestación del papel de las constituciones modernas, y con ello de la imposibilidad de concebir un régimen privado regido únicamente por reglas. Para la doctrina este influjo de la Constitución en la regulación del derecho privado y del ordenamiento jurídico en general, se debe entre otras razones a:

j) La apertura semántica y estructural que cabe predicar de un número importante de normas constitucionales.

---

<sup>111</sup> Sentencia T-468 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Los subrayados son nuestros.

ii) El redimensionamiento de principios esenciales para el derecho contractual privado.<sup>112</sup>

Esta nueva ola antiformalista, intenta reconstruir una práctica argumentativa fundada en principios en todos los ámbitos del derecho, y como uno de los que ha adquirido relieve con la constitución del 1991 es precisamente el no abuso del derecho, al ser consagrado en el artículo 95 de la Constitución se ha dicho por cierto con autoridad que “a la luz del derecho tradicional y legalista los casos jurídicos concretos se resolvían mediante la aplicación de reglas legales específicas y tanto los principios como el texto constitucional rara vez influían en las decisiones de los casos jurídicos concretos. Hoy, los principios y la Constitución tienen aplicación concreta en los casos jurídicos. Un principio constitucional abstracto –y el abuso del derecho lo es en la Constitución de 1991- aplicado o aplicable mediante un argumento interpretativo, puede triunfar incluso sobre reglas explícitas que también regulen una situación jurídica concreta.”<sup>113</sup>

Sobre este particular y en relación con el principio de no abuso de los derechos la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

“En el artículo 95 de la Carta Política subyace un principio fundamental del ordenamiento jurídico que hace imperioso el ejercicio razonable de los derechos constitucionales. (...) El orden constitucional no admite el ejercicio abusivo de los derechos reconocidos en la Carta (CP art. 95). El preámbulo de la Constitución expresamente consagra como uno de sus fines asegurar la convivencia, la igualdad y la libertad dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, social y económico justo. Esta finalidad no se podría alcanzar sin la cooperación activa de los particulares quienes son responsables por infringir la Constitución y las leyes y, además, por abusar de sus propios derechos, conducta ésta que de aceptarse como práctica social conduciría a la segura entronización de un orden injusto (CP art. 6). En una perspectiva dinámica, el ejercicio de los derechos constitucionales

---

<sup>112</sup> Juan Jacobo, Calderón Villegas (2007). La constitucionalización de las controversias contractuales. En: *Los contratos en el derecho privado*. Bogotá, Universidad del Rosario. Pág. 751.

<sup>113</sup> Rengifo García, Ernesto (2004). Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Op. Cit. Pág. 36.

debe ser compatible con el respeto de los derechos ajenos. Se abusa de un derecho constitucional propio cuando su titular hace de él un uso inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines. En este orden de ideas, el abuso es patente cuando injustificadamente afecta otros derechos y, también, cuando su utilización desborda los límites materiales que el ordenamiento impone a la expansión natural del derecho, independientemente de que se produzca en este caso un daño a terceros.”<sup>114</sup>

Con base en la anterior postura de la Corte Constitucional, conviene advertir que la misma corporación hace la distinción entre el abuso del derecho como principio general del ordenamiento y el abuso del derecho en el ejercicio de los derechos constitucionales. De ahí que manifieste que el abuso del derecho en materia contractual no tiene naturaleza constitucional.

“El artículo 95 de la CP se refiere exclusivamente a derechos y deberes constitucionales que son la materia a la que se contrae la obra del Constituyente, sin perjuicio de que la interdicción del abuso del derecho sea un principio general del ordenamiento. La norma que ordena "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios" (num. 1), es un desarrollo concreto de la precedente prescripción que se contiene en la misma disposición: "El ejercicio de los derechos y libertades **reconocidos** en esta Constitución implica responsabilidades".<sup>115</sup>

Pues bien, creemos que en materia contractual predispuesta no sucede lo mismo, ya que, la autonomía de la voluntad entendida como la del contratante más fuerte, por ser de rango constitucional, devela que este es un ejemplo de abuso de los derechos constitucionales, luego, es posible determinar que en materia contractual el abuso de este derecho tiene rango constitucional cuando de lo que se trata es de proteger al contratante débil, ya que al abusar del derecho de establecer unilateralmente las condiciones del contrato, desconociendo que no se pueden insertar cláusulas abusivas, violenta los derechos a la igualdad, el equilibrio contractual y la buena fe, y por supuesto, la autonomía del contratante débil que

---

<sup>114</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-511 del 8 de noviembre de 1993. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

espera que no se abuse del derecho. Sobre la autonomía de la voluntad tiene dicho la misma Corte:

“Como previamente lo ha sostenido esta Corporación, la autonomía de la voluntad privada goza de sustento constitucional. En efecto, este postulado se deriva de la aplicación de varios derechos constitucionales concurrentes, a saber: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (C.P. art. 14), el derecho a la propiedad privada (C.P. art. 58), la libertad de asociación (C.P. arts. 38 y 39), la libertad económica, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa (C.P. arts. 333 y 334). Estos derechos constitucionales le confieren a los asociados la potestad de crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas. Precisamente, en el derecho positivo colombiano, se ha construido el postulado de la autonomía de la voluntad privada a partir del contenido normativo previsto en el artículo 1602 del Código Civil, conforme al cual, *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes (...)”*.

**Dicha autonomía se convierte en un derecho íntimamente ligado y vinculado a la dignidad de la persona humana**, ya que se erige en el instrumento principal e idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas, mediante el poder que le otorga el ordenamiento positivo para regular sus propios intereses en el tráfico jurídico. De ahí que, en la actualidad, se estime que es indispensable conferir un cierto grado razonable de *autorregulación* a los asociados, a través del reconocimiento de un núcleo esencial de libertad contractual, destinado a suplir la imposibilidad física, técnica y jurídica del Estado para prever *ex - ante* todas las necesidades de las personas”<sup>116</sup>

Precisamente para morigerar el principio de la autonomía de la voluntad entendido sólo como la posibilidad de aceptar o no unas condiciones contractuales predispuestas, de modo que si se acepta, el contratante débil queda atado sin posibilidad de protestar ante el clausulado abusivo, ya que, “el contrato es ley para las partes”, se requiere del no abuso de los derechos como principio constitucional para limitar la autonomía de la voluntad. Sobre este punto a dicho la doctrina: “en nuestro sistema, el abuso del derecho si es un límite a los derechos fundamentales. (...) Partiendo que la autonomía negocial es un derecho fundamental, ese derecho de los particulares de dejar hacer dejar pasar, liberal y

---

<sup>116</sup> Corte Constitucional. Sentencia T- 468 de 5 de junio de 2003. M.P Rodrigo Escobar Gil.

clásico y reformado por el esquema del neoliberalismo, sufre un límite profundo: El derecho fundamental de la igualdad y del equilibrio contractual de las partes y que es imperativo de la Corte garantizarlo.”<sup>117</sup>

En el ámbito del derecho privado, incluso la Corte Suprema de Justicia ha abierto la posibilidad de aplicación e interpretación mediante principios jurídicos. Así, en reciente sentencia expresó:

“Más allá de las discusiones teóricas que genera el tema, lo cierto es que en la práctica, en la labor de decidir una controversia, no sólo pueden verse transgredidas reglas positivas, sino que también es factible la infracción de los principios generales del Derecho, ya sea porque dejan de aplicarse, bien porque se hacen operar indebidamente, ora porque se interpretan de manera errónea. Cabe agregar que dichos principios, asimismo, tienen el carácter de normas de derecho sustancial en aquellos eventos en los cuales, por sí mismos, poseen la idoneidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas. Por ende, basta con invocar una regla general de derecho - en tanto sea la base del fallo o haya debido serlo-, para abrir el espacio al recurso de casación, pues los principios hacen parte del ordenamiento jurídico que el recurso debe salvaguardar.”<sup>118</sup>

Pues bien, todo este debate pone de presente la importancia que han adquirido los principios dentro de la discusión de las controversias jurídicas en general, y en las de carácter contractual en particular, pues la constitucionalización de todo el ordenamiento implica necesariamente que los operadores de justicia interpreten y apliquen justicia, teniendo como faro los valores y principios constitucionales.

---

<sup>117</sup> Arévalo Gaitán. Op. Cit. Pág. 63.

<sup>118</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 7 de octubre de 2009. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Exp. 05360-31-03-001-2003-00164-01.

### **3.1 CRITERIOS DE ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN EN CONTRATOS PREDISPUESTOS CON CLÁUSULAS ABUSIVAS**

Los criterios de interpretación con base en el abuso del derecho por ser el presupuesto de aplicación de las cláusulas abusivas -siendo que este principio explica este tipo de cláusulas-, se han identificado en tres categorías, que surgen inmediatamente del estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Tales categorías corresponden a:

1. Supuestos de cláusulas abusivas en contratos predispuestos (contratos de adhesión y condiciones generales de contratación), que vulneran derechos y obligaciones de carácter contractual.
2. Supuestos de cláusulas abusivas en contratos predispuestos (contratos de adhesión y condiciones generales de contratación), que vulneran derechos fundamentales de protección inmediata.
3. Supuestos de cláusulas ambiguas u oscuras presentes en contratos predispuestos que deben ser interpretadas a favor del adherente y en contra del predisponente.

Los dos primeros eventos corresponden definitivamente a la interpretación del abuso del derecho como mecanismo de protección del contratante débil, que se inscriben dentro la práctica constitucional y de la constitucionalización del derecho privado. Sin embargo, reiteramos que en lo que atañe a las cláusulas abusivas que vulneran derechos y obligaciones contractuales, el principio constitucional del abuso del derecho funge como criterio interpretativo para la declaración de la inaplicabilidad o declaratoria de nulidad de este tipo de clausulado. De modo que, la eficacia de la constitución es indirecta o mediata, en la medida que los jueces ordinarios encargados de desatar estas controversias contractuales, tendrán que

acudir en primer lugar a los principios constitucionales (no abuso de los derechos) con la intención solucionar estas controversias de carácter privado.

En el segundo de los eventos, abunda jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha permitido que mediante la acción de tutela, se “inapliquen” aquellos clausulados que van más allá de las obligaciones y derechos de carácter contractual, y que vulneran derechos fundamentales de los contratantes débiles de la relación jurídica contractual predispuesta. Este evento, corresponde a la eficacia inmediata y directa de los derechos fundamentales en las relaciones horizontales, es decir, que se demuestra que en Colombia la *direkte Drittwirkung* alemana tiene plena vigencia y acogida por parte de la jurisprudencia constitucional.<sup>119</sup>

Este esquema podemos establecerlo como sigue:

<b>CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS PREDIPUESTOS QUE VIOLENTAN DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATO</b>	<b>CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS PREDISPUESTOS QUE VIOLENTAN DERECHOS FUNDAMENTALES DE PROTECCIÓN INMEDIATA</b>
EFICACIA MEDIATA E INDIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN. ( <i>Indirekte Drittwirkung</i> ). PRINCIPIO CONSTITUCIONAL (ART. 95. C.N) DEL ABUSO DEL DERECHO COMO CRITERIO INTERPRETATIVO.	EFICACIA INMEDIATA Y DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN. ( <i>direkte Drittwirkung</i> ). INTERVENCION DEL JUEZ CONSTITUCIONAL DE TUTELA EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Sin embargo, ponemos de presente que la protección inmediata de los derechos fundamentales por parte de la Corte Constitucional en materia contractual aplica tanto para contratos civiles y mercantiles libremente negociados, como para los que establecen clausulado abusivo. Aspecto que nos lleva a pensar que en

<sup>119</sup> Blengio, Juan, Op. Cit. Pág. 427

principio, la categoría de contratos predispuestos con cláusulas abusivas no tiene la relevancia constitucional que requiere cuando de lo que se trata es de proteger la igualdad y el equilibrio *dentro del contrato*, y no otros derechos, pues en nada afectaría el poder de mercado y de predisposición que posee el contratante fuerte de la relación contractual, en eventos en los cuales abusando de ese poder contractual se establezcan cláusulas abusivas que generan desequilibrio contractual, y por tanto, ponen de presente que la igualdad contractual, como derecho, y la autonomía de la voluntad del contratante débil, son derechos constitucionales debilitados protegibles en sede ordinaria, *vía interpretación* del principio del abuso del derecho por parte del juez natural del contrato.

<b>CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS PREDISPUSTOS QUE VIOLENTAN DERECHOS FUNDAMENTALES DE PROTECCIÓN INMEDIATA</b>	<b>CLÁUSULAS EN CONTRATOS LIBREMENTE NEGOCIADOS QUE VIOLENTAN DERECHOS FUNDAMENTALES.</b>
EFICACIA INMEDIATA Y DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN. ( <i>direkte Drittwirkung</i> ). INTERVENCIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL DE TUTELA EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.	EFICACIA INMEDIATA Y DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN. ( <i>direkte Drittwirkung</i> ). INTERVENCIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL DE TUTELA EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

**3.1.1 Criterio Interpretativo Mediante el Principio de No Abuso del Derecho en Contratos Predispuestos con Cláusulas Abusivas que Vulneran Derechos y Obligaciones del Contrato.** Este es sin duda uno de los debates más interesantes del derecho civil moderno, pues las cláusulas abusivas en el derecho colombiano, como consecuencia de la no regulación específica de esta situación jurídica, ha permitido acudir a la noción del principio del no abuso de los derechos para desatar este tipo de controversias. Sin embargo, en el trasegar de este debate la Corte Suprema de Justicia ha acudido a criterios interpretativos propios del Código Civil que intentaban en algo amarrar la interpretación a las exigencias

propias del liberalismo clásico, confundiendo las cláusulas oscuras y ambiguas con las de carácter abusivo. Por ello, el primer periodo de discusión se dedicó más a estudiar la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión, sin preocuparse de la función social y económica que cumplen este tipo de contratos. Se ha dicho entonces, que en este periodo predomina un respeto por el dogma de la autonomía de la voluntad, en detrimento de los principios generales que realzan el carácter social del contrato.<sup>120</sup>

Sobre este punto el autor en cita trae a colación una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de 1947 en que se analizan los contratos que celebraba en ese entonces Ferrocarriles Nacionales, al respecto se decía:

“No es que la sala desconozca los contratos de adhesión, sino que afirma que ellos no se han celebrado dentro de las normas de tipo tradicional y clásico, en que las cláusulas y condiciones son pesadas, discutidas y establecidas durante el tiempo de contratación. 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. (...) En realidad, estas transacciones no son contratos sino relaciones desiguales, y **en las cuales la ley de la parte preponderante**, que es el autor de la oferta reglamentaria, **debe indudablemente prevalecer**, aunque no fuera ella sino para asegurar la uniformidad de los servicios prestados por esta parte.”<sup>121</sup>

Así pues, como consecuencia de la inaplicación inicial del principio del abuso del derecho en las relaciones contractuales predispuestas, y al imperar un sistema formalista y de derechos absolutos, la Corte Suprema siguiendo este mismo problema jurídico en sentencia de 1970 señaló analizando el contrato de seguro lo siguiente:

“La buena fe y la diligencia son piedras angulares de todo ordenamiento jurídico. Tanto las cláusulas como el Código de Comercio le dan

---

<sup>120</sup> Arrubla Paucar, Jaime Alberto (2007). Abuso de la posición dominante contractual. En: *Regulación financiera y bursátil y derechos del consumidor*. Medellín, Editorial Diké. Pág. 190.

<sup>121</sup> *Ibidem*. Pág. 191.

importancia a la exactitud de las declaraciones del asegurado, base del contrato de seguro. 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 con las leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres. A pesar de las teorías reglamentarias, la Ley no exige que la formación del contrato sea la culminación de un proceso de discusión. Aún 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 las 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. Por consiguiente, en estos contratos opera en toda su amplitud el postulado de la autonomía de la voluntad privada y, por lo tanto, las partes pueden insertar en el contrato todas las estipulaciones, que estimen convenientes con las limitaciones conocidas.”<sup>122</sup>

Como queda evidenciado, en esta primera etapa la actividad judicial sólo podía acudir en defensa de los contratantes débiles cuando el legislador, en ejercicio de su actividad, determinaba mecanismos legales de protección, y ante esta circunstancia (contratos de adhesión) en que no había ley imperativa que permitiera acudir en protección de los adherentes sólo se podía estar a lo dispuesto “libremente” por los sujetos de la relación jurídica contractual. Muestra de este rigorismo en la interpretación de los contratos por adhesión, y de la confusión entre cláusulas abusivas y cláusulas oscuras y ambiguas en los contratos predispuestos, se encuentra nuevamente en sentencia de 29 de agosto de 1980 en la que se analizó el contenido de un contrato de seguro, al respecto fue de la siguiente consideración la Corte Suprema:

“Cuando por disentimiento de las partes en el punto se discuten judicialmente la naturaleza y el alcance de las obligaciones surgidas de la relación material por ellas acordadas, corresponde al juzgador, a fin de determinar las prestaciones cuyo cumplimiento debe asegurar, interpretar el contrato, o sea investigar el significado efectivo del negocio jurídico.

---

<sup>122</sup> *Ibidem*. Pág. 192.

En dicha labor de hermenéutica la primera y cardinal directriz que debe orientar al juzgador es, según preceptúa el artículo 1618 del Código Civil, al de que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; las demás reglas de interpretación advienen a tomar carácter subsidiario y, por tanto, el juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando le resulta imposible descubrir lo que hayan querido los contratantes. (...)

Lo cual significa que cuando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo contenido sea claro y determinante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales, incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno solo de los contratantes.

Los contratos deben interpretarse cuando son oscuros, es cierto, pero tal labor de hermenéutica tiene que encontrarse dentro de lo racional y lo justo, conforme a la intención presunta de las partes, **y sin dar cabida a restricciones o ampliaciones que conduzcan a negar al contrato sus efectos propios: la violación de esta limitante implicaría un claro quebranto del principio legal del efecto obligatorio del contrato; al actuar así el juez se rebelaría directamente contra la voluntad de las partes expresada, modificando a su talante los efectos queridos** por ellas al contratar.

Se ha dicho con estrictez que el contrato de adhesión, del cual es prototipo el de seguro, se distingue del que se celebra mediante libre y previa discusión de sus estipulaciones más importantes, en que en aquel una de las partes ha preparado de antemano su oferta inmodificable, que la otra se limita a aceptarlo o rechazar sin posibilidad de hacer contrapropuestas.

Y es de verdad, como lo apunta la sentencia recurrida, que la mayoría de las veces ocurre que tales contratos se hacen constar en formatos impresos que el asegurado ni siquiera se entera de su contenido anteladamente. Pero que ello sea así no puede desconocer 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 libremente su consentimiento.

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 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, pues son el fiel reflejo de la voluntad de los contratantes y por ellos se toman intangibles para el juez. Pueden aparecer para éste exageradas, rigurosas u aún odiosas tales estipulaciones: sin embargo, su claridad y el respeto a la autonomía contractual le vedan al juzgador, pretextando interpretación, desconocerles sus efectos propios.**<sup>123</sup>

Esta extensa cita pone de presente que hasta dicha fecha, la labor del juez se limitaba a auscultar la intencionalidad de las partes, sin embargo, no advertía la Corte Suprema que precisamente “intención mutua” es lo que no existe cuando se predisponen las cláusulas de los contratos por adhesión. Así mismo, conviene que reiteremos que hasta este momento, la labor hermenéutica en tratándose de cláusulas predispuestas, así fueran abusivas, debían interpretarse mediante los postulados propios de las épocas del liberalismo puro. Hasta ese momento, la Corte no paraba mientes en la transformación económica que venía ínsita en este tipo de contratos, y no advertía que la interpretación debía presentarse por otros causes que intentaran principalmente proteger al contratante débil, y con ello, recuperar en parte el equilibrio contractual para darle legitimidad a este tipo de contratación. Las anteriores consideraciones del más alto tribunal de justicia ordinaria en Colombia, demostraban que aún en ese momento los vicios del consentimiento, eran los indicados para proteger la libertad contractual. Si no existían dichos vicios, el ordenamiento sólo excepcionalmente sancionaba los desequilibrios al momento de la celebración del contrato, a través, fundamentalmente, de la figura de la lesión enorme. Pues bien, ninguno de estos

---

<sup>123</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 29 de agosto de 1980. M.P Humberto Murcia Ballén. Los subrayados son nuestros.

supuestos son los que operan en las cláusulas abusivas que violan derechos y obligaciones *esenciales de los contratos*, en ellos, lo que existe es un abuso del derecho que deberá ser sancionado por los jueces a través de la interpretación de este principio que, ya por los albores de 1991 asumiría el carácter de principio constitucional, lo que no le quitaba su calidad de principio general del derecho y que debió aplicarse en los eventos de la existencia de clausulado abusivo.

La anterior postura interpretativa de los contratos con cláusulas abusivas se vería modificada como consecuencia de la fuerza normativa de la constitución de 1991, así, con ocasión del conocimiento del caso Arinco contra Corpavi, expediente 3972, la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Magistrado Carlos Esteban Jaramillo Schloss, interpretando el principio del abuso del derecho, describe los mecanismos de control de las cláusulas abusivas que se presenta en este evento en el plano contractual, y llega a la conclusión de que tal control se haya dentro de los preceptos de carácter constitucional, es decir, esta sentencia reconoce la eficacia de la Constitución en relación con las controversias surgidas entre particulares. En este sentido, la jurisprudencia considera la figura del abuso del derecho como un ilícito atípico lo que recuerda la construcción teórica de Manuel Atienza y Ruiz Manero, y su parangón en la doctrina civilística de considerar este principio como una fuente autónoma de las obligaciones. Estos presupuestos de aplicación del abuso del derecho fueron expuestos así por la Corte:

“Hoy en día se tiene por sabido que el dominio de aplicación del postulado en cuya virtud las leyes no le brindan protección de ninguna índole a quien abusa en el ejercicio de poderes emergentes de situaciones particulares que le favorecen, no lo absorbe con sentido de exclusividad el régimen previsto para los delitos y cuasidelitos civiles, lo que desde luego no es impedimento para que en este contorno se le tenga como uno de los factores posibles de imputación de responsabilidad; **el abuso de dichas prerrogativas, entonces, es un ilícito específico o sui generis, que sin duda alguna cuanta con suficiente autonomía conceptual (...)** habida cuenta que como en la actualidad lo dicen valiosos estudios sobre el tema, el deber jurídico de no excederse en el ejercicio de un derecho subjetivo, de evitar su

empleo de manera antisocial o inhumana o que contradiga la finalidad socioeconómica que dicha potestad tiene, es parte integrante de toda situación jurídica individual activa o de poder. (...) hoy se la utiliza también para controlar el goce y ejercicio de los derechos derivados de los contratos a fin de que este ejercicio no sea ilícito o ilegítimo e impedir así que los contratantes se sirvan de los derechos que los contratos crean con una finalidad distinta de aquella para la cual estos fueron pactados.”<sup>124</sup>

Así mismo, en lo que respecta a la eficacia de la Constitución en el debate contractual, la Corte Suprema en la sentencia de marras expresó:

“Así pues, la condena jurídica de los comportamientos abusivos del titular de un derecho subjetivo, ora sea al ejercitarlo o ya por dejar de hacerlo, es un valioso **principio regulador de tipo general que en tanto permite un amplio control judicial orientado a reprimir esos comportamientos donde quiera que se presente, extiende su influencia a todo el ordenamiento positivo hasta el punto de convertirse en una de las bases fundamentales del derecho vigente en el país como lo indica, en forma categórica por cierto, la Constitución Nacional en su artículo 95 (numeral 1 del inciso 3)**. Su función no puede reducirse, entonces, a la de convertirse en fuente posible de obligaciones derivadas de una modalidad de culpa civil extracontractual a la que sin duda, en ciertas circunstancias es equiparable el ilícito abusivo.”<sup>125</sup>

No hay duda que con esta providencia comienza a desatar dentro de la jurisdicción civil y comercial la eficacia indirecta de la Constitución. Allí, los principios generales del derecho, en especial el no abuso de los derechos recobran el vigor que alguna vez tuvieron en la jurisprudencia de la Corte de Oro de 1936. El ataque de Francisco Gény al antiformalismo, aún cuando duró tan sólo algunos pocos años sirvió a la Corte Suprema de Justicia que encontró en la Constitución de 1991, y los principios constitucionales, el segundo ataque, quizá el definitivo contra el formalismo, porque como se ha dicho ya, en períodos anteriores en lo que respecta a los derechos subjetivos estos ya se consideraban relativos (Josserand), sin embargo, el gran tropiezo para los jueces era que

---

<sup>124</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 19 de octubre de 1994. M.P Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Expediente 3972.

<sup>125</sup> *Ibidem*. Negritas fuera del texto.

estaban atados a la ley escrita, como única alternativa para intervenir en las relaciones contractuales, incluso en las de carácter predispuesto. Al no haber ley imperativa que sancionara estas prácticas abusivas contractuales predispuestas, no le quedaba otro remedio a los jueces que respetar la “ley contractual”. Esta es pues, la eficacia de los principios jurídicos constitucionales en un ordenamiento que posee una Constitución que irradia todo el sistema jurídico, pues los jueces acuden a principios como criterios interpretativos para solucionar los desequilibrios contractuales que generan las cláusulas estándar. Hoy, el juez es parte importante en el derecho, ya no es la boca muda de la ley, sino por el contrario, se exige su intervención en el Estado Social de Derecho ante las deficiencias del positivismo jurídico y su formalismo.

Con este precedente, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 2 de febrero de 2001 decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por Seguros del Caribe S.A. - llamada en garantía - contra la sentencia proferida el 31 de enero de 1995 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por INVERSIONES VELAR LIMITADA contra la sociedad “NACIONAL DE DECORACION Y CONSTRUCCION LIMITADA” - Naldecon Ltda. En dicha sentencia, la Corte conoció de la censura según la cual Seguros del Caribe S.A, no estaba obligada a reconocer las obligaciones de un seguro tomado por Naldecon y como beneficiario Inversiones Velar Ltda., toda vez que, en una de las cláusulas de las condiciones generales de contratación se establecía que en cuanto al pago de la indemnización, éste se haría “después de la ejecutoria del fallo judicial, administrativo o laudo arbitral, a elección del beneficiario, que declare el incumplimiento y al recibir la compañía la comunicación escrita del beneficiario en que exija el pago, acompañada de una copia auténtica del respectivo fallo...”, disposición contractual que no fue tomada en cuenta por el Tribunal, cuya apreciación respecto de la póliza en cuestión fue equivocada, a tal punto que “condujo a que se aplicara indebidamente el artículo 1080 del Código del Comercio, y a que condenara a Seguros Caribe S.A. a pagar intereses a una tasa del 18%

anual”, condena esta última que, “de haberse apreciado correctamente la póliza”, no se le habría impuesto a la compañía.”<sup>126</sup> Sobre el particular la Corte, luego de hacer un extenso recorrido sobre las características propias de los contratos de adhesión y las condiciones generales de contratación, concluye que el Tribunal no erró al no tener en cuenta esta cláusula de la póliza de seguros en la solución del problema jurídico, toda vez que en ella se generaba un claro desequilibrio contractual, originado en la imposibilidad o limitación del beneficiario en cuanto a la prueba del siniestro que permitía el pago de los perjuicios, sobre el particular previno:

“En este sentido, la calificación de abusiva, leonina o vejatoria -entre otras denominaciones más enderezadas a relieves el resquebrajamiento o erosión de la justicia contractual- de una cláusula que, como la aquí colacionada, impone al asegurado o beneficiario la carga de probar su derecho de una manera específica -o tarifaria-, limitando por esta vía indebidamente los diversos medios de prueba a su disposición, en contra de la preceptiva legal imperante, responde, preponderantemente, al hecho de que ella socava el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, en la medida en que agrava -sin contrapartida- las condiciones en que aquellos pueden solicitar del asegurador que cumpla con su obligación de “pagar el siniestro”, concretamente como corolario de la acreditación de la ocurrencia o materialización del riesgo asegurado.”<sup>127</sup>

Pues bien, la solución a tan intrincado problema jurídico la Corte lo encuentra en que, en el caso específico, la aseguradora, al insertar este tipo de cláusulas estaba abusando de su derecho en la configuración unilateral del contrato de seguro. Lo interesante es que, tal respuesta la encuentra la Corte Suprema de Justicia en el principio constitucional que conmina a no abusar de los derechos, en este sentido, retoma la línea de argumentación vía principios en clave de constitucionalidad.

---

<sup>126</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente No 5670

<sup>127</sup> *Ibidem*.

“De esta manera, en caso de preterirse el equilibrio contractual, no solo se utiliza impropriamente un esquema válido -y hoy muy socorrido- de configuración del negocio jurídico, en el que no obstante que “el adherente no manifieste una exquisita y plena voluntad sobre el clausulado, porque se ve sometido al dilema de aceptar todo el contrato o renunciar al bien o al servicio”, en cualquier caso, “no puede discutirse que existe voluntad contractual”, o que ese acto no revista “el carácter de contrato”, sino que también abusa de su derecho y de su específica posición, de ordinario dominante o prevalente, en franca contravía de los derechos de los consumidores (arts. 78, 95 nral. 1º y 333 inc. 4º C. Pol. y demás disposiciones concordantes), eclipsando al mismo tiempo el potísimo axioma de la buena fe, dada la confianza que el tomador -consumidor, *lato sensu*- deposita en un profesional de la actividad comercial, al que acude para trasladarle -figuradamente- un riesgo por el que ha de pagarle una prima (art. 1037 C. de Co.), en la seguridad de que si el suceso incierto configurativo del riesgo asegurado se materializa, esto es, cuando éste muda su condición ontológica (*in potencia* a *in actus*), el asegurador asumirá las consecuencias económicas o patrimoniales desfavorables que de él deriven, pues esta es su “expectativa objetivamente razonable”, como lo enseñan determinados autores, la que precisamente sirvió de báculo para contratar el seguro. (...)

“La limitación indebida de los medios de prueba o los pactos que modifiquen la distribución de la carga de la prueba conforme al derecho aplicable” (Se subraya), restricción objetiva que en el caso sometido a escrutinio de la Sala, se “acordó” en la cláusula 13 de las condiciones generales del seguro de cumplimiento tomado por la sociedad demandada, al estipularse como única manera de probar el siniestro, la copia auténtica de la sentencia o del laudo arbitral ejecutoriado, que declare el incumplimiento del afianzado (fl. 149, cdno. 1), lo que significa, lisa y llanamente, que a través de esa aludida –y cuestionada- cláusula, se modificó un precepto de carácter imperativo, en perjuicio del asegurado-beneficiario, **lo cual tampoco resulta de recibo en el ordenamiento colombiano, no solo desde el punto de vista legal, como ha quedado expuesto, sino también desde una perspectiva constitucional, si se tiene en cuenta que es deber de toda persona no abusar de sus derechos (nral.1º inc. 2º art. 95 C. Pol.); que el Estado debe evitar o controlar “cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional” (inc. 4º art. 333 ib.), e igualmente velar por los derechos de los consumidores (art. 78 ib.).**

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).<sup>128</sup>

Al parecer, la Corte considera que la limitación de los medios de prueba, no tiene el rango de violentar el derecho fundamental al debido proceso, protegible directamente por vía de tutela, lo que reafirma nuestra postura de que la eficacia de la Constitución en los eventos de imposición unilateral de cláusulas abusivas que violentan derechos y obligaciones del contrato predispuesto es mediata o indirecta por vía del principio de no abuso de los derechos, esto, con el único objetivo de proteger en sede ordinaria al contratante débil de la relación contractual. Hoy día, los jueces son un momento esencial del derecho y los principios constitucionales como criterios de interpretación, sirven para limitar el principio clásico de la autonomía de la voluntad, entendida como la del contratante fuerte en la estipulación de condiciones unilaterales. Esto sucede fundamentalmente, porque la norma constitucional prima sobre la ley, así se trate del Código Civil.

**3.1.2 Protección Inmediata de Derechos Fundamentales Vulnerados con Ocasión de la Inserción de Cláusulas Abusivas en Contratos Predispuestos que Generan Un Perjuicio Irremediable.** En el anterior apartado se estudió cómo mediante la interpretación del principio del abuso del derecho (como

---

<sup>128</sup> *Ibidem*. Los subrayados son de la Corte Suprema de Justicia.

principio constitucional), se resolvían los conflictos que surgen cuando mediante cláusulas abusivas se vulneran derechos y obligaciones del contrato. Advertíamos que esta desigualdad contractual, no es protegible constitucionalmente de manera inmediata, pues tal conflicto debe ser resuelto por la jurisdicción ordinaria, eso sí, aplicando el principio constitucional. De ahí que precisáramos que la eficacia de la Constitución era mediata e indirecta, pues los principios son criterios interpretativos que deben ser utilizados por los jueces ordinarios en la solución de los conflictos jurídicos surgidos con ocasión de cláusulas abusivas en contratos predispuestos. Esta configuración se presenta, pues se requiere de una coordinación entre el derecho constitucional y las otras ramas del derecho, y es necesaria entre otras cosas, pues de otra forma se desnaturalizaría el derecho civil y comercial, llegando al absurdo de que las acciones de amparo o de tutela podrían resolver todos los conflictos jurídicos. Que se haya afirmado que la constitución tiene en este evento eficacia mediata o indirecta, no significa que los principios sean de carácter auxiliar, por el contrario, en estos eventos hemos visto cómo los jueces civiles deben acudir al principio del no abuso del derecho de forma inmediata como criterio interpretativo en el ámbito civil u ordinario.<sup>129</sup> Esta postura queda evidenciada en una sentencia de la Corte Constitucional que estudió precisamente violación de derechos y obligaciones de un contrato, al respecto se dijo:

“Las diferencias surgidas entre las partes por causa o con ocasión de un contrato no constituyen materia que pueda someterse al estudio y decisión del juez por la vía de la tutela ya que, por definición, ella está excluida en tales casos toda vez que quien se considere perjudicado o amenazado en sus derechos goza de otro medio judicial para su

---

<sup>129</sup> Esto pone de presente que en el proceso de constitucionalización del derecho civil, no significa que todos los asuntos sean protegibles por vía de tutela. La eficacia indirecta de la Constitución se perfila como la mejor forma de constitucionalización del derecho civil, debido a que los jueces ordinarios están atados a la Constitución, pues es la primer norma que deben tener en cuenta los jueces, y sobre la cual deben interpretar el resto del ordenamiento. BLENGIO afirma que la *Indirekte Drittwirkung* termina por asignarle a los derechos fundamentales (en el marco de las relaciones privadas) el carácter de meros derechos reflejos o debilitados, lo que reafirma nuestra premisa de que la jurisprudencia nacional en lo que tiene que ver con la igualdad de los contratantes y el equilibrio contractual (art. 13 C.N), cuando se establecen cláusulas abusivas que *violentan obligaciones y derechos del contrato* tiene un carácter reflejo o debilitado.

defensa: el aplicable al contrato respectivo según su naturaleza y de conformidad con las reglas de competencia estatuidas en la ley.”<sup>130</sup>

Y sobre la eficacia mediata de la Constitución en las relaciones particulares puntualizó:

“La obligada interpretación de todas las normas que integran el ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución, sus valores y principios fundamentales, no obra en las normas una metamorfosis de su rango normativo deviniendo ellas mismas constitucionales. Salvo el caso de las materias y de los presupuestos materiales tratados en la Constitución, deducibles de la misma o que pueden comprenderse razonablemente en sus cláusulas abiertas, por lo demás la relevancia de la Constitución es general y su contenido normativo dotado de particular fuerza expansiva debe proyectarse efectivamente sobre todo el ordenamiento y permearlo, pero ello no puede traducirse en restar pertinencia a las fuentes normativas inferiores ni vaciar sus presupuestos de actuación. Lo contrario equivaldría a sobrecargar la dimensión constitucional y la jurisdicción de este nombre, olvidando que todos los jueces están vinculados por la Constitución y todas las normas deben interpretarse de conformidad con su texto, sus valores y principios. La situación materia de la tutela, nacida al amparo de un contrato y regulada por éste, sólo tiene una relevancia constitucional genérica en el sentido de que la fuente pertinente para resolver la controversia es la regla contractual, la cual como toda fuente normativa debe interpretarse de conformidad con la Constitución, sin que por ello la misma o su presupuesto normativo adquieran carácter constitucional.”<sup>131</sup>

Sin embargo, puede suceder que mediante la inserción de clausulado abusivo los particulares violen derechos fundamentales que desbordan la tolerancia frente al principio de la autonomía de la voluntad. Sobre el particular puede acontecer que las cláusulas abusivas desconozcan derechos fundamentales como la libertad de expresión, el trabajo, el mínimo vital etc. En estos eventos, aparte de permanecer y configurarse un claro abuso del derecho por parte del particular, la eficacia de la

---

<sup>130</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-511 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver también Sentencia T-594 de 1992.

<sup>131</sup> *Ibidem*.

Constitución viene inmediata y directa, pues los derechos fundamentales conculcados se pueden hacer valer en el marco de las relaciones privadas.<sup>132</sup>

Esta eficacia directa de la Constitución la Corte Constitucional la admitió en sentencia de fecha 4 de junio de 1999. Allí se conoció de una acción de amparo interpuesta con ocasión de la violación presunta del derecho a la libertad de expresión, y además la autonomía de la voluntad. Los accionantes, setenta en total, adquirieron vivienda de interés social a través de la **CONSTRUCTORA COLMENA S.A.**, empresa que les vendió casas, ubicadas al sur de la ciudad de Santa Fe de Bogotá. Al efecto, cada uno de ellos celebró el correspondiente contrato de compra-venta, en los cuales la demandada *incluyó* una cláusula que obligaba a abstenerse a los compradores “de efectuar actos tales como obstaculización de la entrada de personas al proyecto, fijación, exhibición o circulación de pancartas, avisos, afiches, carteles, escritos, volantes, cartas, o circulares que indiquen, expresen o sugieran que los inmuebles del proyecto adolecen de mala calidad o de dotaciones defectuosas o deficientes, o que el Prometiente vendedor lo ha engañado o le ha mentado o no le ha cumplido a cabalidad respecto de las características generales o específicas del mismo y de las condiciones previstas en los respectivos contratos de promesa de compra-venta o en la publicidad y propaganda que se haya hecho por parte del Prometiente vendedor para el proyecto. El incumplimiento del deber aquí estipulado le acarreará al Prometiente comprador y a favor del Prometiente vendedor, el pago de una multa equivalente a mil (1000) unidades de poder adquisitivo constante (UPAC), sin perjuicio del cumplimiento de la obligación principal.”

En este evento, la accionada mediante apoderado manifestó que no procedía la acción de tutela debido a que existía otro medio de defensa por parte de los accionantes, y que consistía básicamente en la posibilidad de excepcionar en un

---

<sup>132</sup> Blengio, Juan (2007). Op. Cit., Pág. 427.

eventual proceso ejecutivo la mentada violación al derecho fundamental. Como se observa, se pretendía la eficacia indirecta de la Constitución en el evento de violación de derechos fundamentales. La corte al despachar el asunto consideró:

“Lo primero que hay que señalar, es que en desarrollo del principio de autonomía y de conformidad con lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil, “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” Ello es así por cuanto la celebración de un contrato presupone un acuerdo de voluntades entre las partes que lo suscriben, las cuales, se presume, actúan con plena capacidad, en ejercicio de su autonomía y en igualdad de condiciones. En ese contexto la pregunta que surge, en el caso específico que ocupa a la Sala, es si las partes, a las que se les reconoce plena autonomía, pueden legítimamente, ellas mismas, imponerse restricciones en el ejercicio de derechos que la Constitución les reconoce como fundamentales, esto es como inherentes a su condición de seres libres, dignos y autónomos, y más específicamente si pueden restringir el derecho a la libre expresión de una de ellas.”<sup>133</sup>

Y sobre la disposición unilateral de esta cláusula, la Corte estableció que los actores se vieron obligados a adherir a las condiciones establecidas por la Constructora, es decir, en el caso específico se trataba de un contrato de adhesión en el cual la vendedora aprovechando la experiencia y el dominio que tiene sobre la materia contractual, no sólo le impuso unilateralmente a los compradores una obligación que restringe su derecho fundamental a la libre expresión, como tal ilegítima pues no fue el producto de un acuerdo libre de voluntades, sino que la obligó a aceptar, según los términos del contrato predispuesto una multa excesiva por incumplimiento.

A esta conclusión llega la Corte acudiendo igualmente a la figura del abuso de los derechos. Sobre este punto expresó:

“Así las cosas, la constructora incurrió en lo que la doctrina y la jurisprudencia coinciden en denominar un abuso del derecho, pues “...si

---

<sup>133</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz. Exp. 202409.

el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, o sea sin traspasar los límites de la moral...”, éste no se conforma “... con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden, sino que exige que las mismas sean ejercidas no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo”. (...) Es claro, que los elementos constitutivos del abuso del derecho a los que se refiere la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre la materia, en el caso que se revisa se presentan inequívocamente, pues a través de una conducta que refleja de manera nítida un exceso en el ejercicio de las facultades contractuales de la demandada, ésta, que sin duda se encuentra en posición dominante frente a sus usuarios, los compradores de vivienda de interés social actores de la tutela, sin que se evidencie necesidad objetiva y en abierta violación no sólo de los estatutos excepcionales que la regulan, sino de la misma Constitución, exige, “bajo la modalidad de contrato”, el cumplimiento de una cláusula que redunde en daño para la parte que se vio precisada a adherir a sus condiciones.

Coartar el derecho a la libre expresión de los prometientes vendedores, anticipándose a vicios en el objeto del contrato que desde luego ellos desconocían, como también al parecer desconocía la Constructora, es una conducta que trasciende la controversia civil y se adentra en el terreno de la protección de los derechos fundamentales, tarea prioritaria del juez constitucional; por eso y atendiendo el mandato superior consagrado en el artículo 4 de la Constitución Política, la Sala revocará parcialmente las decisiones de los jueces de instancia, que denegaron el amparo solicitado para el derecho a la libre expresión de los actores de la tutela. En este sentido se procederá en la parte resolutive a inaplicar la cláusula 4.17 de los contratos de promesa de compra-venta que aquéllos celebraron con ella, por ser su contenido violatorio del principio fundamental de la autonomía de las personas, y de la garantía que consagra el artículo 20 de la Constitución.”<sup>134</sup>

En otras sentencias la Corte además del principio de no abusar de los derechos ha acudido a la noción de abuso de la posición dominante, que igualmente hace parte del genérico de abuso de los derechos, pero lo que nos interesa es determinar que para que proceda la tutela entre particulares, un presupuesto esencial es la situación de indefensión de un particular sobre otro. En el caso de las cláusulas abusivas en contratos predispuestos es evidente que se presenta

---

<sup>134</sup> *Ibidem*.

una relación de poder entre las partes del contrato. Es más, el sólo hecho de que la doctrina, incluso civilista, hable de contratante débil, pone de presente esta circunstancia de indefensión y subordinación, que se configura básicamente ante el poder de negociación predicable de los contratantes fuertes, quienes imponen los clausulados, y ante la *necesidad* de ciertos bienes y servicios los consumidores no tiene otra alternativa sino adherir al contrato, de ahí que proceda la tutela cuando mediante esas condiciones predispuestas se vulneran o desconozcan derechos fundamentales. Sobre el particular expresó la Corte:

**“La procedencia de la acción de tutela entre particulares tiene un sentido de liberación frente a las demostraciones de poderío y de supremacía de quienes ostentan posiciones de poder y las utilizan sin reparar en su función social o con el propósito velado o no de imponer arbitrariamente sus intereses. (...) Las normas y principios que en materia económica ha incorporado la Constitución Política, no permiten sostener que las hipótesis legales a las que se ha hecho alusión sean excepcionales. En primer lugar, al lado de la libertad económica, la Constitución le asigna a la empresa, como base del desarrollo, una función social que implica obligaciones. Sin pretender sujetar a los agentes económicos a una dirección unitaria centralizada, se reconoce que su acción no solamente se justifica en términos del sujeto individual que ejercita legítimamente una determinada actividad, sino también de la economía en general. La satisfacción de necesidades de la comunidad se confía en un alto grado a las empresas, de las que depende el nivel de empleo y bienestar. De ahí que la empresa se exprese en una doble dimensión: como libertad y como función social. Por consiguiente, la legitimidad de una decisión empresarial, no puede juzgarse únicamente a través del prisma de su autonomía. A esta visión, forzosamente deberá adicionarse la consideración de sus consecuencias sociales y ecológicas. La libertad de empresa cede o debe conciliarse con los valores y principios constitucionales de rango superior. (...) Entre los particulares el contenido de un derecho fundamental, no siempre se plantea en idénticos términos a los referidos en los casos en los que el Estado es el sujeto que perpetra la lesión. **La doctrina de la eficacia directa de los derechos fundamentales en la relaciones privadas, cuando ello es posible, debe proponerse mostrar cómo y en qué sentido el elemento fundamental de un derecho puede resultar específicamente vulnerado.**”<sup>135</sup>**

---

<sup>135</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-375 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Negritas son nuestras.

En el caso de las cláusulas abusivas, la condición de uno de los sujetos de la relación contractual como predisponente, y ante el abuso de su derecho se violentan derechos fundamentales, permite concluir que en esos eventos la tutela posee la contundencia para la protección de los derechos de rango constitucional entre particulares.

El criterio de protección entre particulares de los derechos fundamentales, cuando se establecen cláusulas abusivas, también fue confirmado por la Corte en el evento de Contratos de medicina prepagada, en una sentencia de 1997 la Corte conoció del caso de la inclusión de una cláusula que excluía la protección de una dolencia no detectada por determinado periodo dentro de la ejecución del contrato. En este evento, la jurisprudencia recuerda que las controversias originadas en la interpretación, aplicación y ejecución de los contratos no pueden ser resueltas mediante tutela, pues existen a las claras medios judiciales diversos de ella precisamente contemplados con dicho objeto. Sin embargo, la Corte establece que el poder en el establecimiento del clausulado que tienen las empresas de medicina prepagada puede violentar derechos constitucionales fundamentales como la salud, la integridad personal, y en especial, la vida humana, sobre este punto expresó:

"...la existencia del medio judicial alternativo, suficiente para que no quepa la acción de tutela, debe apreciarse **en relación con el derecho fundamental de que se trata**, no respecto de otros. Esto significa que un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado. En consecuencia, si dicho medio protege derechos distintos, es viable la acción de tutela en lo que concierne al derecho que el señalado medio no protege, pues para la protección de aquel se entiende que no hay otro procedimiento de defensa que pueda intentarse ante los jueces. Desde este punto de vista, es necesario que el juez de tutela identifique con absoluta precisión en el caso concreto cuál es el derecho fundamental sujeto a violación o amenaza, para evitar atribuirle equivocadamente una vía de solución legal que no se

ajusta, como debería ocurrir, al objetivo constitucional de protección cierta y efectiva.”<sup>136</sup>

Por ello en el caso de las empresas de medicina prepagada al existir una particular situación de poderío y desigualdad, la tutela se constituye en el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales. Este argumento se aplica, no hay duda, en los eventos de contratos predispuestos (el contrato de medicina prepagada lo es), en que abusando del derecho en la configuración unilateral del contrato se violan derechos fundamentales. Cabe agregar que un juicio ordinario para declarar la nulidad o inaplicabilidad de la cláusula no se constituye en el mecanismo ideal para proteger los derechos fundamentales que deben aplicarse de forma inmediata. Además agregó la Corte:

“Pero, adicionalmente, no puede pasar desapercibido ante la Corte que las empresas en mención, en cuanto tienen bajo su control directo el manejo de todos los instrumentos que inciden en el disfrute efectivo de los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y asistenciales -hasta tal punto que, en la práctica, son ellas las que deciden de manera concreta si cubren o no el respectivo gasto en cada momento de la ejecución del contrato- **se constituyen en la parte fuerte de la relación contractual**, mientras que los usuarios, por su normal indefensión ante aquéllas, y dadas las circunstancias de apremio en medio de las cuales formulan sus reclamaciones y demandas de servicio -pues deben hacerlo en la hipótesis de la propia enfermedad o la de su familiar cercano- conforman la parte débil del convenio. **Esto hace indispensable la intervención del juez constitucional en defensa del armónico equilibrio entre las partes, en el ámbito de los aludidos derechos fundamentales, que son prevalentes.**”<sup>137</sup>

Estas consideraciones nos llevan a precisar que es el modelo del Estado Social de Derecho, con una Constitución con fuerza normativa, el que permite a los jueces proteger los derechos de los consumidores, y en general, de los sujetos débiles de las relaciones contractuales predispuestas, ya sea a través de la interpretación del Principio constitucional de no abusar de los derechos cuando hay violación de

---

<sup>136</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-307 de 1997. M.P José Gregorio Hernández Galindo. Exp. 126682. En este mismo sentido la sentencia SU-039 de 1998.

<sup>137</sup> *Ibidem*.

derechos y obligaciones dentro del contrato, o mediante la protección de los derechos fundamentales de carácter irrenunciable. En ambos casos reiteramos, se presentan limitaciones a la autonomía de la voluntad, en el primer caso, por interpretación del principio del abuso del derecho, y en el segundo, por los derechos constitucionales fundamentales.<sup>138</sup> Así entonces, el sistema jurídico privado en un Estado Social de Derecho o Constitucional, es un desarrollo positivo de los principios jurídicos y de los derechos fundamentales, de ahí que todo operador jurídico deba, en el caso específico, interpretar acorde con el cuadro normativo de la Constitución.

**3.1.3 Reglas Interpretativas en los Eventos de Cláusulas Ambiguas u Oscuras Insertas en los Contratos Predisuestos.** Aún cuando no es el objeto de esta monografía, creemos que puede aclarar cierta confusión si abordamos el estudio de las cláusulas oscura que se insertan en los contratos predisuestos. Algunos autores cuando estudian las cláusulas abusivas, tienden a considerar que la interpretación debe darse dentro de los marcos de las reglas de interpretación del Código Civil. Sin embargo, advertimos que esto sólo es posible en eventos de cláusulas oscuras o ambiguas<sup>139</sup>, y no frente a aquellas calificadas de vejatorias o abusivas. En este último caso la interpretación se da a partir el principio constitucional del no abuso del derecho, ya que, estas cláusulas no pueden existir en un contrato de derecho privado. Las reglas aplicables en estos eventos de cláusulas ambiguas son básicamente: 1. La regla de la prevalencia; 2. La regla de la condición más beneficiosa; 3. La regla de la condición más importante; 4. La regla de interpretación contra *proferentem* o contra *stipulatore*<sup>140</sup>; la regla de interpretación *pro consumatore*, y 5. La regla de la interpretación restrictiva. Estas reglas se utilizan en los eventos en que es imposible establecer la intención de las

---

<sup>138</sup> Soto Coaguila, Carlos Alberto (2007 ). Tutela constitucional del contrato y los límites a la libertad de contratación. En: *Constitucionalización del derecho privado*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Pág. 475.

<sup>139</sup> García Rengifo. Del Abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Op. Cit., Pág. 211.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

partes, pues es evidente que cuando hay predisposición no puede haber “intención” mutua deducible del contrato, y mucho menos alcanzable por parte del juez, mas como las cláusulas son permitidas y no son abusivas, estas reglas civiles de interpretación son ideales para desatar estas controversias que se deducen de la ambigüedad del clausulado. Sobre este punto la Corte Suprema expresó:

“(…) para decirlo sin ambages, ciertas peculiaridades de los referidos contratos, 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*)**.

Para no ahondar en fatigosas y complejas disquisiciones, que no vienen al caso, sea oportuno resaltar que en punto del discernimiento de las estipulaciones **predispuestas la importancia de los tradicionales criterios hermenéuticos de índole subjetiva (particularmente la norma del artículo 1618 del Código Civil), en cuanto están enderezados a descubrir la común intención de los contratantes, se atenúan y desdibujan, cabalmente, porque no tendría sentido indagar por ese querer mutuo a sabiendas que el contenido del contrato refleja predominantemente la voluntad del empresario; por el contrario, cobran especial relevancia, algunas pautas objetivas, particularmente, la regla *contra proferentem*, que abandona el carácter subsidiario que se le atribuye en el ámbito de los contratos negociados, para pasar a convertirse en un principio de aplicación preponderante (artículo 1624 *ibídem*).**

Igualmente, como los contratos de adhesión presuponen un alto grado de confianza del adherente en la estipulación que se le ofrece, la cual

ha de estar precedida por el cabal cumplimiento de los deberes de corrección, lealtad y, especialmente, **de claridad que pesan sobre el proponente**, es atinado colegir que el alcance que corresponde a las cláusulas predispuestas es el que de manera razonada le hubiere atribuido el adherente promedio. Esto es, que siguiendo los mandatos de la buena fe, la estipulación deberá ser entendida desde el punto de vista del destinatario, como lo harían las personas honestas y razonables.

Es palpable, entonces, que las disposiciones contractuales deberán comprenderse en su acepción corriente o habitual, a menos que las partes hubiesen previsto asignarle un sentido distinto, concretamente, el técnico o científico que les corresponda. A los aludidos principios, que la Corte enuncia y aquilata de cara al asunto que resuelve, de modo que no pueden entenderse como taxativos o excluyentes de los demás, es menester agregar aquellos criterios acuñados para solucionar las contradicciones surgidas entre el clausulado contractual, específicamente las reglas de la “prevalencia”, “**de la condición más importante**” y “**de la condición más favorable**”, las cuales, más que tender a establecer un significado específico, apuntan a ordenar el texto del contrato y a delimitar el material objeto de interpretación.

**La regla de “la prevalencia”** confiere preponderancia a la condición particular o negociada cuando entra en contradicción con las de carácter general; desde luego que es lógico preferir el clausulado particular, por cuanto hace referencia al caso concreto, amén que, en principio, aclara o altera las estipulaciones generales. Conforme al principio de “**la condición más compatible a la finalidad y naturaleza del negocio**”, en caso de presentarse contradicción entre cláusulas integrantes de las condiciones generales, deberá atenderse aquella que ostente mayor especificidad en el tema. Por último, en virtud del criterio de “**la condición más beneficiosa**”, cualquier enfrentamiento entre estipulaciones que conforman las condiciones generales, y entre éstas y una condición particular, se resuelve aplicando aquella cláusula que resulte más provechosa para el consumidor.”<sup>141</sup>

---

<sup>141</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 4 de noviembre de 2009. Sala de Casación Civil. M.P Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. 11001 3103 024 1998 4175 01.

### **3.2 CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES PREDISPUESAS. EFICACIA MEDIATA E INMEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN EN MATERIA CONTRACTUAL**

Antes de abordar el estudio de la constitucionalización del derecho privado, y en particular del derecho civil y comercial de las obligaciones y contratos, conviene tener en cuenta que esto sólo es posible si se admite que dentro de un sistema jurídico particular, la Constitución tiene la relevancia suprema dentro del orden jurídico. En Colombia tal aseveración no resulta extraña desde que la Constitución de 1991 dio un vuelco total al sistema de fuentes a que están atados los jueces en la decisión de las controversias que se presentan a diario. Además, otro argumento que refuerza lo anterior es que se ha aceptado ya, por la jurisprudencia constitucional el hecho de que la protección de los principios constitucionales no sólo le corresponde al juez de tutela y a la Corte Constitucional, sino a todos los jueces en todos los ámbitos de sus competencias.<sup>142</sup>

Sin embargo, conviene advertir que estos procesos de constitucionalización del derecho contractual privado, deben evitar i) la denominada “sobreconstitucionalización” o “hiperconstitucionalización” del derecho que termina por despojar de toda relevancia e interés la existencia de un orden jurídico escalonado, y ii) la llamada “infraconstitucionalización” que reduce el valor de la Constitución.<sup>143</sup> Por tales razones se hace indispensable buscar el punto medio de constitucionalización, de ahí que nos inclinemos en el sentido de que la respuesta está en la doctrina de la eficacia mediata e inmediata de la Constitución. Ahora bien, el proceso que busca la eficacia de la Constitución en las relaciones particulares, parte de la premisa de que la autonomía de la voluntad es el elemento o columna vertebral del derecho privado de los contratos. Autonomía

---

<sup>142</sup> Sobre este preciso punto la Constitución establece en el artículo 4 lo siguiente: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”

<sup>143</sup> Calderón Villegas, Juan Jacobo (2007). La constitucionalización de las controversias contractuales. En: *Los contratos en el derecho privado*. Bogotá, Universidad del Rosario. Pág. 752.

que tiene el carácter de derecho fundamental y de principio a la luz de la misma Carta Política de 1991, y de la interpretación que hace la Corte Constitucional, sobre este aspecto la Corte se pronunció en el sentido de que:

**“La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual gozan entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas (C.P. art. 1º y 95-1). Esto significa que la Constitución, como norma fundamental (artículo 4º superior), señala las directrices para todo el ordenamiento jurídico, por lo que la legislación de derecho privado también debe ser interpretada y aplicada a la luz de la Constitución y con ella de los derechos fundamentales. De esta forma, los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos y a los particulares, pues la Carta fundamental tiene también una eficacia horizontal. Es por ello, que los poderes públicos deben intervenir en la esfera negocial para asegurar un orden económico y social justo, para promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos y deberes que la Constitución consagra (C.P. art. 2º).”<sup>144</sup>**

Pues bien, como consecuencia de la constitucionalidad y fundamentalidad del derecho a la autonomía de la voluntad, los límites a ésta se presentan desde tres perspectivas que coinciden con la postura de esta monografía consistente en que cuando hay violación de derechos y obligaciones del contrato por ocasión de la inserción de cláusulas abusivas en contratos predispuestos, la eficacia de la Constitución se da por vía de interpretación del principio jurídico de no abuso de los derechos, y, en circunstancias de violación de derechos fundamentales por estas cláusulas, deberá ponderarse el principio- derecho fundamental de la autonomía de la voluntad, con el derecho constitucional y fundamental vulnerado del contratante débil o adherente a la relación contractual. Estos límites o criterios en cuanto a la incidencia de la Constitución son: “En primer lugar, la eficacia entre

---

<sup>144</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-157 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Exp. 153.327 y 152.413 (acumulados).

particulares de los derechos fundamentales; en segundo término, destaca que el derecho privado debe ser interpretado y aplicado según las normas constitucionales.”<sup>145</sup>

Junto a la anterior especificación del carácter fundamental de la autonomía de la voluntad incluso cuando hay predisposición de contratos, debemos precisar las modalidades a partir de las cuales incide el texto constitucional. Estas modalidades son:

1. En primer lugar, la fuerza normativa de la Constitución determina la existencia de una obligación a cargo de *los jueces ordinarios de considerar en los análisis de cualquier disputa contractual las cuestiones constitucionales* que se vinculan a las mismas.<sup>146</sup> A este esquema Juan Jacobo Calderón Villegas denomina **sistema dúctil o primario de constitucionalización**, que coincide con la acogida doctrina de la eficacia mediata o indirecta de la Constitución. Rasgo característico de este sistema, es que no le corresponde a la jurisdicción constitucional por vía de tutela conocer de las controversias contractuales, sino que vía interpretación de los principios generales del derecho o principios jurídicos el Juez decide las controversias.

2. En segundo lugar, es posible que la disputa contractual considerando i) la configuración de los supuestos procesales que determinan la procedencia de la acción de tutela y; ii) la aducción de la violación de derechos fundamentales, sea conducida a la jurisdicción constitucional a fin de que esta determine la solución a la controversia. Esta modalidad se denomina **sistema estricto de constitucionalización**<sup>147</sup>, que coincide con la doctrina de la eficacia directa de la constitución y de los derechos fundamentales frente a particulares. Los supuestos procesales de procedencia de la acción de tutela se configuran en el evento de

---

<sup>145</sup> Calderón Villegas. Op. Cit., Pág. 756.

<sup>146</sup> *Ibidem*. Pág. 753.

<sup>147</sup> *Ibidem*.

cláusulas abusivas que violen derechos fundamentales, debido a que un juicio ordinario para la declaratoria de nulidad o inaplicabilidad de la cláusula que conculca derechos fundamentales se presenta excesivo, máxime cuando se deben proteger derechos fundamentales de aplicación inmediata, de modo que se generaría un perjuicio irremediable. El otro elemento referente al estado de indefensión, hace relación a que como consecuencia de la imposibilidad de discusión del clausulado, se evidencia una relación de poder, que pone al contratante débil ante la necesidad de ciertos bienes y servicios, en un evidente “estado de subordinación o indefensión.”(Art. 86 C.N.)

Sobre estos particulares presupuestos de procedencia de la tutela en las relaciones contractuales, la Corte Constitucional precisó:

“El artículo 86 de la Constitución autoriza la procedencia de la tutela contra particulares. El constituyente previó 3 situaciones distintas bajo las cuales procede la tutela contra los particulares: prestación de un servicio público, grave y directa afectación del interés colectivo y la existencia de “estado de subordinación o indefensión”.(...) La Corte Constitucional ha intentado establecer la razón de esta ampliación de la protección de la tutela. En cuanto a ello, la Corte ha planteado dos razones distintas. De una parte, ha señalado que la extensión de la tutela a las relaciones entre particulares tiene por objeto restaurar situaciones de desigualdad existentes en tales relaciones. Es decir, se busca que las relaciones particulares se conduzcan bajo condiciones de igualdad y coordinación.”<sup>148</sup>

En la sentencia que se trae a colación, la Corte fundamenta la posibilidad de intervención del juez constitucional en materia contractual teniendo en cuenta el papel del principio de igualdad en la relación contractual, es decir, que “a partir de la funcionalidad o no de la desigualdad sustancial en determinados ordenes jurídicos, se determina la incidencia de la Constitución en el tratamiento de los debates contractuales.”<sup>149</sup> Calderón Villegas rescata en este sentido dos reglas que se deducen de la sentencia T-222 de 2004: i) Cuando la igualdad formal, en

---

<sup>148</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2004. M.P Eduardo Montealegre Lynett. Exp. 740383

<sup>149</sup> Calderón Villegas. Op. Cit., Pág. 758.

un específico sistema jurídico, resulta funcional, la posibilidad de considerar un problema de desigualdad como constitucionalmente relevante es, prima facie, mínima. Y ii) Cuando la igualdad formal, en un específico sistema jurídico, no resulta funcional –lo que supone que el principio que opera con mayor fuerza es el de la igualdad sustancial- el debate se hace constitucionalmente relevante.<sup>150</sup> Este es precisamente el evento del abuso del derecho en las cláusulas insertas en los contratos predispuestos, pues en estos contratos la desigualdad, como consecuencia de la predisposición del clausulado, permite al juez vía aplicación del principio jurídico la protección de los derechos fundamentales conculcados.

Al respecto, y para mayor concreción, es pertinente establecer lo que expresó la Corte:

**“Las consideraciones anteriores implican una revisión de la concepción jurídica subyacente a las relaciones contractuales. Una concepción exclusivamente liberal de la capacidad contractual supone la presunción de que las partes se encuentran en una situación de igualdad negocial. Así, la autonomía contractual se ampara en una consideración de igualdad formal de las partes en los negocios privados. Esta postura resulta discutible en términos constitucionales, pues la Carta demanda reconocer la existencia de algunas situaciones de desigualdad en las condiciones de negociación; situaciones que han de ser consideradas debidamente por el sistema jurídico a fin de garantizar que la igualdad sea real y efectiva.**

Ello no implica, claro está, que en todos los órdenes del ámbito de las relaciones privadas sea posible superar esta situación de desigualdad inicial. El debido funcionamiento de determinados sistemas sociales y subsistemas dentro de tales sistemas, demandan partir del supuesto de la igualdad negocial, como ocurre, *prima facie*, en el mundo del comercio. En tales casos, la situación de desigualdad negocial se suple con garantías que rodean el proceso de negociación (por ejemplo, por las restricciones sobre el objeto de los contratos o los vicios contractuales) y con cargas imponibles a las partes (por ejemplo, deberes de diligencia predicables de los comerciantes, oferta de información suficiente –como en el mercado público de valores-,

---

<sup>150</sup> *Ibidem*. Pág. 758.

publicidad de información determinante –a través de las cámaras de comercio-, etc.).

**En otros ámbitos, como el laboral y en el derecho de los consumidores, se ha considerado pertinente reconocer, de alguna manera, tal situación de desigualdad negocial. No todos los ámbitos resisten igual solución a los problemas derivados de esta desigualdad en la capacidad negocial, adoptándose mecanismos como la negociación colectiva, el surgimiento del concepto de contrato de adhesión o el establecimiento de obligaciones y cargas precisas para los oferentes de bienes y servicios consumibles masivamente.**

En el plano constitucional estas distintas situaciones de desigualdad inicial tienen consecuencias distintas. **En los ámbitos que ordinariamente funcionan sobre la base de un modelo de igualdad formal, la posibilidad de que las condiciones de igualdad negocial se tornen en asuntos de relevancia constitucional es reducida.** Por el contrario, **cuando se trata de espacios en los cuales la desigualdad negocial se torna en elemento central para la definición de las modalidades contractuales y la definición de cargas, la posibilidad de que el asunto sea considerado en clave constitucional aumenta.**

Tratándose del primer caso –situaciones en las cuales la desigualdad negocial es funcional-, *prima facie* la competencia del juez constitucional es nula o inexistente. En tales casos, se protege con mayor intensidad la autonomía contractual. Ello implica que en principio escapa al juez constitucional su intervención en las condiciones de contratación y en la ejecución del contrato.”<sup>151</sup>

Pues bien, en los eventos en que la desigualdad es elemento central del contrato, como evidentemente sucede con las cláusulas abusivas establecidas en contratos predispuestos, la protección constitucional del juez se hace efectiva, lo que corrobora la eficacia inmediata de la Constitución en relaciones contractuales particulares. En la sentencia que se cita, luego de determinar la importancia que constitucionalmente poseen los contratos en que la desigualdad puede conllevar violación de derechos de rango fundamental, la Corte considera que de ellos se

---

<sup>151</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2004.

predica un estado de indefensión que hace doblemente protegible y necesaria la intervención de juez en el ámbito del contrato.

Por último, conviene precisar que en los dos eventos referenciados, es decir, cuando hay cláusulas abusivas que desconocen derechos y obligaciones del contrato, como por ejemplo aquella cláusula que exonera de responsabilidad, y en los supuestos en que éstas vulneran derechos fundamentales, la aplicación del principio jurídico del abuso del derecho se hace evidente, en el primer supuesto como criterio de interpretación en procura de la protección del contratante débil (funcionalidad interpretativa), y el segundo, como materializador de la protección de los derechos fundamentales.

## CONCLUSIÓN

- Los Principios Jurídicos o Principios Generales Del Derecho han adquirido con el transcurrir del debate teórico sobre las fuentes del ordenamiento, el papel preponderante que se les desconocía como consecuencia del culto acendrado a la letra de la ley, como expresión de una supuesta ciencia jurídica incontaminada. El Código se presentaba como la manifestación de la seguridad jurídica y del positivismo, y con ella, los mecanismos de interpretación o de aplicación de la ley resultaban en extremo textualistas y exegéticos, quebrantando con ello el anhelo de justicia que se supone es la tarea primordial del Derecho. De ahí que los principios, ante épocas de crisis en los sistemas jurídicos, se presentan como la salvación y como los únicos criterios que pueden recuperar un poco de la justicia, que la ley y el reglamento en veces, ante el rigorismo y el legalismo pretenden dejar aún lado. Luego, esto demuestra que los principios jurídicos son la “quinta esencia” del Derecho, ellos ayudan a entender por qué hoy el derecho no se entiende como ley, sino como justicia. En este sentido, los principios mediante las funciones integrativas, interpretativas y creativas del derecho, reafirman la tesis según la cual las normas del sistema jurídico se dividen en reglas y principios, siendo los principios los justificadores de las reglas, por cuanto, éstas últimas (ley), debe tener sustento en los principios y no al contrario. Los principios no se encuentran mediante su deducción de las reglas (analogía iuris), esta era la postura del positivismo que daba a los principio un puesto de segunda categoría, de mero criterio integrador del ordenamiento, desconociendo que estos son el fundamento de todo el sistema jurídico. Pero, ¿Cómo se llega hoy a tal conclusión? La respuesta se encuentra hoy, en el texto de la Constitución. Esta ha dado un vuelco en las formas de interpretación del derecho en general. Del Código Civil decimonónico, se pasa a una Constitución con fuerza normativa, plagada básicamente de principios constitucionales, a los cuales deben acogerse los

jueces de la República en la solución de los conflictos jurídicos que conocen en la vida diaria.

- Como consecuencia de la revitalización del principio de la autonomía de la voluntad, debido a un escenario económico que propugna por la globalización y la competitividad, se hace necesario un nuevo paradigma contractual y con ello, de los sistemas de protección del contratante débil, ya que, estas nuevas relaciones contractuales se sustentan en una asimetría en el poder contractual, es decir, que las relaciones existentes entre los consumidores (contratantes débiles) y los contratantes predisponentes representan nuevos centros privados de poder, en los cuales se hace evidente la eficacia de la Constitución frente a particulares. Es allí precisamente, donde se ubican los contratos predispuestos, pues en ellos, la finalidad social del derecho a predisponer el clausulado deviene lícita e inobjetable, pues se trata de la posibilidad de ahorrar costos y tiempo para hacer sostenible una economía de creciente producción y consumo. Pues bien, es esa finalidad la que no pueden desconocer los predisponentes del clausulado en este tipo de contratos, pues utilizando su derecho constitucional a la libre iniciativa privada y a la autonomía negocial, pueden darle a éste un uso inapropiado e irrazonable a la luz del contenido esencial y del fin del derecho de predisponer, uso inapropiado que se concreta en el desequilibrio de las cargas contractuales que intencionalmente causa el predisponente. Es precisamente aquí donde surge el abuso del derecho como mecanismo de protección del contratante débil.
- El uso inapropiado e irrazonable del derecho en la predisposición del contrato de adhesión o en las condiciones generales de contratación a la luz de su finalidad, es lo que puede desconocer y violentar los derechos del contratante débil, en el primer evento, es decir, cuando se abusa en el

contenido del contrato frente a las cargas de cada contratante, el derecho a la igualdad y el equilibrio contractual, la buena fe, el derecho a una buena información del consumidor, y las expectativas legítimas del contratante adherente al clausulado, son las que de forma inmediata se vulneran, y habrán incluso eventos en que abusando del derecho de predisposición pueda derivar responsabilidad patrimonial por parte del empresario a favor del consumidor , y además, surge el derecho del contratante débil de declarar la nulidad de la cláusula o las cláusulas respectivas que se evidencien abusivas, y por tanto, que desconozcan la finalidad social del derecho del empresario a la hora de predisponer el clausulado del contrato.

- En el segundo evento asumido por la monografía, es posible que una cláusula predispuesta en un contrato, viole o conculque derechos fundamentales, en este evento, el abuso del derecho es un criterio interpretativo que permite la procedencia de la acción constitucional de tutela en procura de la protección del derecho fundamental vulnerado o desconocido. Así, el abuso del derecho presente en la cláusula abusiva determinará el estado de indefensión del contratante débil, requisito indispensable y aceptado por la Corte Constitucional para decidir la protección inmediata de los derechos constitucionales. Desde esta perspectiva, el contratante débil deberá demostrar al juez de tutela i) el derecho fundamental que está siendo vulnerado por el predisponente, ii) que la solución legal ordinaria no tiene la suficiente aptitud y efectividad para proteger el derecho, y además iii) la presencia del abuso del derecho, como principio desconocido por el particular, y que se concreta en que la finalidad social (Josserand) de la facultad o prerrogativa de predisponer el clausulado se ha desconocido por el sujeto fuerte de la relación contractual. Así pues, el abuso del derecho es el catalizador o materializador de la protección constitucional de los derechos fundamentales del contratante débil.

- El contratante débil, por tanto, en los eventos en que existen cláusulas predispuestas, deberá demostrar que la decisión del contratante fuerte de la relación jurídica es incongruente con el orden constitucional, y así afirmar el carácter odioso del clausulado del contrato, y por ende, la calidad de abusivo del mismo. Dicha incongruencia entre el ejercicio de la facultad de predisposición y el ordenamiento constitucional se presenta desde dos aristas: a) cuando se desconocen derechos como la igualdad negocial, el equilibrio contractual, el derecho a la debida información, la debida publicidad del contrato, la buena fe, las expectativas del consumidor y el respeto a la autonomía del contratante débil, éstos son protegibles por la jurisdicción ordinaria, pues también está atada al texto constitucional, con base en el estudio de si ha habido abuso en el derecho de predisposición del clausulado. En síntesis, en el evento de la eficacia indirecta de la Constitución, el abuso del derecho materializa la protección de los derechos contractuales del consumidor, declarar la nulidad de la cláusula respectiva e incluso la posibilidad de, si el caso específico lo permite, hacer surgir responsabilidad patrimonial del empresario. b) la otra arista se presenta como consecuencia –reiteramos- por la violación de los derechos, ya no de carácter contractual, sino los denominados fundamentales de aplicación inmediata, en esta circunstancia, el principio del abuso del derecho por tener el carácter fundamental, imperativo y constitucional permite la eficacia directa del texto constitucional, y por tanto, de la procedencia de la acción de amparo, para hacer efectivos estos derechos.
- La autonomía de la voluntad encuentra límites tanto en los principios jurídicos constitucionales como en los derechos fundamentales. En el nivel de las cláusulas abusivas el primero de los límites expresa una *eficacia mediata e indirecta* de la constitución, pues serán los jueces naturales del

contrato quienes utilizando los principios jurídicos con criterio interpretativo, y en especial el que ordena no abusar de los derechos, definirán las controversias contractuales cuando hay cláusulas abusivas que violen derechos y obligaciones del contrato. En el segundo de los límites, los derechos fundamentales representan la *eficacia inmediata* de la Constitución, pues la jurisprudencia constitucional colombiana ha permitido la intervención del juez de tutela en eventos en que mediante clausulado abusivo se vulneran derechos constitucionales de protección inmediata, el estado de indefensión de los contratantes débiles complementa el requisito para la procedencia de la acción constitucional de amparo de los derechos fundamentales.

- El abuso del derecho como principio jurídico, cuando hay desequilibrio en las cargas contractuales predispuestas, funciona como ilícito atípico o como lo ha denominado la Corte Suprema de Justicia: Ilícito *ui generis*. Así pues, siguiendo la construcción teórica de Atienza y Ruiz Manero, y el concepto de Louis Joseerand sobre la finalidad social de los derechos subjetivos, en un eventual juicio ordinario de eficacia mediata del texto constitucional la acción de predisponer el clausulado realizada por un empresario o profesional en las circunstancias del mercado masivo es abusiva si y solo si se presentan estos criterios:
  - 1) Existe una regla permisiva (derecho subjetivo. Art. 1602 del C.C, Art. 4 C. Cio.) que permite al contratante fuerte realizar la predisposición del clausulado del contrato en circunstancias libres y masivas de mercado.
  - 2) Como consecuencia de realizar la predisposición del clausulado, los consumidores o contratantes débiles sufren un daño, que puede violentar el equilibrio contractual, la igualdad negocial, la buena fe, la confianza legítima del consumidor, la debida información y publicidad del contrato, las expectativas del contratante débil o en eventos puede

generar responsabilidad patrimonial, y no existe una regla regulativa que prohíba causar dichos daños. En el caso colombiano no existe una regulación específica sobre cláusulas abusivas, lo cual permite acudir precisamente el abuso del derecho como principio, con lo cual no se quiere decir que sólo sirva para integrar el sistema, pues aun existiendo reglas específicas (como en el caso español y alemán) el principio jurídico sería el sustento o justificación última de dichas reglas.

3) La violación a los derechos contractuales del contratante débil, aparece como un daño injustificado por la presencia de las siguientes circunstancias:

3.1) Que, al realizar la predisposición del clausulado, el contratante no persiga otra finalidad más que causar la violación de los derechos contractuales o realiza la predisposición del clausulado sin ningún fin serio o legítimo (Joseerand.)

3.2) Que la violación de las cargas contractuales en los contratos predispuestos resulta excesivo o anormal.

4) El carácter injustificado de la violación de las cargas contractuales determina que la acción de predisponer el clausulado en los contratos de adhesión o en las condiciones generales de contratación queda fuera del control de los principios que sustentan la regla permisiva a que se hace referencia en 1), y que surja una nueva regla que establece que en las circunstancias del mercado masivo (contratos de masas) más alguno de los presupuesto de 3.1) o 3.2) la acción de predisponer está prohibida.

Ahora bien, -reiteramos- esa prohibición surge del estudio por parte del juez ordinario, del principio constitucional que ordena a los particulares, en este caso a los contratantes fuertes de la relación jurídica, a no abusar de su derecho.

- En las circunstancias de un sistema estricto de constitucionalidad, es decir como consecuencia de la violación de los derechos fundamentales de los contratantes adherentes, el criterio de interpretación de los principios jurídicos como normas fundamentales, imperativas y constitucionales, se presenta mediante la ponderación de los derechos constitucionales en juego, de un lado la autonomía de la voluntad que para la Corte Constitucional se convierte en un derecho íntimamente ligado y vinculado a la dignidad de la persona, y por el otro, el derecho constitucional alegado por el contratante débil. En este caso el juez de tutela determinará aquel derecho que posea mayor peso o importancia dentro de la relación jurídica, aquí el principio del no abuso de los derechos es presupuesto esencial para la procedencia de la acción constitucional de amparo, en este sentido, la sentencia T-222 de 2004 invita a la revisión del concepto de las relaciones contractuales en que la desigualdad es elemento definidor de la relación jurídica. No obstante, se precisa que tal intervención del juez constitucional es excepcional, en eventos específicos en que el medio de defensa no resulta eficaz e idóneo para proteger los derechos constitucionales afectados por la predisposición del contrato.
- Las cláusulas abusivas insertas en contratos predispuestos, tienen como presupuesto el abuso del derecho, ellas sólo se pueden explicar acudiendo a este principio jurídico. La teoría jurídica tradicional enseñó que cuando los hombres libremente juntaban sus voluntades para la celebración de un acto jurídico, especialmente del contrato, quedaban atadas sin posibilidad de protestar los desequilibrios que se generarán en las obligaciones y derechos del mismo, a no ser por un vicio del consentimiento. Sin embargo, ante los cambios generados por una economía de escala altamente globalizada y fundada en la competencia, que requiere de institutos jurídicos como los contratos con condiciones generales o contratos de adhesión, en los que una sola de las partes establece el

clausulado que regulará el contrato, de modo que no hay discusión, al consumidor del bien o servicio no le queda otra alternativa sino aceptar, pues si no lo hace, se privaría del disfrute de dichos bienes o servicios. En estos eventos no hay ningún vicio del consentimiento, pero si hay algo que no se puede ocultar cuando aparecen cláusulas injustas y deshonestas, y es que ellas sólo pueden estar allí como consecuencia del abuso del derecho en la libertad de contratación, el principio jurídico constitucional (Art. 95) del no abuso de los derechos, es un criterio interpretativo, pues el juez ante la revisión del contrato, tendrá en cuenta los principios constitucionales que le ordenan la protección del sujeto débil de las relaciones contractuales predispuestas.

- La constitucionalización del derecho privado es una realidad inobjetable y necesaria, pues los particulares, especialmente los que asumen una posición de poder en sus relaciones con los demás, pueden desconocer principios constitucionales o incluso derechos fundamentales que están obligados a proteger. El Código, pues, ha dado paso a la Constitución en la regulación de la conducta entre los particulares, estos no escapan al manto abrazador de sus principios y valores, y en el campo de las relaciones contractuales no puede concebirse el principio de la autonomía privada y la libertad contractual como absoluto, fundado en la libertad, pues encuentra límites en la Constitución, y en especial, en el principio que obliga a no abusar de la libertad de contratación y los derechos fundamentales, normas que sustentan todo el ordenamiento jurídico.

## BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert (2007). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (2da Ed.). Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ARÉVALO GAITÁN, Guillermo Alonso (2007). *Derechos fundamentales y autonomía contractual en Colombia*. Medellín, Librería Jurídica Sanchez R. Ltda.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto (2007). Abuso de la posición dominante contractual. En: *Regulación financiera y bursátil y derechos del consumidor*. Medellín, Editorial Diké.

ATIENZA, Manuel et alter (2006). *Los ilícitos atípicos*. Barcelona, Trotta.

BECERRA MEDELLÍN, Carlos et alter (2000). *Lecciones de derecho romano*, Bogotá. Temis.

BIANCA, Massimo (2007). *Derecho Civil. El contrato*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

BLENGIO, Juan (2007). La aplicabilidad de los principios, derechos y garantías constitucionales a las relaciones horizontales enfocada especialmente desde la perspectiva del principio de igualdad. En: *Constitucionalización del derecho privado*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo (2007). La constitucionalización de las controversias contractuales. En: *Los contratos en el derecho privado*. Bogotá, Universidad del Rosario.

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo (2007). Justicia y abuso contractual. En: *Los contratos en el derecho privado*. Bogotá, Universidad del Rosario.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2003). Reflexiones en torno a la autonomía de la voluntad. En: *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

HERNÁNDEZ VELASCO, Héctor Elías (2009). *El abuso del derecho en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. 1935-2009*. Trabajo de Grado, Escuela de Derecho y Ciencia Política, Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho, Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

- JOSSERAND, Louis (2008). *Teoría General del derecho*. Bogotá, Leyer.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2002). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Legis.
- MARTÍN PÉREZ, José Antonio (2007). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión: mecanismos de defensa del adherente. En: *Regulación financiera y bursátil y derechos del consumidor*. Medellín, Editorial Diké.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo (2006). *Introducción al derecho*. Bogotá, Temis, Décimo Cuarta Edición.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2007). *Apuntes de teoría del derecho (2da Ed.)*. Editorial Trotta.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante (2da Ed.)*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- . El abuso del derecho como fuente autónoma de las obligaciones. En: *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (2007). Tutela constitucional del contrato y los límites a la libertad de contratación. En: *Constitucionalización del derecho privado*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- SUESCÚN DE ROA, Felipe (2009). Control de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad. En: *Revista de derecho privado No 41*. Bogotá. Universidad de los Andes.
- SUESCÚN MELO, Jorge (2005). Mecanismos de defensa del contratante débil. En: *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá, Legis, Tomo II.
- . Noción y régimen de las cláusulas abusivas en el derecho comparado. En: *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá, Legis, Tomo II.
- . La crisis del principio de la autonomía de la voluntad privada. En: *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá, Legis, Tomo II.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil*, Bogotá, Legis. Tomo II.

TAMAYO JARAMILLO, Javier & CARO CARO, Manuel (2007). Proyecto de Ley Código de defensa del consumidor. En: *Regulación Financiera y Bursátil y Derechos del Consumidor*. Medellín, Diké.

VALENCIA ZEA, Arturo et Alter (2002). *Derecho civil general y personas*. Bogotá, Temis, Tomo II.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2007). *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta.

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 4 de noviembre de 2009, Sala de Casación Civil, M.P Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. Exp. 11001 3103 024 1998 4175 01.

Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 febrero de 2001, M.P: Carlos Ignacio Jaramillo

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 7 de octubre de 2009. M.P Edgardo Villamil Portilla. Exp. 05360-31-03-001-2003-00164-01

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 29 de agosto de 1980. M.P Humberto Murcia Ballén

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 19 de octubre de 1994. M.P Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Expediente 3972.

## **CORTE CONSTITUCIONAL**

Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. M.P Ciro Angarita Barón. Accionante: José Manuel Rodríguez.

Corte Constitucional. Sentencia C-531 de 1993. M.P Ciro Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-511 del 8 de noviembre de 1993. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T- 468 de 5 de junio de 2003. M.P Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1999. M.P Fabio Morón Díaz. Exp. 202409

Corte Constitucional. Sentencia T-375 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-307 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. 126682.

Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. Sentencia SU-157 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Exp. 153.327 y 152.413.

Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Exp. 740383.