UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y
PRIVADO

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE FIDUCIA
MERCANTIL EN COLOMBIA

ESTUDIANTE:

LYDA NIYIRETH OSMA PIRAZÁN

PRESENTADO AL TUTOR:

JAVIER FERNANDO GONZALEZ MAC´MAHON

BOGOTÁ D.C. – COLOMBIA

2015

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	Pág. 1
CAPITULO 1. EL POSTULADO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO COLOMBIANO.....	Pág. 14
1.1 DEL CONTRATO NEGOCIADO AL CONTRATO PREDISPUERTO.....	Pág. 23
1.2 DEL ABUSO DEL DERECHO EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA.....	Pág. 30
1.3 LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO.....	Pág. 38
CONCLUSIONES.....	Pág. 55
INTRODUCCIÓN.....	Pág. 64
CAPÍTULO 2 CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL.....	Pág. 66
2.1 CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL.....	Pág. 69
2.2 CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL.....	Pág. 70
2.1.1 Del abuso del derecho mediante la estipulación de pactos arbitrales.....	Pág. 70

2.2.2 Cláusula abusivas relativas a la prohibición de cesión contractual.....	Pág. 77
2.3 LA IRREVOCABILIDAD DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL COMO UNA FORMA DE ABUSO DEL DERECHO.....	Pág. 81
2.4 CLÁUSULAS ABUSIVAS QUE VIOLAN EL DEBER DE INFORMACIÓN EN EL NEGOCIO FIDUCIARIO.....	Pág. 84
2.5 RENOVACIÓN ABUSIVA DEL CONTRATO.....	Pág. 90
2.6 CLÁUSULA ABUSIVA SOBRE GASTOS DE GESTIÓN JURÍDICA.....	Pág. 92
2.7 UNILATERALIDAD DEL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD CONTRACTUAL.....	Pág. 93
2.8 LA CLÁUSULA PENAL: SITUACIONES DE ABUSIVIDAD.....	Pág. 98
CONCLUSIONES.....	Pág. 100
BIBLIOGRAFÍA.....	Pág. 103

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y LA FIDUCIA MERCANTIL

RESUMEN

Mediante la presente investigación se aborda la discusión jurídica y el análisis acerca de las cláusulas abusivas en los contratos de fiducia mercantil en Colombia. En la primera parte se realiza un estudio sobre el fundamento jurídico de las cláusulas abusivas en la contratación, se presentan sus conceptos, se hace el análisis y la crítica respectiva en torno de éstas, y luego se hace un estudio crítico sobre dichas cláusulas en el marco de los contratos de fiducia mercantil. Así las cosas, al examinar el clausulado del contrato de fiducia mercantil, se estudian las principales estipulaciones redactadas por las entidades financieras, se revisan los conceptos jurídicos esenciales que las sustentan, se analizan y critican contratos específicos y se proponen soluciones prácticas sobre el particular, con base en la jurisprudencia y el derecho comparado y, en definitiva, se hace un estudio muy pormenorizado de dichas cláusulas en este contrato, con el propósito de evidenciar la problemática que subyace en este negocio jurídico.

ABSTRACT

Through this research the legal discussion and analysis of unfair terms in contracts of commercial trust in Colombia is addressed. In the first part of a study on the legal basis of unfair terms in hiring is done, its concepts are presented, the respective analysis and critical around them is done, then a critical study of these clauses is done in the under contracts of commercial trust. So, when examining the clauses of the contract of commercial trust, the principal provisions drafted by financial institutions are studied, the essential legal concepts that support are reviewed, they analyzed and criticized specific contracts and practical solutions proposed on this subject, based on the jurisprudence and comparative law and, ultimately, a very detailed study of such clauses in the contract, in order to demonstrate the problems underlying this legal business is done.

PALABRAS CLAVE

Cláusulas abusivas, contrato de fiducia mercantil, estipulaciones contractuales, cláusulas exonerativas, cláusulas modificativas de responsabilidad, fiducia mercantil, fideicomiso, trust.

KEYWORDS

Unfair terms, commercial trust contract, contractual provisions, disclaimers, modifying disclaimers, commercial trust.

INTRODUCCIÓN

«El capitalismo moderno y la ciencia positiva son las dos caras de una misma realidad desposeída de atributos concretos, de una abstracta fantasmagoría de la que también forma parte el hombre, pero no ya el hombre concreto e individual sino el hombre-masa, ese extraño ser con aspecto todavía humano, con ojos y llanto, voz y emociones, pero en verdad engranaje de una gigantesca maquinaria anónima».
(Ernesto Sábato).

Hasta mediados del siglo XX el régimen de contratación estaba cimentado, esencialmente, en el postulado de la autonomía de la voluntad, y de allí se derivaban principios de vital importancia como el de libertad de contratación, libertad de elegir con quién contratar, libertad de elección en lo que respecta al contenido y a la forma del contrato (autonomía material)¹, libertad para escoger la ley aplicable al contrato internacional (autonomía conflictual)² y, por consiguiente, libertad incluso para determinar los mecanismos alternativos de solución de conflictos (convenio o pacto arbitral)³

¹ “La autonomía material implica para las partes la posibilidad de establecer pactos o cláusulas del contrato en aspectos específicos, concretos. Para Goldschmit, la autonomía material consiste en estipulaciones de Derecho Privado, pudiendo distinguirse entre autonomía material de primer grado (sin sujeción a ningún derecho positivo determinado – aunque pueden designar un derecho en subsidio –). Se denomina también autonomía universal y tiene su fundamento en el derecho natural y está limitada por el orden público del juez. En la autonomía material de segundo grado las partes formulan estipulaciones materiales sin someterse a algún derecho determinado, pero sin declarar su independencia de cualquier derecho positivo. No significa que deban respetar todos los derechos elegibles, pero sí que están sometidas al derecho coactivo común de todos ellos” (RODRÍGUEZ, 2011, p. 119).

² “La autonomía conflictual consiste en <<el derecho de las partes a elegir por declaración de voluntad el derecho aplicable al contrato>>” (GOLDSCHMIT. Citado por VILLARROEL BARRIENTOS y otro, 1990, p. 354).

³ El artículo 3º de la ley 1563 de 2012 define el pacto arbitral en los siguientes términos: “El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria. En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho”.

que las partes deben emplear para resolver las controversias jurídicas concernientes a la interpretación, efectos y modos de extinguir el contrato. Sin embargo, dicha libertad de contratación, o más precisamente, dicha autonomía contractual, cuyo fundamento ius-filosófico se remonta al Estado Liberal de los siglos XVIII y XIX, se quiebra, en virtud del advenimiento de la denominada negociación en masa y, por consiguiente, de los llamados contratos de adhesión⁴.

Es evidente que con la expansiva economía capitalista, con la transnacionalización empresarial, la producción globalizada en masa y con las profundas transformaciones en el ámbito científico, tecnológico, económico, político y social del siglo XX, el contrato y su base medular – la autonomía de la voluntad – sufrió mutaciones trascendentales (Cfr. LÓPEZ GUZMÁN, 2007). El empresario, el industrial y la empresa que empezó a ofrecer sus bienes y servicios a una mayor volumen de personas y allende las fronteras, no podía sentarse a discutir con cada comprador las condiciones, el alcance, los efectos y el clausulado del contrato, sino que, por el contrario, fue menester, merced a esta nueva realidad del comercio y los negocios, elaborar o diseñar un nuevo modelo o sistema de contratación global, estandarizado, que le permitiera al empresario celebrar contratos con la mayor rapidez y a mayor escala, sin preocuparse o detenerse en establecer de mutuo acuerdo con el consumidor las condiciones del contrato⁵. De lo contrario, el desarrollo comercial y

⁴ “El contrato de adhesión es aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes, de manera que el otro no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas” (MESSINEO. Citado por CAMPILLO VELÁSQUEZ, 2012, p. 130). En la misma línea de pensamiento, expresa LE PERA: “En sentido estricto, contrato de adhesión parece implicar la idea de un convenio entre una parte que, por una razón jurídica o de hecho, posee una posición dominante de clara superioridad respecto de la otra” (Ibídem).

⁵ “La idea tradicional del contrato no casa con la contratación en masa. No es posible que la empresa moderna utilice el mecanismo del contrato por negociación para acordar sus relaciones con cada uno de sus eventuales clientes. Un mínimo criterio de racionalización y de organización empresarial, que es también de reducción de costos, determina la necesidad del contrato único o del contrato tipo preestablecido por medio de formularios y de impresos. Las empresas mercantiles o industriales, mediante estos contratos en masa, imponen a sus clientes

empresarial se vería truncados por rendirle culto a instituciones jurídicas que no consultan la realidad de los negocios⁶.

Por la necesidad de movilizar la riqueza de una manera más ágil y eficiente fue menester modificar el régimen de contratación tradicional, cimentado en el principio de la autonomía de la voluntad y, por ende, en las libertades que de allí se derivaban, por un nuevo sistema de contratación, en el que el empresario

un clausulado previamente redactado, de suerte que la única posibilidad que a la otra parte le resta es la de prestar su adhesión o rehusar. Dentro de este tipo genérico de contratos, que ya son contratos de adhesión (...) es todavía posible efectuar una diferenciación (...) (bienes y servicios imprescindibles para la vida cotidiana: suministro de agua corriente o de energía eléctrica), en los cuales la aceptación del contenido predispuesto resulta forzada por la necesidad de los bienes sobre los que el contrato versa, y otros (...) (no son bienes de consumo o de uso necesario) que se contraen a bienes cuya adquisición aparece impuesta por lo que se llama el nivel o la calidad de vida (p. ej., electrodomésticos, automóviles, viviendas”. Luego añade: “De hecho, la libertad de iniciativa individual y la autonomía de la voluntad de ambos contratantes se encuentran en este tipo de contratos de algún modo restringidas. El contrato no es ya una regla de conducta, obra común de ambas partes contratantes, sino que una de ellas tiene que limitarse a aceptar – o en su caso rechazar – el único contrato posible” (DÍEZ-PICAZO, 1993, vol. 1, p. 131).

⁶ “(...) La finalidad del subsistema de contratación masiva consiste en darle rapidez y celeridad al tráfico masivo de productos para viabilizarlo y tornarlo más eficiente a partir de la minimización de los costos de transacción de los contratos y, permitiéndoles a todos los individuos del conglomerado social participar en él. En otras palabras, el principal propósito que cumple el subsistema de contratación masiva consiste en que hace posible el tráfico masivo de bienes y servicios en el mercado. Con la masificación de la producción vino la masificación de los medios de comercialización o distribución de los mismos, que exigió rapidez y prontitud en la realización de los intercambios para permitir la circulación expedita de la riqueza. Para que este fenómeno económico funcione de manera óptima y eficiente requiere de una contratación igualmente rápida que contribuya con el desarrollo de la economía. El tráfico masivo de bienes y servicios no sería posible con un sistema de contratación individual, en el cual la gran empresa que ofrece masivamente en el mercado sus bienes y servicios debe negociar con cada cliente el contenido de cada uno de los contratos que se proponga celebrar con ellos, pues, dentro de este esquema los gastos de negociación serían tan altos que harían inviables los procesos de producción y comercialización masivos de bienes y servicios, y tornarían ineficientes los modelos de negocio correspondientes. El subsistema de contratación masiva permite que el tráfico masivo de bienes y servicios sea viable porque al reemplazar la negociación previa del contenido contractual por su imposición para estandarizar todas las relaciones jurídicas del empresario con su clientela, no sólo permite realizar intercambios con mayor rapidez habilitando la circulación álgida de la riqueza, sino que también disminuye los costos de negociación o transacción haciendo más eficiente la explotación económica del empresario” (POSADA TORRES, 2014, pp. 70 – 71).

establece el clausulado, el contenido y la forma del contrato, sin consultar al consumidor, usuario o comprador del bien o servicio que ofrece el empresario o el industrial. Por ello, a este nuevo régimen de contratación se le denominó contratación en masa y, en definitiva, negocios de adhesión⁷, por cuanto el pilar de la autonomía de la voluntad se debilitó para abrirle paso a formatos y formularios de contratación, así como a cláusulas predispuestas en éstos, donde lo único que puede hacer el comprador, consumidor o usuario es adherirse y suscribir el contrato o negarse a hacerlo y dejar de contratar. Como es lógico, si una de las partes (la empresa) es la que redacta el contrato, se imponen condiciones de contratación y cláusulas que tan sólo favorecen los derechos e intereses de la compañía y, en general, de la parte dominante en el contrato, en perjuicio de la otra parte que celebra el contrato, por lo regular la parte débil en la relación contractual⁸. Así las cosas, surgen las comúnmente llamadas “cláusulas abusivas”⁹ o “cláusulas predispuestas”, que lesionan los

⁷ Los contratos de adhesión son negocios jurídicos al igual que los demás, cuya formación se efectúa mediante la libre discusión entre las partes. Empero, “es preciso resaltar la diferencia existente en el procedimiento de formación del contrato y extraer de ellas importantes consecuencias jurídicas. Estas consecuencias no inciden en orden a los presupuestos o requisitos del contrato (...). Igualmente queda sometido al régimen general en orden a su eficacia. Sin embargo, el hecho de que el contenido contractual haya sido unilateralmente pre redactado impone una cierta moderación, sobre todo en punto a su interpretación (...)” (DÍEZ PICAZO, 1993, vol 1, p. 325).

⁸ “Viene ligada a esta especie de contratos el fenómeno económico de la posición privilegiada que, por diversos motivos (por ejemplo, para poderse ejercitar un monopolio de derecho o de hecho), tiene una de las partes respecto de la otra. En este sentido, define MESSINEO el contrato de adhesión como aquel en se actúa, por parte del contrayente económicamente más fuerte, la imposición de determinadas cláusulas o del completo esquema del contrato, en sentido ventajoso para él y en detrimento del otro contrayente, el cual, siendo económicamente más débil, no tiene libertad de escoger, sino entre aceptar aquellas cláusulas o aquel esquema, o renunciar a la celebración del contrato” (SILVA-RUIZ, 2001, vol. 2, p. 45).

⁹ “La jurisprudencia, la ley y la doctrina han propuesto diversos conceptos de cláusula abusiva. La Corte Suprema de Justicia colombiana ha considerado abusiva la cláusula que: a) No ha sido negociada de manera individual; b) Violenta la buena fe comercial, y c) Genera un desequilibrio relevante en los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Por su parte, el tribunal de arbitramento designado en el caso Punto Celular vs Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A. define las cláusulas abusivas en los siguientes términos: <<Son abusivas las cláusulas que, incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin

derechos del consumidor. Poco a poco este clausulado va siendo detectado en la contratación contemporánea y es el Estado el que trata de ponerle coto, límite, si se quiere, a este tipo de abusos con el consumidor que, en últimas, es el ciudadano de a pie; es decir, la mayor parte de personas naturales que contratan con las empresas¹⁰. En este orden de consideraciones, el consumidor se convierte, pues, en el plexo del sistema jurídico constitucional y legal, en sujeto central de derechos constitucionales, al igual que el mercado se erige en la preocupación seminal de la hegemonía económica global; y lo que resulta más complejo aún, es que en algunos sistemas jurídicos prevalece el derecho del mercado sobre el derecho del consumidor.

Con razón afirma CANOSA USERA (2008, pp. 73 – 74):

Según estas tesis, el Estado no debe interferir en el mercado, dependiente de las decisiones del consumidor más que en la medida necesaria para asegurar su libertad. Una intervención tendría que justificarse en la defensa de intereses esenciales. La tesis liberal no rechaza tal intervención de los poderes públicos pero, en principio, sólo estaría legitimada para asegurar la libertad del consumidor, y sin menoscabo de la libertad de empresa de los productores. Aquél ha de poder comprar lo que desee, estos producir o no producir lo que quieran. El resultado último sería, en buena lógica económica, que se produciría sólo aquello que los consumidores adquieren. El ordenamiento jurídico debería servir a este buen funcionamiento del sistema de asignación de

explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual>>” (RORÍGUEZ YONG, 2013, pp. 49 – 50).

¹⁰ “La ley ampara tanto a consumidores como usuarios, sean personas físicas, sean personas jurídicas, siempre que contraten a título oneroso para su consumo final o beneficio propio, o de su grupo familiar o social. No se considera consumidor o usuario a quien consuma bienes o servicios para integrarlos en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros” (BORDA, 2001, vol. 2, p. 459).

recursos que es el mercado, cuya salvaguardia operaría como límite de la acción pública, pues toda interferencia estatal en el mercado, al margen de aquélla para asegurar la libertad del consumidor, supondría distraer recursos y disminuir el bienestar. Por otro lado, la mundialización económica implica la existencia de un mercado, también de consumo, de alcance planetario, de tal suerte que ya el ámbito de la producción y del consumo de bienes y servicios supera las barreras estatales. Medidas forzosamente vinculadas a la jurisdicción estatal influyen, sin embargo, en un mercado que, según los sectores, es ya de manera creciente global. La postura liberal viene respaldada por el devenir mundial y si las prácticas públicas facilitan el funcionamiento del mercado universal, mejores serán las expectativas de bienestar para sus propios ciudadanos. Desde la perspectiva liberal la regulación constitucional de los intereses de los consumidores no es necesaria, resulta superflua, 10 y sólo es preciso asegurar la existencia del mercado. La garantía constitucional del mercado y de la libertad de empresa a él asociada son las condiciones que en verdad aseguran los intereses de los consumidores; puesto que el mercado gira ahora en torno al consumo; el consumidor es agente económico de primera magnitud porque dispone del poder absoluto de comprar o no comprar. En definitiva, lo decisivo es la libertad de consumir en un mercado centrado en el consumo. Así que la invocación a los intereses de los consumidores es superflua e incluso peligrosa, si puede ser empleada para interferir en el mercado y restringir la libertad de compra.

De otra parte, en principio, las estipulaciones de carácter abusivo no se logran identificar con claridad en el clausulado de los contratos elaborados a nivel empresarial, pues eran consideradas tan sólo cláusulas ambiguas¹¹, que

¹¹ “Antes que todo, conviene precisar qué entendemos por cláusula ambigua; esta ha sido definida como una <<declaración que cuenta con dos (o más) significados primarios, cada uno de los cuales puede ser adoptado sin distorsión del lenguaje>>. O sea, en buen romance sería el enunciado que asiente o admite más de una versión semántica. La polisemia que proviene de la

al ser redactadas por la parte dominante en el contrato, el juez las interpretaba en contra de ésta. Sin embargo, con la evolución del comercio y el crecimiento empresarial, las estipulaciones de este tipo se fueron volviendo cada vez más sofisticadas, los contratos se fueron estandarizando, merced al debilitamiento del postulado de la autonomía de la voluntad y, por ende, el consumidor fue víctima de mayores abusos por parte del sector empresarial. Por ello, fue necesario instituir medios de control judicial¹² para morigerar el abuso del derecho por intermedio del clausulado en los contratos de adhesión. Esta problemática se presentó no sólo con los contratos típicos sino también con los nacientes contratos atípicos del derecho mercantil (*know how, franchising, joint*

cláusula contractual emerge de la utilización de expresiones anfibológicas que impiden delimitar con seguridad una única acepción. Por eso, como dice ROCCA, la cláusula ambigua origina dudas, mientras que la cláusula clara, concisa, inteligible, produce certidumbre.

“LEWISON pone de manifiesto que la ambigüedad se ha dividido en dos tipos: patente y latente. La ambigüedad patente fluye por sí sola del lenguaje utilizado por el instrumento, mientras que la ambigüedad latente deviene manifiesta cuando el lenguaje es aplicado a la situación actual” (BENÍTEZ CAORCI, 2002, p. 76).

¹² Las cláusulas abusivas se controlan por vía judicial mediante la declaratoria de su nulidad o ilegalidad. Así mismo, de pleno derecho son ineficaces. “Se debe precisar en cuanto a la validez o eficacia de las estipulaciones contractuales, que ciertas cláusulas pueden ser consideradas como ilegales por contrariar disposiciones de carácter imperativo, mientras que otras pueden ser ineficaces o inválidas por ser abusivas <<per se>>, esto es, cuando su contenido mismo no es aceptable para el ordenamiento jurídico, en razón de los injustificados desequilibrios que conlleva.

“Respecto de las primeras, los artículos 1740 y 1523 del Código Civil, así como el artículo 899 del Código de Comercio, disponen que deberá ser declarada la nulidad absoluta por objeto ilícito cuando se contraría una norma imperativa. El artículo 16 del Código Civil preceptúa que no podrán derogarse por convenio entre particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres. De igual manera, en concordancia con lo previsto en el artículo 897 del Código de Comercio, habrá ineficacia en los casos expresamente establecidos en la ley.

“Es del caso señalar que, por regla general, para la anulabilidad de una cláusula es necesario que respecto de ésta pueda predicarse un vicio de validez, en particular un vicio en el consentimiento. La lesión enorme, es otro caso de nulidad relativa, que solo puede ser aplicada en los casos taxativamente previstos en la ley. Así las cosas, el hecho de que una cláusula sea considerada como desequilibrada no permite, normalmente, privarla de validez, a menos que los establezca la ley (artículo 900 del Código de Comercio)” (SUESCÚN DE ROA, 2009, p. 9).

venture, factoring, trust, barter, countertrade, underwriting, leasing, entre otros). En todo caso, a medida que se fueron perfeccionando las cláusulas que atentan contra los derechos del consumidor y del usuario, asimismo se fueron expidiendo las leyes de protección al consumidor y se fueron instaurando los mecanismos judiciales para contrarrestar los efectos nocivos de esta clase de estipulaciones.

Así mismo, se expidieron estatutos del consumidor destinados a salvaguardar y proteger en mejor forma los derechos e intereses de los consumidores y usuarios; así, por ejemplo, Francia, Alemania, España, Italia, Estados Unidos, la Unión Europea (LARROUMET, 1998, pp. 167 – 179), entre otros, expidieron una legislación para la protección del contratante débil en la relación comercial y tratar de equilibrar el juego de fuerzas en el mercado; como es lógico, no es una tarea fácil, libre de valladares y de la contraposición de los monopolios y de los grupos empresariales dominantes en el mercado, ni dichos estatutos constituyen la culminación de este esfuerzo, sino que, por el contrario, es tan sólo un medio para mitigar los abusos que se presentan en este ámbito de la contratación¹³; es indudable que el otrora encumbrado postulado de la autonomía de la voluntad llegó a su cenit, es un principio agrietado merced al contrato de adhesión y, además, para nadie es un secreto que en la actualidad la mayor parte de los contratos que se celebran son estandarizados,

¹³ “Aunque el equilibrio contractual ha sido una preocupación constante del derecho de los contratos, la profunda transformación en las condiciones de la producción y de la distribución, han generalizado la celebración de contratos en los cuales el consumidor tiene que aceptar o rechazar en bloque las condiciones del contrato, sin que tenga la posibilidad de discutirlos con quien ha preestablecido el contrato (contratos de adhesión), quien puede incluso llegar a abusar de su poder, fabricando el contrato a su medida, o incluyendo solo las cláusulas que le han sido más favorables. En determinadas actividades contractuales que utilizan contratos de adhesión, la vigilancia del Estado es más estricta como en el caso de los contratos de arrendamiento y de seguro, entre otros. Una gran cantidad de autores sostiene que el derecho del consumidor es ante todo <<el derecho de los contratos de adhesión>> celebrados por los consumidores” (VELILLA, 1998, p. 140).

predispuestos, redactados por la parte dominante en el contrato a nivel nacional e internacional¹⁴.

Aparte de una legislación específica sobre el derecho del consumidor, algunas Constituciones modernas han elevado a canon constitucional la protección y defensa de los derechos del consumidor¹⁵, creando alrededor de éste una especie de blindaje jurídico-económico que procura paliar la imposición de un clausulado que atenta contra los principios de buena fe, equidad, información, participación, igualdad, autonomía, mitigación del daño, justicia social y, en general, contra el bienestar general y el correcto funcionamiento del mercado¹⁶.

¹⁴ “Seguramente, debemos efectuar un enfoque más amplio del concepto de contrato que el que surge de nuestro derecho positivo actual. El derecho de los contratos comerciales se ha desarrollado en los usos y costumbres mercantiles, diversificándose y especializándose, dando nacimiento a una nueva realidad jurídica, en la cual los llamados contratos por adhesión, que parecieron constituir excepciones a los principios clásicos, constituyen hoy la regla en el tráfico comercial.

“Esto exige a los iusperitos y a los jueces una visión realista de la dinámica del tráfico mercantil y les impone hallar, dentro de la normativa legal y de las costumbres y usos del comercio, las soluciones adecuadas que mejor armonicen los principios de justicia y de seguridad jurídica, dentro de cuyo marco la equidad debe servir de brújula permanente.

“El legislador y el juez no pueden permanecer indiferentes a esta transformación, lo que justifica una coherente legislación sobre el derecho del consumidor y una adecuada solución de los problemas que plantean las actuales modalidades de contratación” (FARINA, 1999, p. 118).

¹⁵ La Constitución española ha colocado el artículo 51, concerniente a la defensa de los consumidores y usuarios, entre los dedicados a los principios rectores de la política económica y social, lo cual se traduce en que dichos preceptos sólo deben guiar la legislación civil y la acción de los poderes públicos, pero sin conceder *per se* especiales mecanismos de protección a los ciudadanos (VERA MEGE, 2001, vol. 2, p. 612).

“En el Perú, el poder Constituyente ha seguido la misma técnica que el español, es decir, la protección del interés de los consumidores se ha plasmado en el marco de las reglas dedicadas al régimen económico” (VERA MEGE, 2001, vol. 2, p. 612).

¹⁶ “La tendencia del derecho moderno es a proteger la justicia en el contrato, pero la forma de hacerlo difiere, según que se trate de la celebración del contrato o de su ejecución. En el primer caso, se busca que el contrato corresponda realmente a la voluntad de las partes y que respecto de las estipulaciones frente a las cuales no exista tal voluntad se preserve un equilibrio mínimo. Dicho equilibrio mínimo se puede determinar a la luz de los principios del

Dicho blindaje se traduce en la implantación de mecanismos procesales para la defensa del consumidor, políticas públicas para el mismo cometido y organización de instituciones que defienden los derechos e intereses de éstos frente a los posibles abusos que se puedan presentar al momento de celebrar y suscribir toda clase de contratos mercantiles.

En lo que respecta al derecho nacional, vale la pena subrayar que recientemente se expidió la ley 1480 de 2011, denominada Estatuto del Consumidor, mediante la cual se pretende proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en desarrollo, fundamentalmente, del artículo 78 de la Constitución Política de 1991¹⁷; por último, vale la pena resaltar que son los jueces y las organizaciones privadas y gubernamentales para la defensa de los derechos del consumidor, los que se

ordenamiento. Durante la ejecución del contrato se trata de preservar el equilibrio que las partes han querido.

“Como se puede apreciar en estos casos, no se trata de que el juez pueda imponer su propia opinión de lo que sería justo en un caso concreto, sino de tratar de lograr que los contratos, tal como son previstos por las partes y por el ordenamiento, puedan cumplir la función que les corresponde de organizar las relaciones entre los contratantes y los intercambios de bienes y servicios. Bajo esta perspectiva se concilia el deseo de justicia y el de seguridad jurídica” (CÁRDENAS MEJÍA, 2007, pp. 714 – 715).

¹⁷ “En la Constitución colombiana de 1991, en el capítulo correspondiente a los derechos colectivos, se consagró en el artículo 78 la protección de los derechos de los consumidores. En él se establecieron significativos principios, que han sido muy importantes en aras de establecer un nuevo tipo de derecho, los cuales entran a modificar de manera significativa algunos de los fundamentos tradicionales del derecho privado. Temas como el de la autonomía de la voluntad privada, la relatividad de los contratos, la responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos, la intervención por parte del Estado en actividades típicamente mercantiles, a través de la inspección y vigilancia, han variado de manera importante.

“El precepto mencionado debe estudiarse en concordancia con el artículo 13 de la misma Constitución, que consagra el derecho a la igualdad, y al mismo tiempo establece para el Estado la obligación de velar porque se generen condiciones para que la misma no sea únicamente de carácter formal, sino también material. Para ello, se debe proteger de manera especial a los grupos que se consideren débiles, lo cual constituye una discriminación de carácter positivo” (ECHEVERRI SALAZAR, 2012, p. 14).

encargan de hacer efectivos y reales los derechos de éstos y, en particular, cuando en la contratación se presentan abusos por vía del clausulado. Además de lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia han efectuado una importante labor de difusión, armonización y unificación conceptual al respecto después de la expedición de la Constitución Política de 1991; como es sabido, antes del advenimiento de esta Ley Fundamental, los derechos del consumidor y, en especial, el clausulado abusivo en la contratación comercial, eran un tema aislado al que se les prestaba poca o ninguna atención, pues no se contaba con los suficientes instrumentos normativos de carácter sustancial y procesal para garantizar los derechos de los consumidores. Empero, como la naciente Constitución de 1991 se acentuó en los derechos sociales y en la persona humana (consumidor) como plexo del sistema jurídico, las debilidades se convirtieron en fortalezas del sistema contractual, menguando los abusos del sector empresarial¹⁸.

¹⁸ “El art. 78 de la Constitución Política de Colombia es el fundamento constitucional a partir del cual se edifica todo el régimen de protección al consumidor, entendido como la parte débil en las relaciones jurídicas propias del subsistema de contratación masiva, a través del cual se pretende velar por el cumplimiento de todos los derechos del consumidor que no solo se concretan en la posibilidad de adquirir bienes y servicios que reúnan las condiciones mínimas de calidad e idoneidad, sino que también tienen derecho a que los oferentes masivos de productos les entreguen información oportuna, veraz y clara sobre los bienes y servicios que ofrecen en el mercado, a ejercer las acciones judiciales respectivas dirigidas a obtener la indemnización y reparación de todos los daños que padezcan por la adquisición y uso de bienes y/o servicios defectuosos o por la información falsa, incompleta o inoportunamente recibida, a que el productor o expendedor dé garantía sobre todos los bienes y servicios que ofrezca en el mercado, y a exigir dicha garantía dentro del marco legal correspondiente, entre muchos otros más.

“Por otra parte, la norma constitucional mencionada impone a los empresarios, en especial a los dedicados a la producción y comercialización masiva de bienes y/o prestación de servicios, la obligación de cumplir con los requisitos mínimos de calidad e idoneidad establecidos por la ley para proteger la salud y la seguridad de los consumidores, y a informar al público debidamente sobre su origen, modo de producción, las características, las propiedades, la calidad, las condiciones de uso, las restricciones de los bienes y/o servicios que masivamente ofrecen en el mercado, entre otros aspectos, para que el consumidor pueda tomar una decisión libre y voluntaria respecto del bien y/o servicio que adquirirá. Así mismo, nuestra Constitución, en el artículo en comento, establece la responsabilidad del productor o comercializador respecto de todos los daños y perjuicios que sufra el consumidor contra su salud y seguridad.

El clausulado abusivo se presenta en la mayoría de los contratos contemporáneos y la forma de atenuar dichas estipulaciones es declarando su ineficacia de pleno derecho o declarando su nulidad por vía judicial, en consonancia con las sanciones pecuniarias y de orden administrativo que imponen, verbigracia, las Superintendencias Financiera, de Sociedades y de Industria y Comercio¹⁹. Ahora bien, como la pretensión de esta investigación es

“Finalmente, el artículo constitucional bajo estudio impone a los empresarios (productores y comercializadores) la obligación de informar suficientemente al público. Consideramos que el contenido de esta obligación no se limita únicamente a anunciar aspectos relacionados con los bienes y/o servicios ofrecidos, como, por ejemplo, su origen, modo de producción, las características, propiedades, la calidad, las condiciones de uso, las restricciones, entre otras, sino que también exige informar al consumidor sobre el contenido contractual uniforme que impondrá al momento de la celebración del respectivo contrato de intercambio, en especial lo relacionado con el precio y su forma de pago, la garantía y la forma de exigirla, eventos de responsabilidad del consumidor y del productor y comercializador según el caso, entre otros aspectos, que son trascendentales para que el consumidor pueda ejercer su libertad de contratar y elegir libremente con quién contrata no sólo por las características de los bienes y/o servicios que ofrece, sino también por las condiciones jurídicas equitativas que ofrece imponer para regular la futura relación jurídica con su cliente” (POSADA TORRES, 2014, pp. 81 – 85).

¹⁹ “El efecto jurídico que produce una cláusula abusiva lo puede señalar el legislador siendo la solución más pacífica y recurrente en el derecho comparado la de la nulidad parcial de la cláusula respectiva cuando ella no constituye la parte sustancial del acuerdo. Conviene exponer esta precisión, dado que Colombia carece de una ley específica sobre las condiciones generales de la contratación. En este orden de ideas, pues, cuando el control al contenido del contrato es posterior o judicial, el juez ordenará la exclusión de la cláusula desproporcionada o exorbitante del contenido del contrato, sin que tal <<nulidad parcial>> produzca una metástasis invalidante en el resto del contenido del negocio; éste se mantiene y se preserva y con ello se le da aplicación al principio de la preservación del contrato. Aunque la solución frente a una cláusula abusiva es la de la nulidad parcial, conviene distinguir entre la sanción resultante de una cláusula abusiva y la sanción proveniente de que el negocio no cumpla los requisitos de existencia y de validez.

“Obsérvese que cuando el juez va a analizar la justicia del contrato su análisis, en principio, va dirigido a examinar si el contrato es equilibrado o proporcionado y el resultado de tal análisis debe terminar con el restablecimiento del equilibrio si éste ha sido desconocido o vulnerado; en tanto que cuando el análisis es sobre la validez del negocio el juez debe observar si los presupuestos de validez del contrato se cumplieron. De ahí que se pueda afirmar que el control sobre el contenido del negocio es un control subjetivo, en tanto que el control sobre la validez del mismo, es un control objetivo por corresponder a un juicio general establecido por el legislador. En otras palabras: en el control subjetivo el juez mira en esencia el comportamiento y la igualdad de las partes; en tanto que en el control objetivo el juez mira a la ley y a la

centrarse en el contrato de fiducia mercantil, por ello no se examinan las cláusulas abusivas en otros contratos mercantiles. Así las cosas, el plan metodológico es el siguiente: en primer término, se expone, analiza y critican los fundamentos del contrato de adhesión y de las cláusulas abusivas; luego, y como es lógico, se aborda el contrato de fiducia mercantil y, al finalizar la exposición, se estudian las cláusulas abusivas que con frecuencia figuran en los modelos de contrato de fiducia. Al culminar esta investigación, se presentan los análisis, críticas y propuestas correspondientes.

normativa particular que ha disciplinado los presupuestos de validez del contrato. Por eso se ha afirmado que el concepto de cláusula abusiva surgió precisamente como un mecanismo de protección contractual y, más específicamente, de protección a la parte débil de la relación jurídica, de ahí que su control se le suele denominar subjetivo. Sin embargo, como se verá, también el control del contenido del negocio se suele llamar objetivo en aquellos países que gozan de una ley especial sobre las condiciones generales de la contratación dado que en ellas se dispone qué cláusulas no pueden estar incluidas en ciertos contratos” (RENGIFO GARCÍA, 2002, pp. 192 – 193).

CAPITULO 1.

EL POSTULADO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO COLOMBIANO

La contratación está fundada en el principio de la libertad contractual, de la autonomía negocial. El régimen de contratación civil, comercial, internacional y estatal está cimentado en este principio liberal, cuyo origen se remonta a la Revolución Francesa del siglo XVIII (Cfr. TAMAYO LOMABANA, 1990). Se incluyó inicialmente en el Código Napoleónico y luego en los códigos que se inspiraron en éste; en el ámbito de la legislación comercial dicho principio adquirió mayor trascendencia. Y como es sabido, nuestro derecho privado, legatario de aquél sistema jurídico insertó este postulado en el artículo 1602 del Código Civil, en los siguientes términos: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Esta disposición es una clara manifestación de este principio del derecho privado, y faculta a los contratantes para que estipulen lo que a bien tengan dentro del texto de un contrato de derecho privado; igual criterio se aplica en el marco del derecho comercial y de los negocios, donde no sólo se aplica y opera con toda amplitud dicho principio, sino que, además, tiende a expandirse con el fortalecimiento de la contratación internacional (Cfr. LÓPEZ GUZMÁN, 2007; VALENCIA ZEA, 1990). Pero el mencionado principio no es ilimitado, sin restricciones o fronteras, pues, como es de público conocimiento, la autonomía de la voluntad, esto es, la libre estipulación de las partes, está limitada por el orden público y las buenas costumbres (Cfr. RAVASSA MORENO, 2004).

Sin embargo, este postulado está estructurado sobre una columna que tiene fisuras, que está agrietada, y se denomina el principio de igualdad. Siempre que

hablamos del artículo 1602 del Código Civil colombiano y, por ende, de la autonomía de la voluntad²⁰, partimos de un supuesto en la contratación: la

²⁰ “La autonomía de la voluntad es un principio clave en la doctrina clásica del contrato, pues a partir de ella, bajo el consentimiento, una parte acuerda con otra la celebración de determinado negocio. Es esto lo que permite obligar a dos partes en un contrato.

“Pero, ¿Qué sucede cuando las condiciones sociales cambian, y nos encontramos con que la sociedad actual (...) es una sociedad muy distinta a aquella en la que se promulgó el Código Civil, cuya estructuración se encontraba vinculada a los problemas propios de una sociedad agraria, como quedó reflejado en las raíces del sistema codificado?

“Es otro el escenario que nos plantea el mundo actual y las formas jurídicas de contratación como el contrato de adhesión y su contenido predispuesto, pues como se expuso en el acápite anterior, no es el consentimiento ya el rey de la contratación sino el asentimiento que se vale de las necesidades primarias, y suntuosas de los consumidores para imponer lo que a bien le viene.

“El dogma de la autonomía de la voluntad es lo que a través del libre consentimiento, hace que los pactos sean irrevocables (*pacta sunt servanda*), pues es así, como la dibujaba el Digesto, de donde se remonta su aparición: <<*Mantendré los pactos convenidos que se hayan hecho sin dolo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores, y que no sean en fraude de cualquiera de ellos*>>.

“Esto deriva de doctrinas como la del jurista FOUILLÉE quien dijo: <<Quien dice contractual dice justo>>, para indicar que la base del contrato era el consentimiento libre y que por lo tanto de allí surgía su carácter de irrevocable, pues era la autonomía de las partes lo que llevaba a su celebración, equiparando ello a la justicia. Pero el contrato entra en crisis, y las bases de la autonomía de la voluntad ya no funcionan de la misma forma o al menos ya no lo pueden hacer. La libertad de contratar, manifestada en el derecho a hacerlo o no y la libertad de autorregulación que da derecho a regular conforme al propio albedrío, y junto a ellas la facultad para modificar el contrato y la libertad de extinguir el vínculo.

“Sin embargo, si bien hay limitación a la libertad de los consumidores, quienes al final son las partes que deben adherirse, es cierto que la igualdad no puede quedar en un segundo plano;; pero se trata de una igualdad no en la que las dos partes se encuentran en la misma posición porque en realidad no lo están. La una está del lado oferta y la otra del lado demanda, tienen calidades muy diferentes dentro del mercado. Entonces, no podemos hablar de igualdad de iguales pues no lo son. Sería un trato de desigualdad entre desiguales. Por tanto, se busca una igualdad en donde se proteja al débil del fuerte, donde se le provean de las herramientas necesarias para poder, sin perder su calidad, ejercer libremente sus derechos y satisfacer al tiempo sus necesidades, exigiéndole los deberes que a él merecen sin caer en el abuso.

“Si es claro entonces, que el consentimiento no rige estas nuevas relaciones jurídicas, entonces debemos buscar otro fundamento que le otorgue fuerza vinculante, como lo sería la necesidad del consumidor de adquirir dicho bien o servicio. No podemos al menos, pensar que la voluntad

igualdad de las partes; el Código de Comercio adolece del mismo problema, ya que en el artículo 4° del estatuto mercantil se entroniza la voluntad de las partes como fuente del derecho comercial; y es tan vital este postulado en el panorama comercial, que incluso tiene primacía sobre la costumbre mercantil, y se equipara a la ley mercantil, siempre y cuando no se viole el orden público y las buenas costumbres, de conformidad con lo previsto por el artículo 16 del Código Civil colombiano. Empero, lo cierto es que en el campo de la contratación mercantil tiende a ensancharse cada vez más, en especial en la contratación internacional (Cfr. BARONA VILAR, ESPLUGUES MOTA y HERNÁNDEZ MARTÍ, 1999).

Ahora bien, como la condición de cada una de las partes en el contrato, en el negocio jurídico, no es igual; es decir, las partes que celebran un contrato civil o mercantil no son iguales, por su poder económico, político, por su tamaño en el mercado y por su capacidad para influir en él; su experiencia o experticia (know-how), su *goodwill*, su marca, su tecnología, entre otros. Las partes que celebran contratos civiles o comerciales no están en un plano de igualdad; ciertamente la Constitución Política de 1991 en su artículo 13, en consonancia con el artículo 78, enuncian y defienden el derecho a la igualdad y los derechos del consumidor; sin embargo, éstos se ven lesionados, afectados si se quiere, por la posición de dominio que ostentan algunos operadores del mercado. Desde hace décadas la contratación no se efectúa en un plano de igualdad, de equilibrio, sino que, por el contrario, se realiza entre operadores económicos²¹

que lleva al consumidor a contratar es una voluntad por <<gusto>>, por el contrario, es una voluntad por necesidad, es decir, ya no estamos en presencia de la manifestación de la voluntad sino de la manifestación de la necesidad de quien contrata”(HURTADO ORTIZ, 2011, pp. 53 – 54).

²¹ Los operadores económicos son los sujetos (personas naturales y jurídicas) que intervienen en el mercado, que realizan negocios y operaciones mercantiles (Cfr. RAVASSA MORENO, 2004). Es un concepto del derecho mercantil internacional, del derecho europeo de contratación para distinguir entre empresas y consumidores, ya que a éstos últimos no se les

que se encuentran en desventaja, en desequilibrio, en indefensión frente a empresas transnacionales que dominan el escenario económico mundial. Y estos desequilibrios contractuales se han intentado corregir o mitigar mediante prohibiciones legales, por intermedio de las normas de protección al consumidor, y por supuesto, por conducto del sistema normativo de las cláusulas abusivas o cláusulas vejatorias²².

Las cláusulas²³ abusivas, de exoneración y limitativas de responsabilidad, son una consecuencia, una respuesta legal y, por ende, una solución leal y

aplica el derecho de la contratación internacional, sino que, por el contrario, la legislación aplicable a éstos en el marco contractual es el derecho donde habitualmente residen (Cfr. BARONA, ESPLUGUEZ y HERNÁNDEZ, 1999).

²² “Frente a la predominante posición de acuñar el término de <<cláusulas abusivas>>, proponemos utilizar el de <<cláusulas vejatorias>>, por cuanto en nuestra tradición jurídica el término *abuso*, suele asimilarse al de *abuso del derecho*, cuyo contenido conceptual es el de un principio general del derecho, definido como una limitación intrínseca del derecho subjetivo que, al transgredirse (o pretender transgredirse procesalmente), genera (o podría generar) daños a terceros, aplicándose para remediarlo, en el primer caso, la normatividad relativa a la responsabilidad civil y en el segundo, declarando judicialmente su ineficacia.

“El *status* de las partes contratantes no debe ser determinante para la definición de las cláusulas vejatorias; pero si puede servir como indicador frente a los requisitos de la buena fe y equilibrio contractual, que sí son determinantes para tal efecto. En efecto, si entendemos el requisito de la buena fe en un sentido objetivo, vale decir como conducta objetivamente correcta de la parte contratante, la misma servirá como medida del desequilibrio contractual. Dentro de la dinámica de las relaciones jurídicas, difícilmente nos encontraremos frente a un perfecto equilibrio contractual entre las partes. Lo que resulta relevante para determinar que nos encontramos frente a una cláusula vejatoria es que ese desequilibrio sea de mala fe (o si queremos, sea contrario al principio de buen fe)” (ESPINOZA ESPINOZA, 2004, p. 626 – 627).

²³ Según la doctrina (GUAL ACOSTA, 2012, pp. 97 – 99): “La noción de cláusula ha sido vaga e indefinida, ella en general se ha considerado como una parte del negocio mediante la cual, en manifestación de la autonomía de la voluntad, se establece la *lex contractus*. Sobre el **concepto de cláusula** se han identificado de manera mayoritaria dos posibles definiciones una **formal**: que se refiere a la cláusula como acto de voluntad, donde entrarían todas las disposiciones del contrato incluyendo aquellas que repiten disposiciones de ley; y una **sustancial**: que se refiere a la cláusula que hace referencia al examen del contenido de la predisposición y a la naturaleza preceptiva del acto de voluntad, esta definición en sentido sustancial permite entender la

jurisprudencial a los abusos y desequilibrios que se han presentado en el marco del derecho de la contratación civil y comercial, en particular en esta última. Para nadie es un secreto que los desajustes en la contratación privada y, por consiguiente, la vulneración o ruptura al postulado clásico de la autonomía de la voluntad en la contratación privada son producto de la contratación en masa, de los contratos tipo, de los formularios en el sistema de contratación privada (Cfr. GUAL ACOSTA, 2012; SUESCÚN MELO, 1996, Vol. 1, pp. 244 - 245). El crecimiento exponencial de las empresas y las sociedades mercantiles produjo un debilitamiento, un quebrantamiento en el modelo o paradigma de contratación de lengua tradición, donde las partes, en igualdad de condiciones, derechos y deberes, discutían las condiciones y el clausulado del contrato²⁴; sin embargo, ello se fue desdibujando en forma paulatina, habida cuenta que las empresas requerían de un contrato más ágil, destinado a atender las necesidades de la masa, de la población, del consumidor en general; ya no había tiempo de discutir las cláusulas y el contenido o la forma del contrato; las sociedades y las empresas necesitaban seguridad, ventajas en el mercado y en la contratación, y la respuesta a estos hechos fue el contrato tipo, los formularios en la contratación, los contratos de adhesión, donde el consumidor, o el pequeño y mediano empresario lee, revisa y expresa su voluntad de celebrar o no el contrato; es poco o casi nada lo que el consumidor y el usuario del siglo XXI pueden discutir y modificar en el negocio jurídico que celebran en

cláusula como sinónimo de pacto y como un imperativo contractual o negocial sobre el cual opera el control del legislador.

“La noción sustancial resulta ser la más usada y a la cual no escapan las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad. Bajo esta óptica es habitual que en el giro cotidiano de los negocios, las partes en ejercicio de la autonomía privada empleen numerosas y variadas cláusulas, por medio de las cuales les es posible modificar el principio de la reparación integral del daño, con la finalidad de ajustar el contenido del contrato a sus propios intereses. “Identificado el concepto de cláusula bajo su sentido sustancial. Sentido al cual se hará referencia de ahora en adelante por cuanto, como se ha sostenido, permite identificarlas como pacto (...)”.

²⁴ Hoy ya no se discute, simplemente se firma, se paga y se lee y pregunta después (Acerca de la contratación en masa, cfr. FARINA, 1999).

la actualidad. Prácticamente la mayoría, sino todos, los contratos que celebra el consumidor de hoy son mercantiles²⁵, conforme a lo preestablecido en los artículos 20, 21, 22, 23 y 24 del Código de Comercio (Cfr. MEDINA, 2008, p. 240). En este terreno es casi nula la participación del contratante débil en la relación contractual; así las cosas, y como es obvio en este modelo capitalista de contratación, los operadores mercantiles que ostentan una condición de dominio en el mercado (Acerca de la posición dominante, cfr. ALMONACID SIERRA y GARCÍA LOZADA, 1998)²⁶, imponen el clausulado, establecen las

²⁵ Lo cierto es que la mayoría de negocios que hoy celebran el consumidor y las empresas son de carácter comercial; abrir una cuenta bancaria, solicitar un préstamo en una institución financiera, negociar con proveedores para el suministro de insumos y materia prima, contratar a una persona natural para que administre un establecimiento de comercio, efectuar un contrato de corretaje con una empresa inmobiliaria para la promoción de unos bienes raíces, comprar acciones, registrar una marca, endosar un cheque, realizar trámites aduaneros para ingresar mercancías al país, hacer una inversión de portafolio en otro país, etc., son actividades comerciales reguladas por el derecho mercantil. El derecho civil regula muy pocas actividades: el estado civil de las personas, el matrimonio, la familia, las sucesiones y la propiedad inmobiliaria en general; sin embargo, la propiedad está principalmente regulada en la actualidad por el derecho público.

“En este orden de consideraciones podemos inferir que el derecho civil contractual se ha ido mercantilizando. Si observamos con detenimiento el conjunto de negocios y actividades económicas cotidianas desarrolladas por el conglomerado social, nos damos cuenta de que la mayoría de estos se encuentra regulada por el derecho mercantil. Con el auge de la globalización y de la *lex mercatoria* se ha presentado una huida hacia el derecho contractual mercantil y de los negocios. En lo que respecta al derecho público, si bien es cierto que existe una interdependencia entre este y el derecho privado, aquel ha experimentado el mismo fenómeno, pues el péndulo ahora oscila hacia el derecho privado. De hecho, la contratación estatal, la privatización de las empresas del Estado y la liberalización comercial por medio de tratados internacionales, así como la quiebra del concepto de soberanía, lo confirman; por ello en la actualidad la doctrina se refiere a la comercialización del derecho administrativo o a la administrativización del derecho comercial.

“Además, así como el derecho contractual mercantil es el derecho de la vida cotidiana para las actividades económicas, también es el instrumento jurídico por antonomasia de los negocios internacionales, y es en este último ámbito donde el derecho mercantil del siglo XXI ha adquirido mayor dimensión. Por el contrario, el derecho contractual civil ha ido perdiendo importancia y relevancia y no responde a las exigencias políticas, económicas y tecnológicas de nuestro tiempo (...)” (LÓPEZ GUZMÁN Y MORGESTEIN SÁNCHEZ, 2009, pp. 90 – 91).

reglas de juego, estipulan lo que a bien tienen, incluso la jurisdicción ante la que se debe acudir. Por ello, muchos contratos incluyen cláusulas arbitrales, esto es, arbitrajes de consumo para solucionar los conflictos que se presenten entre el consumidor, el usuario y las empresas que contratan, las sociedades mercantiles que ofertan bienes y servicios en la economía global de hoy. Y el único remedio a la crisis del contrato dialogado, discutido es, sin duda, el régimen de cláusulas abusivas; dicho sistema constituye una defensa, una salida a la problemática que nos plantea el contrato en la economía moderna, en especial por el contrato de adhesión.

Conforme con lo expuesto, no resulta descabellado sostener que el contrato de libre discusión no sólo está en crisis, sino que, metódicamente ha ido desapareciendo, se ha ido desvaneciendo en la realidad, en el derecho vivo de la contratación; entre tanto, la legislación civil y mercantil mantienen el concepto de la libre discusión y de la susodicha autonomía de la voluntad; no es un sofisma ni mucho menos un distractor legal, es, sencillamente, un principio, y a su vez, un legado de la tradición jurídica de Occidente (Cfr. BERMAN, 1996; KOZOLCHYK, 2006), que se ha fragmentado con la contratación en masa, que

²⁶ “El abuso de la posición dominante en el mercado, desde el punto de vista meramente civilista, perfectamente puede ser explicado como una de las modalidades comprendidas por la teoría general del abuso del derecho, concretamente del derecho a la libre competencia. Este tipo de análisis es válido si se tiene en cuenta los nexos históricos que existen entre la figura civilista del abuso del derecho y la figura del derecho económico denominada abuso de la posición dominante (...)

“En Colombia, al igual que en el derecho comparado, el abuso de la posición dominante también ha sido analizado desde la figura del abuso del derecho prevista en diferentes normas del sistema jurídico colombiano. En efecto, el 19 de octubre de 1994, dentro del expediente 3972 (Arinco contra Corpavi), en el que fue ponente CARLOS JARAMILLO SCHLOSS, se produjo una sentencia de casación cuya importancia estriba en que se supera los parámetros tradicionalmente reiterados por la tendencia jurisprudencial subjetivista, dando así paso a la entronización de nuevos criterios para determinar las situaciones de abuso del derecho, entre los cuales se encuentra el abuso de la posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios como uno de los <<criterios objetivos>> para determinar el abuso del derecho” (ALMONACID SIERRA y GARCÍA LOZADA, 1998, pp. 160 – 162).

ciertamente también se ha fortificado en el marco de la contratación internacional, pero que merced a la primera situación, ha sido menester conjugar este juego de fuerzas, equilibrarlo si se quiere, mediante el régimen de cláusulas abusivas.

No podemos hablar tampoco de una contradicción entre el régimen contractual civil, mercantil y el nuevo estatuto del consumidor; son complementarios, útiles todos, necesarios, no son excluyentes, puesto que si bien es cierto que el señor Carlos Slim Helú, propietario, entre otras empresas, de TELMEX, a discutir un contrato de telecomunicaciones, compraventa internacional, suministro, leasing, inversión inmobiliaria, entre otros, por ejemplo, con Donald Trump, gestor del programa de televisión intitulado “El Aprendiz”, lo hacen en un plano de relativa igualdad de condiciones legales y económicas; el contrato que ellos celebran es de libre discusión; allí la autonomía de la voluntad está plenamente identificada, está presente, es dinámica, se aplica entre los contratantes; sin embargo, si, por el contrario, Pedro Pérez, consumidor, o pequeño empresario, celebra un contrato de compraventa, inversión, franquicia o de concesión con Warren Buffet, inversionista estadounidense ampliamente conocido, o un contrato de fiducia mercantil con Fiducolombia, por ejemplo, el contrato deja de ser de libre discusión y se transmuta en un contrato de adhesión, donde la tan lisonjeada autonomía de la voluntad del Código Civil y del Código de Comercio, son prácticamente inexistentes. El legislador ha tratado de contrarrestar los efectos nocivos de este tipo de clausulado mediante el control judicial de este clausulado a través de los jueces y entidades administrativas correspondientes²⁷.

²⁷ “En Colombia se han regulado de manera dispersa las cláusulas abusivas – tal es el caso de la ley de servicios públicos domiciliarios y el orgánico del sistema financiero, etc. –, de manera que no existe una ley, como sí ocurre en el derecho comparado, que regule completamente este tipo de estipulaciones. El tratamiento de estas cláusulas en el derecho colombiano, se ha debido, principalmente, a las elaboraciones de la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Es por

Y, ¿cómo mitiga el derecho actual de contratación, o cómo se disminuye o aminorar el riesgo y el daño a la parte débil en el contrato, en el negocio jurídico celebrado entre las partes, donde uno de ellos se plegó a la voluntad del otro?, donde por necesidad, ignorancia, situación de monopolio u oligopolio y tan solo por subsistencia legal y empresarial, o por obtener un mínimo vital, debió someterse contra su voluntad a los caprichos e imposiciones de la parte fuerte en la relación contractual. La respuesta es el régimen de cláusulas abusivas de que habla la jurisprudencia, la doctrina y, por supuesto, el Estatuto del Consumidor. Empero, aún está en ciernes, su eficacia no es absoluta, plena, satisfactoria, sino que, curiosamente, está en construcción, en proceso de afincamiento en el derecho privado colombiano, y por qué no decirlo, en el derecho privado latinoamericano²⁸.

Por ahora, digamos que sí están las herramientas, los instrumentos normativos, con objeto de edificar, de crear una cultura diferente en el sistema de contratación en masa, y a su vez, de equilibrar los desajustes e injusticias y abusos que se presentan en el entorno de la contratación privada. La autonomía de la voluntad en la contratación civil, comercial, estatal e internacional está vigente, es un derecho vivo, dinámico, que permite moldear a las partes el contrato, de acuerdo a sus necesidades y expectativas, a su capacidad económica y a sus proyectos e intereses individuales, y por ende, todo ello se traduce en beneficio para la comunidad, para la colectividad; sin

esto, que no ha existido mayor certeza respecto del control judicial de las mismas” (SUECÚN DE ROA, 2009, pp. 8 – 9).

²⁸ La racionalidad capitalista del siglo XXI no sólo ha consolidado un derecho del consumo global, sino también una cultura transnacional del consumidor, diseñada por las sociedades mercantiles de los países industrializados; en nuestro tiempo resulta indispensable una revisión o un repensar de lo jurídico, de lo político (políticas públicas) y del sistema económico global frente a los derechos, necesidades y expectativas del consumidor, para beneficiar a las personas y al ciudadano por encima de las empresas y del sistema capitalista (Cfr. GARCÍA CANCLINI, 1995).

embargo, dicha autonomía tiene unos límites muy precisos, establecidos por el orden público y las buenas costumbres, y aunque está restringida igualmente por el poder económico o la posición de dominio que algunos operadores tienen en el mercado, también es cierto que mediante el régimen de cláusulas abusivas se corrigen las imperfecciones del mercado en la contratación y se cumplen los fines y principios señalados en la Constitución Política de 1991 y en el nuevo Estatuto del Consumidor, donde el usuario, consumidor o parte débil del contrato constituye el plexo de la relación contractual²⁹.

1.1 DEL CONTRATO NEGOCIADO AL CONTRATO PREDISPUERTO

El modelo liberal de contratación profesaba la libertad de contratación, lo cual se traducía en la posibilidad de negociar el clausulado, la forma y el contenido del contrato entre las partes; este paradigma rigió durante mucho tiempo en la economía global; se predicaba en los diferentes sistemas legales de Occidente que los hombres son iguales ante la ley, y por consiguiente, en las relaciones contractuales y de negocios les asiste el mismo principio (TAMAYO LOMBANA, 1990; OSPINA FERNÁNDEZ, 2009). Estas directrices guiaron el régimen de contratación en el derecho privado por décadas, e incluso el régimen de contratación pública, con fuerte influencia de aquél, estuvo signado por idénticos dictados; no fue sino hasta fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, con el advenimiento del capitalismo global y con la expansión de las empresas estadounidenses o globalización de la producción y de los mercados

²⁹ “Los derechos de los consumidores y usuarios son derechos constitucionales. Empero, no se ha desarrollado en su integridad el artículo 78 de la Constitución Política en cuanto se refiere a: 1) Al control de calidad de bienes y servicios e información que debe suministrar al público; 2) AA la responsabilidad de los productores y distribuidores cuando atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento. Se ha desarrollado parcialmente el artículo, en cuanto se refiere a la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen” (IBÁÑEZ NÁJAR, 1998, pp. 126 – 127)

(HILL, 2001), cuando la dinámica de la contratación empezó a mutar, y en forma paulatina.

Lo anterior se traduce en que, en forma lenta e imperceptible comenzaron a exteriorizarse distintos cambios en la contratación privada, y por consiguiente, a armonizarse y unificarse los métodos y sistemas de contratación, en virtud del advenimiento de un derecho de contratos comunitario, de un fortalecimiento de la política y derecho del consumo, de un código europeo de contratos y de la redacción de principios uniformes de derecho contractual en el comercio internacional (GUIDO ALPA, 2004, 1103 – 1104); de hecho, esta transmutación del contrato se gestó en la necesidad de implantar un modelo de contrato estándar, homogéneo para todos los que compraban y consumían en las nacientes empresas del capitalismo global; era lógico que los vendedores, esto es, las empresas dedicadas a la oferta de bienes y servicios a gran escala, no podían discutir, analizar y detenerse a cambiar todos y cada uno de los contratos que celebraban con los compradores o consumidores; si el contrato y el servicio o la venta del producto era igual, lo más sensato era introducir un modelo de contrato, un contrato tipo, estándar, que le sirviera a todo el mundo, a todas las personas, al margen de su condición social, económica, de su credo religioso, de su convicción política, entre otros aspectos (Cfr. SUESCÚN MELO, 1996).

En definitiva, y en consonancia con lo expuesto, diseñar un contrato común a todos, tanto a proveedores como a consumidores, con cláusulas idénticas, con forma y exigencias de idéntico contenido; en síntesis, un contrato homogéneo, igual para todos, que no admitiera discusión, en el que no se diera espacio para el debate, la negociación y la concertación entre las partes, sino que, por el contrario, un contrato tipo en el que simplemente la parte interesada acepta de

antemano las condiciones del negocio, se somete, se pliega a lo preestablecido por el vendedor, por el proveedor, por la empresa que vende a muchos consumidores; no hay tiempo de sentarse a discutir el contrato, hay que vender, producir y producir para vender y obtener cada vez más y más utilidades, y atrás quedaron las aspiraciones y principios idealistas en materia contractual trazadas por los juristas del régimen liberal del siglo XVIII: libertad de contratación, libertad para decidir con quién contratar, libertad para elegir el objeto del contrato, libertad para diseñar el contrato y libertad de formas (GUTIÉRREZ CAMACHO, Tomo 2, 2001, p. 300 – 301). La consigna, el *leitmotiv* de la empresa y de la producción en masa es: consume, firme, acepte todo y pague sin discutir. A ello nos condujo el naciente capitalismo global, la producción en masa, la contratación estandarizada; pero como es lógico, dicho sistema de contratación está plagado de vicios, de abusos, de reglas impuestas que tan sólo van en detrimento del consumidor y del usuario; el contrato dejó de ser negociado en su mayor parte e hizo su tránsito al contrato predispuesto, y si se quiere contratar no hay que discutir o deliberar, sino firmar y aceptar el clausulado del contrato, sin chistar; de lo contrario, hay otros consumidores dispuestos a adquirir y utilizar el bien y servicio que ofrece la empresa y el proveedor. Pero estas circunstancias, han conducido, entre tanto, a que se organicen asimismo entidades especializadas para la defensa del consumidor, en cooperación con la sociedad civil, no solo en Colombia sino en todo el mundo (Cfr. MANZANO CHÁVEZ, 2008, pp. 12 – 14).

Gradualmente se fueron presentando abusos contra los consumidores y contra los usuarios de servicios; de un clausulado neutro en materia contractual; es decir, que originalmente no imponía mayores ventajas en favor del empresario que redactaba el contrato, se transitó hacia un contrato con toda clase de cláusulas contrarias al ordenamiento jurídico, que imponían condiciones abiertamente ilegales y que lesionaban los derechos del consumidor, y aún lo hacen; esta situación se fue mitigando pausadamente mediante controles

judiciales y administrativos, merced al cúmulo de demandas que se empezaron a instaurar contra las empresas que establecían cláusulas eminentemente ilegales, en evidente perjuicio de la parte débil en la relación contractual y de negocios; y a medida que se fue gestando una jurisprudencia y un conjunto de laudos arbitrales en defensa del consumidor, se fue perfilando igualmente una cultura para la protección de la parte débil en este tipo de contratos; y como era obvio, ello se materializó con las normas tuitivas del derecho de la competencia y del consumidor.

Así las cosas, fue así como en otros países (Estados Unidos, Alemania, Francia, Brasil, Chile, Argentina España, entre otros) se empezó a hablar de que el consumidor tiene derechos y que los desequilibrios contractuales se deben paliar mediante el régimen de cláusulas abusivas y derecho del consumidor (Cfr. BORDA, 2001, vol, 2; LÓPEZ CABANA, 2001, Vol. 2; BARBIER, 1998; V. BENJAMIN, 1998; LÓPEZ SANTOS, 1998; TRIMBOLI, 1998); por tanto, la imposición de multas, sanciones pecuniarias y condenas judiciales administrativas y civiles por los daños y perjuicios ocasionados al consumidor fueron creciendo en forma exponencial, hasta el punto de que hoy día no solo disponemos de una legislación en esta materia, sino que, además, hallamos un conjunto de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales dedicadas a promocionar la libre competencia económica y los derechos del consumidor en el marco de la contratación privada y, como es sabido, un régimen muy detallado y consolidado de cláusulas abusivas en la contratación.

En nuestro país ya se han dado pasos agigantados en la materia, hemos adelantado notablemente, y la jurisprudencia local ha emitido fallos de

trascendencia en la materia, paliando los abusos en que incurren con frecuencia los operadores económicos que dominan el mercado local y global.

Aunque ello no significa, como es natural, que la tarea jurídica y la labor judicial y administrativa en este campo esté por entero satisfecha, sino que, como en todo, se debe seguir avanzando, evolucionando y perfeccionando la doctrina, los conceptos y la aplicación de estos criterios en el régimen de contratos. Además, el hecho de que se haya legislado al respecto y de que la jurisprudencia haya efectuado una interpretación en defensa de los derechos del consumidor y de la parte débil en el contrato, conforme a los lineamientos de las nuevas tendencias del derecho comparado, no significa de ninguna manera que el problema esté por entero resuelto (Cfr. GHERSI, 1998; LÓPEZ GUZMÁN, 2007; FARINA, 1999); por el contrario, el problema jurídico persiste, continúa y, por contera, la labor judicial y administrativa es más ardua ahora, merced a la penetración de la inversión extranjera en Colombia, a la expansión del mercado local y, por supuesto, a la intensificación de los tratados comerciales internacionales, que fomentan el acceso a nuevos mercados, bienes y servicios por parte del consumidor (Cfr. GRACIA y ZULETA, 2007).

En resumen, salvo la contratación directa entre consumidores, contratación civil, la mayor parte de los contratos que se celebran hoy día son de adhesión, con cláusulas predispuestas, en todos los sectores económicos (banca, transporte, servicios, exploración y explotación de recursos no renovables), y el concepto de libre discusión se ha desdibujado, se ha volatilizado para abrirle paso al contrato predispuesto (Cfr. FARINA, 1999). De ahí que el régimen de cláusulas abusivas constituye el eje de la contratación contemporánea, pues contribuye a equilibrar el juego de fuerzas en el mercado mediante la implementación de un sistema de contratación paritario, justo, responsable y que propende la función

social del contrato, de acuerdo a la filosofía de la Constitución Política de 1991 y a los derroteros del derecho del consumidor (Cfr. GUAL ACOSTA, 2012; RODRÍGUEZ YONG, 2013; BENÍTEZ CAORCI, 2002; POSADA TORRES, 2014; GHERSI, 1998; GUAL ACOSTA, 2009).

¿Cómo se desdibujó el postulado de la autonomía de la voluntad, y cómo se efectuó el tránsito del contrato negociado al contrato predispuesto? Estas preguntas no son fáciles de resolver, puesto que la atomización o el desvanecimiento de la autonomía de la voluntad obedecieron a diversos factores de orden jurídico y económico. En lo que respecta al segundo aspecto, es menester señalar que dicho tránsito fue lento, paulatino, y se realizó merced al advenimiento del contrato estándar, del contrato en masa.

En lo que atañe al primer punto, es conveniente tener en cuenta que el evaporamiento del principio de la autonomía de la voluntad no se produjo por la ley, por una orden legislativa, sino que fue una consecuencia de los negocios entre comerciantes, de los usos y costumbres mercantiles, de las prácticas y acuerdos entre empresarios, por el desarrollo del mercado y, por antonomasia, por el crecimiento empresarial, que obligó a los empresarios a imponer condiciones de homogeneidad a los compradores, a la masa de consumidores que adquieren productos y servicios en los establecimientos de comercio de éstos. Y el paso hacia el contrato predispuesto se fue desarrollando progresivamente mediante la intensificación del comercio organizado; a medida que la mayor parte de la oferta de bienes y servicios fueron absorbidos por los grupos empresariales³⁰ o holdings, el contrato de libre discusión empezó a

³⁰ “No existe un vocablo único que identifique al grupo empresarial, pues se utilizan distintos términos para este respecto, tomándose generalmente como indicativo, el significado o equivalentes en los distintos idiomas, véase pues, que en Alemania, Austria, Suiza u Holanda, el término más relevante es Konzern², así mismo, en Gran Bretaña se habla de group; en los

marginarse a los contratos puramente civiles, tales como la compraventa de inmuebles entre particulares, de bienes muebles, de automotores y otros. Y la problemática central de hoy no gravita en torno a la igualdad de los contratantes y a la facultad de estipular libremente las condiciones y la forma del contrato, sino que la médula de la contratación en el siglo XXI se refiere al cómo se logran paliar, sancionar y equilibrar las cláusulas ilegales, abusivas y lesivas que se han incluido en los contratos contemporáneos por parte de los grupos empresariales, que por lo regular, abusan de la posición de dominio que detentan en el mercado (Cfr. RAVASSA MORENO, 2004; LÓPEZ GUZMÁN, 2007; POSADA TORRES, 2014).

Estados Unidos, de affiliated corporations, affiliated group o parents and subsidiaries; en Francia de groupe de sociétés; en Italia de grupo di società, y en España de grupo de sociedades; todo esto en pro de dificultar la búsqueda de un término unificado que distinga totalmente a los grupos empresariales. Siendo así, me parece inadecuado entrar en discusiones irrelevantes al tocar este tema, pues nos interesa analizar cada uno de los elementos que le corresponden al fenómeno a tratar, sus consecuencias, y llegado el momento, los efectos que le surgen. Un grupo es la “reunión en una unidad económica de dos o más sociedades”, o “una pluralidad de entidades jurídicamente independientes sometidas a un poder único”³, concepto en el que ya se empiezan a dejar ver los elementos que deben concurrir para que exista un grupo empresarial, que son, la unidad de propósito y dirección; y el control, que ejerce una sociedad dominante o cabeza de grupo; elementos sobre los que nos detendremos más adelante. Es entonces una sola empresa conformada por varias sociedades que son independientes entre sí, pero sometidas todas, a un control unitario que determina las directrices de todas y cada una de las sociedades que forman dicha empresa; definición que coincide con la que nos trae Barthélem Mercadal al referir que: “Llamamos grupo de sociedades al conjunto constituido por varias sociedades, conservando cada una su existencia propia, pero unidas entre ellas por diversos lazos, en virtud de los cuales una de ellas denominada sociedad matriz, que mantiene a las otras bajo su dependencia, ejerce un control sobre el conjunto y hace prevalecer la unidad de decisión”⁴. Ahora bien, deben estar presentes tanto el control o subordinación, como la unidad de propósito y dirección para darle existencia al grupo empresarial, y es oportuno decir que cada sociedad perteneciente al grupo conserva su singularidad, individualidad, autonomía e independencia societaria, es decir, que en ningún momento, con la creación o conformación del grupo empresarial se está dando origen a una nueva figura autónoma e individual, y mucho menos a un nuevo ente con personalidad jurídica, lo que se explica por el carácter ambivalente que le es propio al grupo empresarial y que nos corresponde desarrollar posteriormente” (MONTIEL FUENTES, 2009, pp. 3 – 4).

1.2 DEL ABUSO DEL DERECHO EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA

El abuso del derecho está contemplado en el artículo 830 del Código de Comercio colombiano, que dispone: “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”. El Código Civil colombiano, por el contrario, no se refiere al instituto jurídico del abuso del derecho; como es bien sabido, fue creación jurisprudencial. Y como ni el Código de Comercio ni el Código Civil definen en forma expresa qué se entiende por abuso del derecho, ni establecen sus efectos y alcances, ha sido la doctrina y la jurisprudencia las que han delineado en detalle esta figura jurídica, de aplicación en el derecho público y en el derecho privado (RENGIFO GARCÍA, 2010). Abusar del derecho es extralimitarse en el ejercicio de los derechos que le son inherentes a una persona natural o jurídica; abusar del derecho es ejercer un derecho en sentido contrario u opuesto a al fin previsto y causando un perjuicio con su ejercicio (Cfr. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, 2009). En este orden de ideas, la pregunta que cabe formularse consiste en cómo se abusa del derecho en el campo contractual³¹. No obstante, que de entrada parece que no se pudiera

³¹ “Cuando una persona con dolo o negligencia, perjudica a otra, haciendo lo que la ley le prohíbe, u omitiendo realizar lo que algún precepto legal le ordena, comete un acto ilícito, comprometiendo, en consecuencia, su responsabilidad. Esta era la doctrina consagrada por los artículos 1382 y 1383 del Código Napoleón, según las enseñanzas de sus grandes intérpretes, y seguida por las legislaciones que se inspiraron en dicho Código. Pero se ha planteado otra hipótesis: Que un individuo ejercite una prerrogativa que la ley le acuerda, es decir que haga uso de su derecho dentro de los límites y condiciones del mismo y que de ese acto surja un daño para un tercero; ¿obligará en la misma forma su responsabilidad? Sí dicen hoy casi todos los autores, siempre que haya “abusado de su derecho”. Sin embargo esos mismos autores van a discrepar luego acerca del criterio que debe servir de base para determinar en cada caso si ha habido “abuso del derecho”.1 La teoría del “abuso del derecho” surge como una sentida aspiración de orden ético y social. Con ella se intenta insertar el ejercicio del derecho subjetivo en un marco en el que coexistan múltiples sujetos y en que domine una concepción moral bien definida.2 Aparece, por otra parte, como una reacción al rigor del derecho asimilado a la literalidad de la norma y no más allá de ella, colocando al juez como un miserable aplicador aritmético de la ley, única forma de lograrse la seguridad jurídica según esa concepción. 3 En relación a la expresión “abuso del derecho”, ésta ha sido largamente criticada, algunos señalan que la terminología es equivocada e inductiva a error. Afirmar que puede “abusarse” de un

presentar esta situación en este ámbito del derecho, al examinar las relaciones contractuales, la negociación precontractual, sus efectos y las estipulaciones de las partes, se llega a una conclusión por entero diferente.

Indudablemente, en el entorno contractual el abuso del derecho está presente desde el inicio del contrato, el establecimiento de las obligaciones entre las partes, hasta en la denominada fase post-contractual. En efecto, al comenzar una relación contractual, esto es, en la fase preliminar del negocio jurídico, las partes tienen unos intereses, unas expectativas, unos proyectos concretos con el negocio jurídico que se va a celebrar; al comenzar la negociación, cada una de las partes presenta una oferta de negocio, una cláusulas, esto es, unas estipulaciones o condiciones con el propósito de contratar y de que sean aceptadas por la otra parte que contrata con ésta; si logran establecer un acuerdo, si logran concertar el inicio del contrato, redactan el clausulado en conjunto, en colaboración, y en definitiva, discuten libremente el contenido, la forma y el fondo del contrato; lo anterior en el entendido de que las partes están en igualdad de condiciones, ambos no son comerciantes, sino personas naturales, o empresarios que se encuentran en similares condiciones económicas en el mercado; ello, en tratándose del contrato lineal, esto es, de libre discusión entre parte iguales. Empero, como es sabido, si una de las partes es la dominante en el contrato, merced a su condición preferente en el mercado, a su potente capacidad económica, la situación cambia sustancialmente, pues el proveedor, el empresario impone ex ante las condiciones del contrato. Aquí es cuando en el uso legítimo de un derecho la parte dominante, fuerte, avasalla a la otra con condiciones lesivas, abusivas,

derecho encierra una contradicción grave, ya que el abuso, como se propone, sólo puede proyectarse en una zona en la cual el derecho no existe. No hay ni puede haber abuso alguno si el interés que se procura alcanzar y se realiza está dentro de los límites delineados por la norma. Más allá, simplemente, no estamos en el marco de lo jurídico. Otros señalan que no se trataría, real y efectivamente del abuso de un derecho subjetivo en sí mismo, sino en lo que se refiere a su actuación, a su ejercicio. De ahí que resultaría más preciso describir tal fenómeno, dentro de la óptica tradicional como “ejercicio abusivo de un derecho subjetivo” (ANGULO CIFUENTES, 2006, pp. 2 – 3).

que generan un desequilibrio en el contrato; y estas cláusulas van desde la forma en que se hace el contrato hasta la jurisdicción que se prevé para resolver las controversias que surjan dentro del desarrollo del contrato. La jurisprudencia nacional y extranjera es sumamente rica en ejemplos de esta naturaleza; igualmente, en los pronunciamientos de la Superintendencia de Industria y Comercio y de la Superintendencia Financiera. Sea a nivel jurisprudencial o administrativo mediante la imposición de multas y sanciones, de lo que se trata es de corregir esta problemática latente en la contratación contemporánea. El caso es que en la etapa precontractual es donde más se presentan esta clase de abusos del derecho por parte de las empresas, al margen del sector económico en que desarrollan sus actividades mercantiles; otrora se consideraba que las únicas empresas en las que se presentaba este desequilibrio eran las del sector financiero, merced a la importancia de la banca en el sistema económico del siglo XXI; sin embargo, como es obvio, no es un problema exclusivo del sector financiero, sino que está vigente en todas las áreas y sectores de la economía.

Los abusos son diverso orden; así, por ejemplo, estipular en un contrato celebrado con consumidores o con compañías significativamente más pequeñas que el proveedor o el vendedor, que la jurisdicción competente es la del país donde tiene su domicilio la compañía matriz de la subsidiaria o filial que hizo la venta o realizó el contrato, se afectan sensiblemente los derechos del consumidor y de la empresa más débil en la relación contractual, ya que acudir a un tribunal arbitral internacional o extranjero y litigar en un Estado distinto del que habitualmente reside el consumidor, se traduce en más costos para el consumidor; igualmente para el pequeño empresario que importa su mercancía ante una compañía extranjera de mayor capacidad económica. El Código de Comercio, y sobre todo el Código Civil colombiano, son muy románticos al respecto, puesto que los pequeños y medianos empresarios que importan sus productos del exterior, prácticamente es muy poco lo que pueden discutir, ya

que incluso hasta el tipo INCOTERM (Cfr. RAVASSA MORENO, 2004 y 2006; LÓPEZ GUZMÁN, 2008; ALZATE GÓMEZ, 2014; OVIEDO ALBÁN, 2010; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2010), viene prestablecido en muchos formatos y formularios de contratación internacional; verbigracia, en los contratos de compraventa internacional de mercaderías que se celebran con muchas empresas de China, donde el INCOTERM señalado es el EX WORK (En fábrica) o el FOB (Franco a bordo) (RAVASSA MORENO, 2006). Idéntica situación en relación con los contratos con consumidores, donde por lo regular se establece que cualquier reclamación deberá realizarse acudiendo a la justicia arbitral del país donde la compañía tiene la sede principal de sus negocios, contrariando con ello la legislación internacional sobre la materia, como, por ejemplo, el Convenio de Roma de 1980 sobre obligaciones contractuales internacionales, que preceptúa que en los contratos celebrados con consumidores se debe aplicar la ley del Estado donde habitualmente reside el consumidor, y por ende, acudir ante la jurisdicción de dicho Estado. Aunque vale la pena agregar que el hecho de acudir o someter el conflicto a la ley y a la jurisdicción del Estado donde habitualmente reside el consumidor, no significa que éstas sean más garantistas y convenientes para los intereses del consumidor, ya que hay legislaciones y jurisdicciones más eficaces y que brindan mayor seguridad y estabilidad jurídica, por ejemplo, en relación con los contratos que se celebran con la banca (fiducia mercantil), entre otros (Cfr. MÚRTULA LAFUENTE, 2012; RODRÍGUEZ AZUERO, 2009).

Empero, el caso es que el abuso del derecho sí ocurre, sí acontece en la fase precontractual; ninguna etapa del contrato escapa a ello; y la simple situación de privilegio en el mercado; es decir, la posición de dominio no implica *per se*, que se abuse del derecho en todos los contratos, o que la posición dominante sea sinónimo de abuso del derecho. No, ello no es así. De ahí que el legislador no haya sancionado la posición de dominio, sino el abuso del derecho, esto es, la extralimitación en el uso de los derechos, la ilegalidad, la lesión que se le

causa al otro contratante más frágil en la relación contractual. Así lo manifiesta el artículo 333 de la Constitución Política de 1991 (Cfr. MORALES ALZATE, 2012; LEGUIZAMÓN ACOSTA, 2000). Además, las cláusulas abusivas, de exoneración y modificativas de responsabilidad son interpretadas a nivel judicial y arbitral en favor de la parte que no las redactó, es decir, del adherente; ello, como es sabido, redundará en beneficio del consumidor³².

Y estos abusos del derecho en el clausulado se han denominado cláusulas abusivas; es decir, bajo el epígrafe o rótulo de cláusulas abusivas se encuadran toda serie de estipulaciones o condiciones contractuales que causan un desequilibrio en el contrato; cláusulas que tan sólo redundan en beneficio de una de las partes: la que lo redactó; estipulaciones que, como es obvio, van en contravía del ordenamiento jurídico, desconocen el derecho a la igualdad, el derecho de defensa, el debido proceso, el derecho a ser resarcido de los perjuicios causados, el derecho a reclamar por productos defectuosos, entre otros. Dichas estipulaciones se consagran *ab initio* en los contratos y negocios

³² “La base de la interpretación restrictiva de estas cláusulas se encuentra en el deseo de proteger al adherente que no redactó la cláusula y que no puede obtener un contrato que no la contiene. Mientras explicaba la norma de derecho estadounidense, un autor señaló: <<Por lo general. La parte que utiliza regularmente formularios contractuales no espera que sus clientes comprendan o siquiera lean las cláusulas>>. O, para citar otro aforismo popular: <<los contratos de adhesión no son redactados para ser leídos>>.

“Los tribunales encontraron una base legal de esta interpretación restrictiva en dos artículos del Código Civil francés, el 1162 y el 1163, en tres del Código Civil español, el 1283, el 1288 y el 1289, y en dos normas judiciales resumidas en dos secciones del segundo *Restatement* de los contratos estadounidense, las secciones 232 y 237. Estos textos autorizan la interpretación en contra de la parte, por lo general el deudor, que redactó el contrato, usualmente de adhesión. En el artículo 1162 francés, el 1288 español y en la sección 232 estadounidense, esta autorización es clara. También podemos invocar el artículo 1189 español, pues establece que en los contratos onerosos y en los de adhesión, las cláusulas deben ser interpretadas de forma tal que las prestaciones (daños e importe de la reparación, en el caso de las cláusulas modificativas) sean, en la medida de lo posible, equivalentes. La sección 237 estadounidense, que complementa la 232, fue también redactada teniendo en cuenta los contratos de adhesión (...)” (MUÑIZ ARGÜELLES, 2006, pp. 141 – 142).

mercantiles, perjudicando al consumidor o al empresario más pequeño, más débil en la relación de comercio y de negocios; y en este periodo, en esta fase del contrato, también se causan perjuicios, sea que el contrato se ejecute o no, pues el solo hecho de revelar información confidencial a una de las partes, que luego de recibida decide no contratar; es decir, termina unilateral e intempestivamente el negocio jurídico, le genera perjuicios a la otra que reveló la información; el conocimiento es un nuevo factor de producción (Derecho a que la información sea veraz y completa)³³, y es determinante en la ejecución de los negocios y en muchas actividades y operaciones mercantiles; así, por ejemplo, una información específica puede modificar sensiblemente la inversión en el mercado de valores; mediante un saber específico (know-how) se puede organizar una empresa exitosa, verbigracia, una franquicia; asimismo, el uso indebido de información privilegiada puede conducir a una empresa a un estado de insolvencia empresarial o bancarrota, y al terminar unilateralmente un contrato, o al gozar de la facultad de hacerlo en virtud de una cláusula abusiva en la etapa precontractual, se le pueden causar daños y perjuicios a una persona natural o jurídica. De manera que el abuso del derecho no es una figura jurídica estática que se circunscribe tan sólo a la simple redacción del contrato, sino que tiene mayores implicaciones jurídicas y, por ende, empresariales.

Infortunadamente, ni el Código Civil ni el Código de Comercio hacen un desarrollo suficiente de la figura del abuso del derecho; por el contrario, el Código de Comercio es lacónico al respecto, y el Código Civil ni siquiera contempla dicha institución, que, como es sabido, fue fruto de la dinámica jurisprudencial, y luego se incorporó al Código de Comercio. Ciertamente, existe algún desarrollo en el nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011)³⁴; allí

³³ Derecho a la información en los contratos (Cfr. VELILLA MORENO, 1998; PEÑA NOSSA, 2012).

se hace una referencia expresa a las denominadas cláusulas abusivas en los artículos 42, 43 y 44; sin embargo, dicha regulación es incompleta, insuficiente y no brinda todas las herramientas conceptuales de derecho sustancial y procesal para contrarrestar los abusos en que con frecuencia incurren los operadores mercantiles respecto de los consumidores y de las pequeñas y medianas empresas.

A más de lo anterior, durante la ejecución y el desarrollo del contrato igualmente se presentan abusos por intermedio del clausulado en el contrato; así, por ejemplo, la situación de dependencia económica en exclusiva constituye un abuso de posición dominante de carácter contractual, la cual se puede presentar en cualquier contrato, verbigracia, en una franquicia, una licencia de marca, un contrato de transferencia de tecnología, entre otros. Entre tanto, en los contratos de fiducia mercantil (RODRÍGUEZ AZUERO, 2009; PEÑA NOSSA, 2012) igualmente se instituyen cláusulas de este tenor, que afectan en grado sumo los intereses y los derechos del constituyente o fideicomitente,

³⁴ “Como vimos el artículo 42 del nuevo Estatuto del Consumidor define las cláusulas abusivas y hace énfasis en el desequilibrio injustificado que se le genera al consumidor siendo relevante determinar la naturaleza y magnitud del desequilibrio. La definición prevista en Europa por la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. "se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato" Artículo 3. En el artículo 4 de la Directiva nombrada se sustrae la relación producto/precio del carácter abusivo en un contrato, en los siguientes términos: "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible, sin embargo en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor". Sin duda alguna, el nuevo Estatuto del Consumidor al no delimitar la noción de carácter abusivo del contrato en cuanto a la relación producto/precio, generará múltiples incógnitas y profundas controversias en todas las relaciones de consumo. Es más la propia definición del Estatuto del Consumidor permite adentrarse en todos los detalles y particularidades de la relación contractual, a fin de determinar si la cláusula ostenta carácter abusivo” (CASTILLO, 2012, pp. 30 – 31).

como, por ejemplo, estipulaciones que facultan unilateralmente a la sociedad fiduciaria para renovar o prorrogar el contrato de fiducia, so pretexto de que el constituyente no suscribió un documento específico al momento de terminarse el contrato, no hizo el envío de un correo electrónico, o no adquirió un producto financiero referente a una venta atada, entre muchas otras cláusulas de esta categoría. Y qué no decir, por ejemplo, en tratándose de una fiducia mercantil de garantía³⁵, cuyo propósito es avalar obligaciones con el sector financiero o con terceros, donde prácticamente se obliga mediante el clausulado del contrato a prorrogar indefinidamente el negocio jurídico en favor de la sociedad fiduciaria, no obstante que la empresa que constituyó la fiducia mercantil de garantía ya efectuó el pago total de las obligaciones previamente contraídas, tan sólo para seguir obteniendo réditos por la explotación del bien transferido en fiducia a la entidad del sector financiero.

Empero, el abuso del derecho se evidencia igualmente en la etapa post-contractual, al contrario de lo que comúnmente creen los empresarios, ya que el legislador previó efectos jurídicos y obligaciones en todas las etapas del contrato; por tanto, el abuso del derecho no es extraño a esta fase del contrato, y es probable que se consagren cláusulas donde se impongan sanciones, multas, la inclusión injusta en listas negras en el sector financiero o en el comercio internacional, las prórrogas abusivas, las limitaciones de acceso a la administración de justicia para la reclamación judicial por los daños y perjuicios que se le puedan causar al contratista, las ventas atadas, y hasta el suministro

³⁵ Mediante la fiducia de garantía se constituye un patrimonio autónomo a favor de unos acreedores, con el propósito de garantizar determinadas obligaciones comerciales que tiene un empresario (Acerca de la fiducia mercantil, cfr. FARINA, 1999; PEÑA NOSSA, 2012). En este tipo de contratos se presentan diversidad de cláusulas abusivas, de exoneración y modificativas de responsabilidad en perjuicio del adherente. Respecto de la Fiducia de Garantía, cfr., de la Superintendencia de Sociedades, el oficio 220-038763 del 14 de marzo de 2014, entre muchos otros.

de información privilegiada o de secretos empresariales al culminar el negocio jurídico.

Mediante el control judicial y administrativo se corrigen estas deficiencias del mercado y éstos desequilibrios en la contratación privada; los operadores económicos y los consumidores disponen de los instrumentos legales para compensar el juego de fuerzas en el mercado y limitar las prácticas abusivas en la contratación; la jurisprudencia local³⁶ ya ha dado pasos agigantados en la materia, y la doctrina nacional se ha ocupado de la problemática evidenciando las falencias, los vacíos y efectuando propuestas al respecto.

1.3 LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.

³⁶ La Corte Constitucional ha efectuado diversos pronunciamientos sobre el clausulado abusivo; igualmente hallamos varios laudos arbitrales sobre la materia, así como doctrinas de la Superintendencia de Industria y Comercio y Superfinanciera (Cfr. POSADA TORRES, 2014).

Varios aspectos merece la pena analizarse en relación con la definición del artículo 42 de la ley 1480 de 2011, más conocida como Estatuto del Consumidor; en primer lugar, que la definición de cláusulas abusivas en la legislación nacional está referida únicamente al consumidor, y quedan por fuera los operadores económicos, es decir, las empresas y todos los sujetos del mercado; no solo los consumidores son vulnerables y, a su vez, víctimas de este tipo de clausulado en los contratos, sino también los pequeños y medianos empresarios; es más, nada es óbice para que una compañía transnacional que requiere de los bienes y servicios de compañías más pequeñas, proveedores, por ejemplo, de un producto o servicio específico, se vea en la obligación de suscribir un contrato de adhesión para obtener el bien o servicio y, por consiguiente, deba aceptar un clausulado abusivo. Por lo general se suele pensar que los únicos que estipulan en forma unilateral cláusulas de tipo abusivo son las grandes empresas, los grupos empresariales y quienes ostentan una posición de dominio en el mercado; sin embargo, pueden darse situaciones en las que un conglomerado empresarial o una empresa de gran tamaño deben someterse a un conjunto de cláusulas predispuestas, diseñadas por un pequeño o mediano empresario; aunque lo más lógico y frecuente es que los empresarios grandes lo hagan con los consumidores y las empresas más pequeñas. De todas maneras, lo primero que cabe destacar es que en la definición no se hace referencia al hecho de que los empresarios también son sujetos pasivos de la abusividad en el clausulado, y que no es una problemática exclusiva que se realiza con el consumidor.

Por lo común se dice que es por conducto de las normas del Estatuto del consumidor que se regula el tema de las cláusulas abusivas en la contratación, y no por intermedio de otras disposiciones de carácter contractual; el asunto es un problema de técnica y metodología legislativa, ya que el Estatuto del

Consumidor no sólo debe regular este tipo de clausulado, sino también los códigos de derecho privado, ya sea el civil o comercial; lo que ocurre es que en Colombia la legislación civil o comercial no regularon el tema, y por consiguiente, fue menester que se hiciera esta regulación mediante un estatuto o regulación independiente, pero dicha regulación puede incluirse en un código, ya que no existen restricciones o limitaciones legales o constitucionales que así lo establezcan, y lo lógico sería armonizar estas disposiciones con las reglas de contratación previstas en los códigos civil o de comercio.

Aunque si se revisa el derecho comparado (civil law y common law)³⁷ al respecto, esta temática ha sido regulada en forma independiente en los países pertenecientes al sistema del civil law por intermedio de las normas que regulan el estatuto del consumidor. Pero más allá del dilema de los métodos legislativos, el punto esencial es que la regulación que se hace la ley 1480 de 2011 debe entenderse o interpretarse en el sentido de que afecta a todos los operadores económicos, y no solo a los consumidores, puesto que las normas sobre contratación privada abarcan un espectro muy amplio de operaciones y sujetos del mercado. Pero en todo caso, el asunto, la médula de ello es que las cláusulas abusivas son una deficiencia, una imperfección, un fenómeno del sistema contractual empresarial global, una toxina, una lesión que debe eliminarse, paliarse mediante un tratamiento correctivo, incluso preventivo. Además, hay que hacer hincapié en el hecho de que este tipo de convenciones son impuestas y no distinguen credo, nacionalidad, condición de empresario o consumidor. Lo deseable en este sentido es que exista una legislación armonizada y unificada a este respecto, con el propósito de evitar las inconsistencias legales, así como de propender soluciones jurisprudenciales unificadas en beneficio del consumidor y de los operadores económicos (Sobre

³⁷ Respecto de las culturas jurídicas, cfr. (GARAPON y PAPADOPOULOS, 2010; RENÉ DAVID y JAUFFRET-SPINOSI, 2010).

la unificación del derecho europeo de contratos y directivas de derecho del consumo cfr. PARRA RODRÍGUEZ, 2001).

De otra parte, cabe señalar que la regulación que se hace es fragmentaria y dispersa en Colombia; ciertamente, el Estatuto del Consumidor hizo mención al clausulado abusivo; sin embargo, es una regulación general e incompleta sobre la materia, y además de reciente expedición. Así las cosas, por metodología jurídica y técnica legislativa, lo más conveniente sería armonizar y unificar en un solo régimen el tratamiento de las cláusulas abusivas a que alude el Estatuto del Consumidor y otras normas que se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico, verbigracia, en la ley de servicios públicos domiciliarios, en la ley 1328 de 2009, por medio de la cual se dictan normas sobre el sistema financiero, los seguros y el mercado de valores, y se establece el régimen de protección al usuario financiero, aparte de que en la Constitución Política de 1991 y en los Códigos Civil y de Comercio existen disposiciones que se correlacionan en forma directa con la protección del consumidor, el contratante débil y, por supuesto, que contribuyen a mitigar los efectos jurídicos nocivos de las cláusulas lesivas y restrictivas en la contratación.

Entonces, sea lo primero advertir que es menester una regulación unificada e integral sobre la materia, en pos de armonizar el contenido, los alcances, efectos e interpretación del clausulado abusivo en todo el sistema de contratación civil, comercial y administrativo colombiano, y a su vez, de armonizarlo con la contratación internacional, como, por ejemplo, en la Unión Europea y el régimen interamericano, donde ya se ha consolidado una legislación sumamente detallada al respecto, con el fin de blindar a todos los operadores económicos que realizan negocios en el exterior y, por ende, al consumidor. El derecho mercantil internacional dispone de una legislación muy

amplia en esta área, habida cuenta que la filosofía de este ordenamiento global está edificada en la idea de proteger a todas las personas naturales y jurídicas que celebran contratos y negocios en el mercado global con empresas transnacionales o multinacionales que están en capacidad de imponer su propio sistema jurídico, su propia *lex mercatoria*, sus propias reglas y principios de contratación (Cfr. FARIA, 2001; DE SOUSA SANTOS, 1998).

Ahora bien, para nadie es un secreto que las compañías internacionales que dominan el escenario económico global lo hacen también en el terreno jurídico, estableciendo sus propias reglas, su “derecho”, e inclusive sus tribunales y métodos de interpretación jurídica; a guisa de ejemplo podemos mencionar el caso de las compañías petroleras y mineras en el comercio internacional (Cfr. OLADE, 2010), así como los usos y prácticas bancarias, que fungen como una especie de sistema jurídica financiero destinado a regula las operaciones de este sector en los negocios e inversiones internacionales. Al imponer o fijar sus propias reglas, su propio sistema jurídico global, verbigracia, en materia de carta de crédito, fiducia mercantil internacional, carta de patrocinio, leasing y factoring internacional, se le cargan al consumidor y al pequeño y mediano empresario diversas cláusulas que resultan lesivas en la celebración y ejecución del contrato.

Por ello, básicamente, existen dos medios de control para las cláusulas abusivas: el judicial, el administrativo, el arbitral y el legal; el judicial lo hacen directamente los jueces de la república directamente, cuando la parte afectada o lesionada solicita el equilibrio contractual por la abusividad de la respectiva cláusula. Habida cuenta que los tribunales de arbitraje tienen los mismos poderes y responsabilidades que los jueces, lo hacen dentro del proceso arbitral; el administrativo lo realiza la Superintendencia de Industria y Comercio

y, en general, el legal (nulidad) lo realizan todos los operadores económicos, buscando la igualdad y la justicia en el contrato.

Al respecto sostiene la doctrina (SUESCÚN DE ROA, 2009, pp. 8 – 9): “En Colombia se han regulado de manera dispersa las cláusulas abusivas – tal es el caso de la ley de servicios públicos domiciliarios y el estatuto orgánico del sistema financiero, etc. –, de manera que no existe una ley, como sí ocurre en el derecho comparado, que regule completamente este tipo de estipulaciones. El tratamiento de estas cláusulas en el derecho colombiano, se ha debido, principalmente, a las elaboraciones de la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Es por esto, que no ha existido mayor certeza respecto del control judicial de las mismas”.

Ahora bien, al revisar la definición de cláusula abusiva, surgen varias cuestiones, a saber: a) *¿El cenit de la autonomía de la voluntad, o el renacimiento de la libertad contractual?* Lo primero que se extrae de la definición es que en la estipulación de éstas no interviene la voluntad del consumidor, usuario y pequeño y mediano empresario, sino que, por el contrario, en abierta contraposición al querer del contratista, el contratante o proveedor (vendedor), asigna al otro una carga, un convenio lesivo, una estipulación que tan sólo favorece los derechos de éste, o que si bien es cierto reconoce los derechos del otro, le concede ventajas y prerrogativas a quien las redactó, causando un desequilibrio en el contrato; y dicha situación es provocada por el resquebrajamiento en la voluntad de una de las partes que celebran el contrato: la parte débil. Aquí se desdibuja, se difumina el concepto tradicional de autonomía privada de la voluntad a que se refieren los artículos 1602 del Código Civil y 4° del Código de Comercio colombianos; igual acaece

en el derecho privado latinoamericano, cuya estructura jurídica es fruto de los trasplantes jurídicos de los ordenamientos jurídicos español y francés.

El asunto no es de poca monta si se tiene en cuenta que la mayor parte de las legislaciones latinoamericanas, sino todas, han introducido un régimen sobre el derecho del consumidor, tendiente a mitigar los abusos que se cometen en el marco de las condiciones generales de contratación. En todo caso, lo cierto es que el pilar sobre el cual se edificó la teoría del contrato en los siglos XVIII y XIX, esto es, la autonomía de la voluntad, y por ende, la libertad de contratación, están en discusión, han llegado a su cenit, no obstante que existen voces que sostienen que lo que en verdad ha ocurrido en este ámbito, es que en el derecho contractual interno se ha producido un predominio del sistema de cláusulas abusivas, merced a la condición oligopólica del mercado latinoamericano; y que, por el contrario, en el ámbito de la contratación internacional estamos presenciando un resurgimiento de la libertad de contratación, y por ende, un declive del sistema de cláusulas abusivas, lo cual se puede constatar con la denominada autonomía conflictual, por cuanto faculta a las partes para escoger la ley aplicable al fondo del litigio, así como la jurisdicción aplicable a éste. Quienes así opinan, afirman que en el régimen de contratación internacional estamos asistiendo a un apocalipsis de las denominadas cláusulas abusivas, toda vez que ha venido renaciendo la libertad de contratación en los negocios internacionales.

La discusión está viva, y en criterio de quien esto escribe, dicha libertad no puede interpretarse como un florecimiento de la libertad de contratación, puesto que en la contratación privada y pública, tanto nacional como internacional, la parte fuerte siempre termina imponiendo las condiciones de contratación, y por esa vía, se le aplican al operador económico más débil y al consumidor

cláusulas restrictivas, abusivas, lesivas e ilegales que atentan contra el equilibrio del contrato, no obstante que la mayoría de la doctrina persiste en la idea de que la autonomía conflictual, y por supuesto, la libertad de contratación son una realidad; esta tesis se cae, se desmorona en la práctica contractual, ya que, por ejemplo, al contratar con una empresa de los Estados Unidos, no hay posibilidad de discutir las cláusulas y las condiciones del contrato, ni siquiera la ley y la jurisdicción aplicable al negocio, pues desde la génesis del contrato se establece que cualquier reclamación precontractual, contractual o post-contractual se deben efectuar ante un tribunal de los Estados Unidos y con base en la ley de los Estados Unidos.

b) El problema de la definición de cláusula abusiva. El segundo aspecto atañe a la definición de cláusula abusiva que trae la disposición que aquí se analiza. Según el Estatuto del Consumidor, se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones que causan un desequilibrio en el contrato, que perjudican y lesionan al consumidor, que vulneran, restringen o limitan sus derechos u otorgan mayores prerrogativas en cabeza del contratante o proveedor (vendedor). Como toda definición en el ámbito de lo jurídico, resulta difícil encuadrar o enmarcar en un concepto una figura jurídica, una institución, ya que mediante el corsé ortopédico de las palabras no se alcanza a abarcar la figura, su evolución y la dinámica de ésta; las definiciones siempre resultan insuficientes, son incompletas, y por consiguiente, no evolucionan al mismo ritmo de la dinámica empresarial y de los negocios; ello, como es obvio, genera una inconsistencia o anomalía entre lo consagrado por el legislador y la figura jurídica, que muta en forma permanente en la cotidianidad de los negocios; la técnica legislativa moderna sugiere que es más sensato evitar las definiciones por dicha razón, y que es más conveniente hacer una regulación por medio de principios y reglas generales, propiciando mediante la labor jurisprudencial la solución a los problemas jurídicos específicos, dejando el detalle y la minucia a la jurisprudencia y a la discrecionalidad judicial; el método jurídico, por tanto, se

invierte, pues a partir de principios generales, globales, relativos a la contratación se ofrecen soluciones a problemas jurídicos específicos en este ámbito, y en particular, para el clausulado abusivo. De ahí que en la actualidad se le empieza a dar una mayor importancia y relevancia al precedente judicial, al igual que como ocurre en el sistema anglosajón (RENÉ DAVID y JAUFFRET SPINOSI, 2010).

Las definiciones no pueden ser omniscientes, omnicomprensivas, que abarquen la totalidad de situaciones y problemas jurídicos que pueden surgir en la práctica; no, por el contrario, son simples aproximaciones que hace el legislador, de acuerdo a un momento histórico determinado; en definitiva, estáticas, y por ello la jurisprudencia cumple una labor esencial en este ámbito, ya que la dinámica cotidiana de los negocios y de la empresa exigen cambios permanentes, y la ley no avanza al mismo ritmo; la jurisprudencia, a contrario sensu, realiza soluciones inmediatas, específicas, a problemas jurídicos de derecho contractual que acontecen en la actividad mercantil cotidiana. Así las cosas, pretender un encuadramiento jurídico de todas las definiciones, todos los problemas, situaciones e hipótesis jurídicas que surgen o que pueden emerger como producto de las estipulaciones lesivas o cláusulas abusivas, es un absurdo legal, máxime en la aldea global en la que actualmente se desenvuelven los negocios y las empresas, donde se exigen soluciones rápidas y eficaces; lo más acorde con la metodología jurídica del siglo XXI es constituir unos principios generales de contratación que le permitan al juzgador, sea tribunal de arbitramento, juez civil o comercial, deducir soluciones jurídicas lógicas a casos concretos. Por consiguiente, no es menester una definición que pretenda agotar el contenido, los efectos y el alcance de las cláusulas abusivas, ni tampoco un dossier de las conductas que se consideran como tales en el Estatuto del Consumidor; hay que delegar esta compleja labor en los jueces, en los tribunales de arbitramento, pues éstos no pueden ser tan solo la boca de la

ley³⁸, sino que su actividad está destinada a trascender, máxime en el ámbito de la contratación privada.

c) *La lesividad*. La definición de cláusula abusiva se refiere al concepto de lesividad, que significa causar daño o que puede causar daño o perjuicio a una persona natural y/o jurídica; el desequilibrio injustificado, la desigualdad contractual que se produce en el contrato en perjuicio del consumidor o de la parte débil en la correlación de negocios, constituyen una lesión para una de las partes en beneficio de la otra; la economía y la justicia del contrato se rompen, se quebrantan, y lo que pretende el legislador es evitar la lesividad que se le puede causar al consumidor y al contratante más débil; es decir, es una forma de prevenir el daño en el contrato; sin embargo, también se erige en un remedio para mitigar el daño causado por la lesividad que generan este tipo de convenios o estipulaciones dentro del contrato. Aunque el concepto es más preventivo que paliativo. Y en todo caso, todas las conductas apuntan a la generación de un daño, a lesionar los derechos y condiciones de una de las partes, menguando los deberes del productor, del vendedor y de la parte más fuerte en el contrato en detrimento de la otra, y este daño es lo que se debe indemnizar, y a su vez, proscribir dentro de la relación contractual y de negocios, sancionar y eliminar para no socavar los derechos de las personas frente a los conglomerados empresariales del sistema económico global contemporáneo. Estas conductas, como es sabido, están adosadas por las prácticas empresariales nocivas, verbigracia, las restrictivas de la competencia, la competencia desleal, los cártels, los trusts, los monopolios, oligopolios, el *dumping* y los subsidios estatales a determinados sectores o productos (Cfr. RAVASSA MORENO, 2004; MEDINA VERGARA, 2008). El ostentar una posición de dominio en el mercado, merced a la condición de oligopolio, monopolio, o un acuerdo comercial para la fijación de precios o la distribución

³⁸ Acerca de que el juez no es la boca de la ley (Cfr. KAUFMAN, 1997; LÓPEZ MEDINA, 2004)

de mercados, finalmente se traduce en un detrimento del consumidor y en cláusulas abusivas en la contratación. La lesividad es más compleja, ya que se ubica en varias esferas, en la de los demás competidores y en la del comprador o consumidor; abarca todas las esferas; por esta razón, el examen del clausulado abusivo, de la legislación sobre la materia, debe armonizarse o complementarse con el régimen de competencia desleal y de prácticas restrictivas de la competencia; no son compartimentos aislados, estancos, marginados, sino que, por el contrario, se nutren y retroalimentan el uno del otro; si no hubieran monopolios, oligopolios, prácticas de *dumping* en el mercado global³⁹, o precios predatorios en el mercado local, pactos entre caballeros, entre otros (Cfr. LÓPEZ GUZMÁN, 2008; LÓPEZ GUZMÁN, 2007; MIRANDA LONDOÑO, 1992), difícilmente habría cláusulas abusivas, en vista de que los operadores económicos que concurren al mercado estarían en similares condiciones para contratar, lo que en el ámbito contractual se cifra en más libertad para discutir las condiciones y las estipulaciones del contrato.

d) *La ineficacia*. El artículo 897 Código de Comercio colombiano estipula: “*Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial*”. En el Estatuto del Consumidor se indica que algunas estipulaciones que tienen el carácter de abusivas son ineficaces de pleno derecho; esto significa que, conforme al artículo 897 del estatuto mercantil transcrito, los convenios que impliquen mayor responsabilidad para el consumidor, que exoneren al productor o al distribuidor de responsabilidad por el producto que venden o distribuyen, inviertan la carga de la prueba, o trasladen en un tercero la responsabilidad correspondiente, no producen efectos jurídicos. Este derrotero del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011, art. 43), es, en

³⁹ Dumping: Vender por debajo del precio de producción a nivel internacional durante un periodo determinado, para lograr restringir el acceso de otros competidores en el mercado, o para eliminarlos (Cfr. ALMONACID SIERRA y GARCÍA LOZADA, 1998).

apariencia, una sanción muy eficiente y adecuada para este tipo de convenciones, que le evita al consumidor y al pequeño y mediano empresario acudir ante la administración de justicia para reclamar sus derechos y equilibrar el contrato; la filosofía de la norma es preservar el contrato, pero en condiciones dignas y justas, obviando la intervención judicial; sin embargo, cuando el contrato se ha ejecutado, se ha, por ejemplo cedido, y en general, cuando ya ha producido toda una serie de efectos jurídicos y una serie de cambios a nivel empresarial, es menester la intervención judicial, para que por intermedio de un juez, un tribunal de arbitramento o mediante la intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio se declare la ineficacia y se resarzan los perjuicios causados al consumidor y al operador económico. No es antijurídico ni anti técnico desde el punto de vista contractual y procesal solicitar ante un tribunal de arbitramento debidamente constituido (Ley 1563 de 2012), ante un juez o ante la Superintendencia de Industria y Comercio que se decrete la ineficacia y, por consiguiente, que vuelvan las cosas al estado anterior y que, en consecuencia, se indemnicen los perjuicios causados por parte de la empresa o grupo empresarial que incluyó cláusulas abusivas en el negocio jurídico. Entonces, si bien es cierto que la disposición pregonla la ineficacia⁴⁰ de pleno derecho, también es cierto que en algunos casos es indispensable recurrir a la jurisdicción ordinaria o especializada para aplicar la figura en mención, y nada obsta para que, desde el punto de vista procesal, se declare la ineficacia, y a su vez, se efectúen en la sentencia las condenas económicas correspondientes en contra de la parte vencida en el mismo proceso, y que al hacer tránsito a cosa juzgada, adquiera la calidad de título ejecutivo en los términos previstos por la legislación procesal nacional.

⁴⁰ Sobre ineficacia, cfr. GIL ECHEVERRY, 2007; DÍEZ-PICAZO, *La ineficacia contractual y la resolución de los contratos con prestaciones recíprocas*; MÁRQUEZ GONZÁLEZ, 1989; LIZARAZO VACA, *Nulidad o ineficacia de las cláusulas abusivas en el estatuto del consumidor*.

De otra parte, porque además, no sobra decirlo, no basta con que se declare la ineficacia (Cfr. GIL ECHEVERRY, 2007), sino que, igualmente, hay que resarcir los daños y perjuicios que se produjeron, inclusive los morales, si, por ejemplo, por la venta de un producto defectuoso se causan daños a la salud de la persona (consumidor). Por último, cabe señalar que el legislador hace una especie de *dossier* de las cláusulas o estipulaciones que se consideran nocivas y perjudiciales para el equilibrio del contrato; no significa que dicha lista sea taxativa, esto es, que allí estén enmarcadas todas, absolutamente todas las conductas y estipulaciones que se consideran abusivas y que lesionan los derechos del consumidor y de los operadores económicos, sino que son meramente enunciativas, a guisa de ejemplo, ya que pueden existir otras más complejas o soterradas en la contratación, casi imperceptibles en la dinámica del contrato, que produzcan los mismos efectos adversos al consumidor y al pequeño y mediano empresario, en combinación con el sistema de prácticas restrictivas de la competencia. Más allá de los tipos específicos enunciados en la norma (Ley 1480 de 2011, art. 43) y sobre los cuales se ha indicado en la ley una jurisdicción y competencia muy amplia⁴¹, vale la pena examinar con lujo de detalle en todos los contratos mercantiles contemporáneos las cláusulas abusivas encubiertas, disfrazadas u ocultas que, al igual que las que aquí se

⁴¹ “**Jurisdicción y competencia.** El artículo 58 del estatuto le da facultades judiciales a la Superintendencia de Industria y Comercio en caso de reclamaciones por incumplimiento de las garantías. Esas facultades son convenientes en caso de sanciones administrativas, de reclamaciones para cambio o reparación de un producto, de una cláusula abusiva, para la recogida de un producto defectuoso, para la supresión de falsas informaciones, o para la devolución del precio de un producto. Pero son inconvenientes en reclamaciones por indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual pues no estamos ante jueces imparciales que tengan la preparación adecuada; además, no es fácil que la segunda instancia sea estudiada y decidida realmente por el superintendente, y lo corriente es que sea uno de sus subalternos quien realmente decida. Por otra parte, es inconveniente que todos esos procesos queden centralizados en Bogotá (art. 58), pues tanto demandante como demandado tendrán, como mínimo, que conseguir un abogado de la capital o costear uno de provincia; además, es claro que la Superintendencia carece de la estructura necesaria para conocer de todos esos asuntos. Finalmente, el artículo 58, numeral 9º, establece que el juez fallará de la manera que considere más justa (¿contrariando la ley, si es el caso?) y podrá decidir *infra*, *extra* y *ultra petita*. ¿Esas mismas facultades las tiene el juez en caso de que el consumidor acuda a él? Mejor dicho, pobre del productor que caiga en manos de la Superintendencia” (TAMAYO JARAMILLO, 2012)

mencionan, también producen un desequilibrio en el contrato y lesionan los derechos de la parte débil en el negocio jurídico, al margen del sector económico de que se trate (servicios: banca, transporte, seguros, educación, entre otros; manufactura: producción y ensamble; extracción: minería, petróleos y explotación de los recursos renovables y no renovables, etc.).

Ya en lo atinente al control judicial, es claro que éste se ejerce por intermedio de la justicia ordinaria, los tribunales de arbitramento, las Superintendencias de Industria y Comercio y la Financiera, entre otras⁴². Lo anterior, por cuanto la función jurisdiccional también fue atribuida a éstas últimas mediante la ley 446 de 1998, y ahora ratificada y ampliadas en el nuevo Código General del Proceso. Lo que sí merece la pena destacar aquí es lo concerniente a la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos celebrados con consumidores. Sea lo primero resaltar que la nueva ley de arbitraje en Colombia (Ley 1563 de 2012) introdujo el denominado arbitraje social; sin embargo, en la práctica es de poca operación, y en tratándose de contratos internacionales celebrados con consumidores para la importación de bienes y servicios, es frecuente que las compañías del exterior incluyan cláusulas de este tenor, donde el tribunal debe constituirse en el país del vendedor o proveedor, con base en la ley de ese país

⁴² “En Colombia, el control judicial sobre las cláusulas abusivas lo pueden ejercer los jueces, árbitros y las Superintendencia Financiera y de Industria y Comercio en los casos señalados en la ley. Sobre éstas últimas, la ley 1480 de 2011 les ha otorgado facultades jurisdiccionales para resolver, entre otros asuntos, las controversias sobre cláusulas abusivas. En su artículo 56, se consagra la acción de protección al consumidor a través de la cual se tramitan asuntos contenciosos como la vulneración de los derechos del consumidor, entre los que precisamente se encuentra el derecho a la protección contractual, que de acuerdo con el numeral 1.6 del artículo 3° de la misma ley, consiste en el derecho a <<ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión>>. Por su parte el artículo 58 establece que la competencia para adelantar esta acción corresponde al juez o a la Superintendencia de Industria y Comercio. Como puede observarse, en Colombia el control judicial de las cláusulas abusivas no se circunscribe a la actividad de la rama judicial o los tribunales de arbitramento. La rama ejecutiva también participa de ese control por intermedio de dos superintendencias: la de Industria y Comercio y la Financiera” (RODRÍGUEZ YONG, 2013, p. 91).

y fungir con árbitros designados por éste y de su misma nacionalidad. Convenios o estipulaciones de esta laya suelen ser en extremos perjudiciales para el consumidor, que puede litigar en el país del vendedor con dificultad, o en definitiva, no puede hacerlo; amén de que los convenios internacionales sobre la materia establecen por lo regular que la legislación aplicable a esta clase de contratos es la del país donde habitualmente reside el consumidor (Cfr. LÓPEZ GUZMÁN, 2007; LÓPEZ GUZMÁN, 2002; RAVASSA MORENO, 2004; BARONA, ESPLUGUES y HERNÁNDEZ, 1999; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA, 1995)⁴³.

Y, en lo que atañe a los pactos arbitrales impuestos en el mismo país donde reside el consumidor local, simplemente son ineficaces de pleno derecho⁴⁴; y el arbitraje social es útil, valioso e interesante, pero de escasa aplicación en el ámbito empresarial y en la contratación con consumidores, pues la regla general es que los árbitros no desean trabajar ad honorem. La figura jurídica del arbitraje social es buena, es sana, bienintencionada, pero de escasa utilidad y aplicación en el concierto empresarial y de los negocios, toda vez que en la actualidad resulta muy difícil constituir un tribunal de esta naturaleza, porque los

⁴³ “La Comunidad Europea no ha sido – ni es – ajena a la creciente concienciación en torno a la necesidad de salvaguardar los intereses del consumidor, como sujeto que interviene en la actividad comercial desde una posición de debilidad” (BARONA, ESPLUGUES y HERNÁNDEZ, 1999, p. 91). En el mismo sentido el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980 sobre obligaciones contractuales internacionales, que distingue entre contratos celebrados con consumidores y operadores económicos, brindando mayor protección a aquellos, que se encuentran en situación de debilidad frente a las empresas.

⁴⁴ Se trata del denominado arbitraje de consumo. El arbitraje entre empresarios, consumidores y usuarios debe ser voluntario, no impuesto mediante una cláusula vejatoria o abusiva. “Dentro de lo que hemos llamado arbitrajes especializados, tiene especial relevancia el sistema arbitral previsto en materia de consumidores y usuarios, por la gran incidencia que puede tener sobre toda la población, ya que, en puridad, toda la sociedad es consumista y usuaria a un tiempo de los bienes y servicios que en la misma se ofertan. Y precisamente una de las manifestaciones para la defensa de los consumidores y usuarios lo constituye el arbitraje” (MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, 2006, p. 357).

árbitros que se escogen no aceptan la designación, so pretexto de hallarse inhabilitados, y menos si se solicita por una de las partes, el contratante más débil. Igualmente, si se efectúa en aplicación del amparo de pobreza en el proceso arbitral; institución que también se contempló en la nueva ley de arbitraje en Colombia (Ley 1563 de 2012). Entonces, ineficaz para el consumidor un pacto arbitral impuesto por el contratante; inoperante en la práctica arbitral el denominado arbitraje social⁴⁵ y los arbitrajes donde se solicita el amparo de pobreza; por lo que se debe concluir, sin ambages, que la

⁴⁵ “El arbitraje social ofrece una herramienta para la resolución de controversias que va dirigida a un importante segmento de la población y busca ofrecer todas las ventajas y bondades del arbitraje, sin costo para las partes.

“El espíritu del artículo 117, regulador del arbitraje social en la ley 1563, está en la intención de masificar la figura del arbitraje en Colombia y llevar esta solución a una gran parte de la población, que en la actualidad se encuentra excluida del uso de tan importante herramienta, no solo por desconocimiento, sino por los altos costos económicos que su utilización implica. En la comisión de expertos se revisó el tema, pero finalmente quedó excluido del texto del anteproyecto de ley que se entregó al Gobierno Nacional. El tema aparece nuevamente, y con vigor, en el primer debate (tercer debate) en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, y es en esta instancia legislativa en donde se incorpora tal reglamentación, la cual quedó finalmente plasmada en el artículo 117 de la ley 1563. Los centros de arbitraje y conciliación deberán establecer las condiciones en que se preste esta modalidad de arbitraje, bajo la reglamentación del Ministerio de Justicia y del Derecho. En relación con la cuantía, se establecen unos topes máximos, no obstante, la norma permite que los centros de arbitraje y conciliación superen la cuantía. Para la selección de árbitros, el legislador tuvo en cuenta todas las posibilidades que permitirán que este servicio sea prestado de manera oportuna y eficiente, ya que establece, en primer lugar, la lista de árbitros voluntarios y, en segundo lugar, la lista de los árbitros de los centros de arbitraje. Así mismo: *el árbitro sorteado que se abstenga de aceptar el nombramiento sin justa causa, será excluido de la lista de árbitros del respectivo centro*, ofreciendo con esto un carácter especial de compromiso y cumplimiento. En la actualidad, en Colombia, existe una figura conocida como el <<arbitraje Mipymes>>, que ha sido regulada e implementada por la Cámara de Comercio de Bogotá y realiza jornadas gratuitas, buscando que el arbitraje sea un mecanismo de fácil acceso para todos. En Perú, con el Decreto 1071 del 2008, se reguló el <<arbitraje popular>> dentro de las <<disposiciones finales>>, con una diferencia con el colombiano, ya que, como se sabe, el nuestro es <<<gratuito>> y en Perú tiene un costo que denominan <<adecuado>> y muy bajo para las partes.

“El arbitraje social es una figura realmente nueva en nuestro país y debe promoverse buscando cumplir con las expectativas que tiene el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Justicia y del Derecho. Este tipo de arbitraje contribuirá en gran medida a descongestionar los despachos judiciales, generando un cambio en la cultura arbitral y en el mundo jurídico de nuestro país” (SILVA RODRÍGUEZ, 2013, pp. 172 – 174).

jurisdicción ordinaria sigue siendo la justicia por antonomasia para resolver estas controversias, no obstante que se trate de un área especializada del derecho contractual, y que, a su vez, no disponga de la estructura necesaria para atender este tipo de requerimientos a gran escala, aparte de la condescendencia con algunos sectores económicos, verbigracia, el financiero.

CONCLUSIONES

Las cláusulas abusivas surgieron con los contratos en masa, merced al crecimiento empresarial y a la globalización de los mercados y de la producción; con el advenimiento de éstas, se produjo el decaimiento de la autonomía privada de la voluntad y empezó la transformación del contrato negociado al contrato predispuesto. Las cláusulas abusivas son una consecuencia del fenómeno de la globalización societaria y de la crisis del contrato negociado⁴⁶; la contratación en masa estandarizó los contratos y el clausulado por eficiencia, economía y eficacia en la producción, en la venta y en la comercialización de bienes y servicios. De hecho, los Códigos de derecho privado de los siglos XVIII y XIX no consagraron esta figura jurídica, sino que habida cuenta que surgieron después, se expidió una regulación independiente, autónoma y especializada sobre la materia bajo el epígrafe de ley de protección al consumidor y leyes sobre condiciones generales de contratación, con el propósito de mitigar el desequilibrio contractual y resarcir el daño causado al consumidor y a la parte débil en el contrato. Con el advenimiento del clausulado abusivo o lesivo devienen conceptos nuevos en la contratación, verbigracia, el concepto de consumidor, producto defectuoso, contratación en masa, entre otros. Igualmente, el derecho del consumidor fue elevado a canon constitucional con la Constitución Política de 1991, con lo cual se le dio un viraje al derecho contractual colombiano, al instituir nuevas figuras jurídicas para equilibrar los derechos de los más débiles en el derecho de los negocios y contratos, de acuerdo a las mega tendencias del derecho contractual comparado.

⁴⁶ El contrato en masa es fruto del crecimiento empresarial y de la amplificación de las transacciones a nivel local y global, de la expansión del comercio, es, en síntesis, una consecuencia del capitalismo global (Cfr. FARINA, 1999; MARZORATI, 2003; LÓPEZ GUZMÁN, 2007; RAVASSA MORENO, 2004).

Con razón se afirma:

La explicación tenemos que buscarla en el tiempo. La revolución industrial, el surgimiento de la gran empresa y la producción en serie, ocasionaron que los cimientos sobre los cuales reposaba la contratación privada se vieran seriamente afectados por un hasta entonces fenómeno que exigía la readecuación de sus estructuras: me refiero a la contratación masiva o estandarizada. Era incuestionable que la estructura del contrato tradicional no estaba preparada para adecuarse a las nuevas exigencias del mercado que requería celeridad en la circulación de bienes y servicios. No era posible que el empresario discutiera con cada uno de sus potenciales clientes las condiciones mediante las cuales efectuaría la transacción, o que en su defecto, éstos tuvieran a su alcance cierto grado de manejo respecto a ella para celebrarla, por lo que un esquema estandarizado para relaciones entonces masificadas resultaba del todo necesario. Como expresa Díez-Picazo, «no es posible que la gran empresa económica establezca contratos peculiares con cada uno de sus eventuales clientes. Un mínimo de criterio de racionalización y de organización empresarial explica la necesidad del contrato único o contrato tipo, establecido por medio de formularios e impresos...». De tal suerte que no puede negarse que la contratación masiva constituye uno de los signos de nuestro tiempo. Nacida para viabilizar los desafíos que implicaban las transformaciones advertidas en la producción en masa de bienes y la prestación de servicios, dicho mecanismo ha oscilado entre su aptitud para facilitar el tráfico comercial y las consecuencias gravosas que para el sujeto adherente trae aparejado ese poder del cual se encuentra premunido el empresario de predisponer de manera exclusiva un conjunto de estipulaciones, que si bien permiten el establecimiento de innumerables vínculos contractuales, posibilitan también la incorporación de

limitaciones de responsabilidad, así como beneficios o prerrogativas que colocan a quien las acepta en una situación de indefensión absoluta, al estarle vedada toda posibilidad de discusión. Tal poder es el artífice, o mejor dicho, el causante de la aparición de ciertas cláusulas que van a trastocar el equilibrio que todo contrato supone, con grave desmedro de la equivalencia entre derechos y obligaciones de los contratantes, y que inclinan la balanza hacia el lado del más fuerte. Aquellas, que reciben el nombre de abusivas o vejatorias, constituyen el enemigo agazapado del contrato, el cáncer que puede afectarlo en parte o en todo, impidiendo con ello la generación de consecuencias que necesariamente debe producir (CARRANZA ÁLVAREZ, 2009, pp. 414 – 415).

El régimen de cláusulas abusivas está regulado, esencialmente, en el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), y existen otras disposiciones donde se regula el tema para sectores específicos, verbigracia, en los sectores financiero, bursátil, asegurador y de servicios públicos domiciliarios. Con la nueva regulación se afianzan los derechos del consumidor y se establecen mecanismos de protección más eficaces para contrarrestar los efectos lesivos del clausulado abusivo en la contratación. Igualmente, se sancionan con ineficacia las estipulaciones contractuales que atenten contra los derechos del consumidor.

El régimen de cláusulas abusivas se encuentra vinculado a los conceptos de abuso del derecho, autonomía privada, buena fe, posición dominante, contratación adhesiva, equilibrio contractual, equidad y libertad de contratación. Entre tanto, la doctrina de las cláusulas abusivas se ha instituido para proteger los derechos de los consumidores y usuarios que concurren al mercado para adquirir bienes y servicios; mitigar los efectos lesivos y nocivos de las cláusulas impuestas en los contratos de adhesión y ejercer un control judicial sobre éstas;

servir de complemento al régimen de competencia desleal, prácticas restrictivas de la competencia y de contratación privada nacional e internacional, con el propósito de equilibrar el juego de fuerzas en la dinámica contractual y de los negocios; y, de otra parte, proteger o blindar a los consumidores y a los operadores económicos más débiles en la relación contractual.

Las cláusulas abusivas han sido definidas como estipulaciones que atentan contra el equilibrio contractual en detrimento del consumidor y de la parte más frágil en el contrato; convenios o estipulaciones que sin operar la voluntad del consumidor, lesionan, menguan o menoscaban sus derechos y colocan al empresario en una posición ventajosa frente a aquél; dichas cláusulas abarcan toda clase de aspectos dentro del contrato, desde la formación, las formalidades que se deben cumplir, los gastos a cargo de cada una de las partes, hasta lo concerniente a la ley y la jurisdicción aplicable en caso de que surja una controversia entre las partes.

Las cláusulas abusivas se caracterizan por ser imposiciones unilaterales al consumidor en el marco de un contrato de adhesión; son redactados sin contar con la voluntad de una de las partes; contratar es adherirse al negocio, y la filosofía de este tipo de clausulado y contratación es: ¡firme primero y lea y pregunte después! Entre tanto, se produce un desequilibrio significativo en el contrato, menguando los derechos de una de las partes e incrementando sus obligaciones, y amplificando los derechos de la parte que diseña el contrato.

La sanción judicial no sólo consiste en declarar la ineficacia o la nulidad del acto o contrato contentivo del clausulado abusivo, sino que, además, se condena al resarcimiento de los daños y perjuicios causados al consumidor y a la parte

más débil en la dinámica contractual⁴⁷; dicha condena constituye título ejecutivo contra la empresa o compañía que impuso el clausulado abusivo dentro del contrato.

Los controles que se ejercen sobre dichas cláusulas son el legal, el administrativo, judicial y el autónomo; como es sabido, este control lo puede ejercer un tribunal de arbitramento, siempre y cuando el pacto arbitral no haya sido una imposición de la parte más fuerte en el contrato; además, conviene resaltar que la nueva ley de arbitraje instituyó el arbitraje social, que puede contribuir a controlar este tipo de abusos en la contratación; no obstante, que en la actualidad no ha tenido el suficiente impacto y, por tanto, es poco utilizado; aparte del hecho de que los arbitrajes en los que la parte más débil solicita el

⁴⁷ Las partes en el contrato pueden establecer inclusive el grado de responsabilidad que se va a aplicar para cada una de las partes. Al respecto, sostiene la doctrina (NAMÉN VARGAS, 2013, pp. 54 – 55): “Las partes, en ejercicio de la libertad contractual, pueden estipular cláusulas de extensión, atenuación y exoneración para disciplinar su responsabilidad ((art. 1604/4 y 1732 Código Civil), naturalmente, con estricto acatamiento del *ius cogens*, las buenas costumbres, el tipo negocial, la función práctica o económica social y en cuanto no desnaturalicen ni infirmen la relación obligatoria, verbigracia, la herencia podrá aceptarse con beneficio de inventario, el vendedor puede atenuar su deber por vicios ocultos, el deudor puede hacerse responsable de todos o algunos casos extraños.

“En fin, la atenuación o exoneración no puede concernir a materias prohibidas, por ejemplo, condonación del dolo futuro o de la culpa grave (art. 1522 C.C.), vicios ocultos conocidos y callados por el vendedor al comprador (art. 1916 C.C. Y 936 C. de Co.), daños causados por el vendedor (art. 1898 C.C.), exoneración parcial de las obligaciones derivadas del transporte (art. 922 C. de Co.). Tampoco es admisible irresponsabilidad absoluta y total, abuso de posición dominante ni estipulación alguna de cláusulas abusivas. En suma, la autonomía privada es expresión de la libertad, encuentra reconocimiento (Preámbulo, arts. 2°, 13, 14, 16, 28, 58, 59 a 66, 78, 82, 94, 150 (19) y (23), 332, 333, 334, 335, 373 Constitución Política) y desarrollo normativo mayúsculo en las distintas esferas de actuación del sujeto, los derechos subjetivos y, en particular en el campo de los negocios jurídicos, los contratos y las relaciones jurídicas. El vocablo no es sinónimo de autonomía de la voluntad ni se limita a ésta ni se estructura como un poder absoluto, desde que la libertad está sujeta a un ejercicio razonable, coherente y ajustado a su ratio. Por demás, en ocasiones no existe o está restringida, perfilando al negocio jurídico y al contrato, rectamente entendido en un acto dispositivo de intereses con relevancia jurídica, fruto de la iniciativa privada”.

amparo de pobreza por lo regular no logran constituirse, ya que los árbitros son reticentes para aceptar la designación de administrar justicia ad honorem⁴⁸.

Las diferentes sanciones que establece la ley contra las estipulaciones abusivas son, en últimas, un sistema de protección y defensa del consumidor, parte débil, núcleo esencial del libre mercado. De ahí que los nuevos regímenes contractuales y constitucionales tienden a proteger al consumidor mediante distintos medios judiciales y administrativos, colocando al consumidor por encima del mercado, no obstante que en algunas legislaciones se propende por

⁴⁸ “Ligada a la estructura del arbitraje social por razones de su contenido socioeconómico, encontramos una figura de carácter procesal denominada por el legislador <<amparo de pobreza>>. Efectivamente, el artículo 13 de la ley 1563 de 2012 establece que este beneficio se debe conceder total o parcialmente en los términos del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

“Esta remisión directa a dicha codificación procesal obliga a examinar con detenimiento el artículo 151 y siguientes de dicha normativa, con el fin de caracterizar las aristas más sobresalientes del amparo de pobreza (...)

“El amparado por pobre está exento de pagar los honorarios de árbitros y secretarios y los gastos del tribunal arbitral, sin que le corresponda a la otra parte sufragar lo que al amparado le hubiese correspondido pagar. En cuanto al pago de otras expensas como los honorarios de los auxiliares de la justicia que sea necesario utilizar u otros gastos inherentes a la actuación procesal, nada señala el artículo 13 de la ley 1563 de 2012. “¿Será entonces que estos emolumentos no relacionados por el precitado artículo sí deben ser cubiertos por el amparado? Se podría eventualmente concluir que sí, porque el artículo 13 es norma especial y no declara al amparado exento de estos costos. Sin embargo, no podemos olvidar que este mismo artículo 13 del Estatuto arbitral remite directamente al Código General del Proceso en materia de amparo de pobreza en los siguientes términos: <<Amparo de pobreza. El amparo de pobreza se concederá total o parcialmente en los términos del Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso). “Como el Código General del Proceso sí prevé la exoneración de gastos como los honorarios de los auxiliares de la justicia y otras expensas, nos parece que una correcta comprensión e interpretación de estas normas permite concluir que sí es posible exonerar al amparado por pobreza dentro del proceso arbitral de todos los costos y expensas inherentes al proceso como honorarios de árbitros, de secretario, de auxiliares de la justicia, derechos del centro de arbitraje, etcétera pero, compete en rigor a los árbitros en su debida oportunidad procesal determinar, en ejercicio de la facultad que les concede dicho artículo 13, si esta exoneración es total o parcial. Respecto de las costas procesales propiamente dichas, se atenderá a lo que se determine en el laudo” (CORREA ARANGO, 2013, pp. 233 – 234).

la defensa a ultranza del mercado, obviando que el ser humano, la persona, es el epicentro del sistema jurídico.

En sintonía con lo que se expone, manifiesta la doctrina:

La protección al consumidor ha adquirido sin duda alguna un papel trascendental en los estados modernos. (...) Hemos sostenido que el Derecho de Consumo contribuye desde una triple perspectiva al desarrollo de la Sociedad, brindando protección al consumidor y equilibrando su situación el mercado, pero paralelamente beneficiando al proveedor con reglas claras y predeterminadas que legitiman su actuación, y además repercutiendo en el buen funcionamiento del mercado. En síntesis, el mundo entero ha centrado su atención en los consumidores y usuarios, percatándose de que el futuro, progreso y desarrollo de toda empresa estará fuertemente asegurado si es que se empieza a entender, respetar y trabajar por ello. Este nuevo rumbo, abre una importante brecha de compromisos para los Estados, llamados a fortalecer la protección del consumidor, fortaleciendo así al Estado mismo. Creemos que el estudio serio y sistemático de esta disciplina contribuirá al fortalecimiento de un mercado sano y competitivo, en beneficio de todos los actores involucrados. Concluimos con la importante declaración hecha por el Presidente Kennedy y hoy acuñada por la institución que vela por los derechos del consumidor (...): “consumidores somos todos”, y por ende, la consolidación de una cultura de respeto a los derechos del consumidor, nos beneficia a todos (FRATTI DE VEGA, 2010, p. 10).

CAPÍTULO 2

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL

RESUMEN

En este acápite se examinan las cláusulas abusivas de frecuente ocurrencia en los contratos de fiducia mercantil, su contenido, alcance y efectos, así como los problemas jurídicos derivados de su aplicación e interpretación en el contrato; entre tanto, se hace un análisis de las principales cláusulas abusivas que se estipulan en los contratos de fiducia mercantil, su manera de contrarrestar los efectos jurídicos en la relación negocial, las dificultades que se ciernen para el fideicomitente y las soluciones que ofrecen la ley, la jurisprudencia y la doctrina en esta materia. Entre tanto, se aborda el estudio y análisis de varios modelos de contratos de fiducia mercantil, de compañías fiduciarias que operan en el mercado nacional y los aspectos procesales que emanan de allí.

ABSTRACT

In this section unfair terms of frequent occurrence in the commercial trust agreements, their content, scope and effects are examined, as well as legal

problems arising from its application and interpretation of the contract; Meanwhile, an analysis of the main unfair terms set forth in the commercial trust agreements, their way of countering the legal effects on the business relationship, the difficulties that loom for the settlor and the solutions offered by the law is, jurisprudence and doctrine in this area. Meanwhile, the study and analysis of various models of commercial trust, trust companies operating in the domestic market and the procedural aspects emanating from there addressed.

PALABRAS CLAVE

Cláusulas abusivas, contrato de fiducia mercantil, estipulaciones contractuales, cláusulas exonerativas, cláusulas modificativas de responsabilidad, fiducia mercantil, fideicomiso, trust.

KEYWORDS

Unfair terms, commercial trust contract, contractual provisions, disclaimers, modifying disclaimers, commercial trust.

INTRODUCCIÓN

El contrato de fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

El fideicomiso o fiducia mercantil es un contrato comercial que frecuentemente se emplea en el ámbito de los negocios y operaciones mercantiles de inversión; no obstante lo anterior, dicha figura jurídica se utiliza con éxito en distintos sectores y actividades económicas, desde la construcción de puentes y edificios, hasta para el manejo y administración de fondos de pensiones; la figura ha tomado gran auge en el siglo XXI; tan es así, que las acciones de sociedades (Anónimas y SAS) se administran mediante negocios fiduciarios, en beneficio del crecimiento empresarial, de los socios inversionistas y de los terceros que contratan con las empresas que tienen sus acciones en fiducia (LÓPEZ GUZMÁN, 2012; REYES VILLAMIZAR, 2013; BATIZA, 1980)⁴⁹. Los

⁴⁹ “Indiscutiblemente, mediante el contrato de fiducia mercantil el titular de las acciones de una SAS, ya sea persona capaz, o persona incapaz que actúe por conducto de su representante, puede transferir sus acciones a una sociedad fiduciaria para que los administre en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario (C. de Co, art. 1226). Así mismo, la sociedad fiduciaria puede actuar en calidad de representante legal del socio incapaz, a fin de administrar las acciones de las SAS. De todas maneras, no sobra advertir que el ejercicio de los derechos del accionista, así como el término de duración del fideicomiso de las acciones, queda

recursos provenientes del ahorro privado de los consumidores (usuarios financieros), así como los bienes y rentas de los discapacitados e incapaces absolutos son administrados, entre otros, por sociedades fiduciarias, que, como es sabido, están sometidas a un estricto régimen de control y vigilancia por parte del Estado (Superintendencia Financiera). Sin embargo, pese a que es una figura muy regulada en nuestro medio, ampliamente utilizada en diversos sectores económicos y empresariales, que goza de buena reputación en los negocios y operaciones mercantiles, y que, como es lógico, brinda seguridad a los constituyentes o fideicomitentes, así como a los beneficiarios o fideicomisarios y al público en general, al mercado, también presenta fisuras, inconvenientes, y es fuente de constantes litigios, merced al hecho de que las sociedades fiduciarias, que ostentan una posición de dominio respecto del consumidor o usuario del sistema financiero y del pequeño o mediano empresario que acude a la banca, estipulan cláusulas abusivas, ilegales, restrictivas, limitativas o de exoneración de responsabilidad contractual, en detrimento de éstos, parte débil en la correlación de negocios, y de ahí la necesidad de analizar este tipo de cláusulas, identificarlas, solicitar su nulidad o declarar su ineficacia, con el propósito de equilibrar el contrato, la dinámica de este negocio de vastas implicaciones en el comercio y la industria contemporáneas (Al respecto, cfr. RODRÍGUEZ AZUERO, 2008). Enseguida, y con base en un modelo de contrato de fiducia mercantil, realizamos un profundo análisis de su clausulado, con el fin de identificar la abusividad, lesividad⁵⁰,

sujeto a lo previsto en el negocio de fiducia mercantil, salvo que la sociedad por acciones simplificada SAS se disuelva y se liquide antes de la terminación del contrato de fideicomiso (LÓPEZ GUZMÁN, 2012, pp. 92 – 93).

⁵⁰ En el derecho contractual contemporáneo la lesión se considera asimismo un vicio del consentimiento; los Códigos de Derecho Privado Alemán, Italiano y Francés, entre otros, consagran esta figura, referida no solo a la desproporción o desequilibrio económico, sino también a factores de carácter subjetivo, tales como la inexperiencia, la ligereza, ignorancia y la extrema necesidad. En el derecho contractual del siglo XXI las cláusulas que proscriben de responsabilidad a la parte dominante en el contrato se consideran lesivas y, por ende, se enmarcan dentro de la teoría de la lesión como vicio del consentimiento. El nuevo Estatuto del Consumidor en Colombia, esto es, la ley 1480 de 2011, si bien es cierto que no incluyó en forma

ilegalidad o modificación de la responsabilidad de éstas, examinar su alcance, contenido y efectos jurídicos, y proponer soluciones legales para lograr un equilibrio contractual entre las partes.

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS NEGOCIOS DE FIDUCIA MERCANTIL⁵¹

El contrato de fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

expresa la lesión como vicio del consentimiento, es indudable que en la enunciación de derechos y principios que le asisten al consumidor, verbigracia, el derecho a la igualdad, a la protección del consumidor, y el deber de información, entre otros, son un desdoblamiento de la concepción subjetiva de la lesión en el panorama de la contratación privada de carácter masivo.

⁵¹ “El vocablo fiducia significa fe, confianza. La fiducia es un mecanismo esencialmente elástico, flexible, pues permite realizar todas las finalidades lícitas que las necesidades o la imaginación de los clientes determinen. La fiducia también se define como un gran recipiente al cual los clientes le ponen un contenido. Este contenido, en la mayoría de los casos, es definido por los mismos clientes. Otras veces es sugerido por la fiduciaria. Mediante la fiducia, una persona natural o jurídica, llamada fideicomitente o constituyente, entrega a una sociedad fiduciaria uno o más bienes concretos, despojándose o no de la propiedad de los mismos, con objeto de que dicha fiduciaria actúe en provecho del mismo fideicomitente o de quien éste determine, este último se llama beneficiario. En algunos contratos del encargo fiduciario, la entrega de bienes a la fiduciaria no es esencial. Dichos bienes incluso, pueden ser adquiridos por la fiduciaria posteriormente en desarrollo de su encargo. La sociedad fiduciaria nunca adquiere la propiedad absoluta de los bienes recibidos a título de fiducia” (FIDUCIA MERCANTIL, Disponible en: <http://www.gerencie.com/fiducia-mercantil.html>).

El fideicomiso o fiducia mercantil es un contrato comercial que frecuentemente se emplea en el ámbito de los negocios y operaciones mercantiles de inversión; no obstante lo anterior, dicha figura jurídica se utiliza con éxito en distintos sectores y actividades económicas, desde la construcción de puentes y edificios, hasta para el manejo y administración de fondos de pensiones; la figura ha tomado gran auge en el siglo XXI; tan es así, que las acciones de sociedades (Anónimas y SAS) se administran mediante negocios fiduciarios, en beneficio del crecimiento empresarial, de los socios inversionistas y de los terceros que contratan con las empresas que tienen sus acciones en fiducia (LÓPEZ GUZMÁN, 2012; REYES VILLAMIZAR, 2013; BATIZA, 1980)⁵². Los recursos provenientes del ahorro privado de los consumidores (usuarios financieros), así como los bienes y rentas de los discapacitados e incapaces absolutos son administrados, entre otros, por sociedades fiduciarias, que, como es sabido, están sometidas a un estricto régimen de control y vigilancia por parte del Estado (Superintendencia Financiera).

BARRIOS REINA (2014, pp. 5 -6) refiriéndose a la figura jurídica de la fiducia mercantil, resalta lo siguiente: “De forma muy breve, y como ya se anticipó en la introducción, es importante entender el andamiaje básico del contrato de fiducia mercantil, sobre todo, con el objetivo de comprender su amplia utilización en varios esquemas de negocio. De la definición del artículo 1226 del Código de

⁵² “Indiscutiblemente, mediante el contrato de fiducia mercantil el titular de las acciones de una SAS, ya sea persona capaz, o persona incapaz que actúe por conducto de su representante, puede transferir sus acciones a una sociedad fiduciaria para que los administre en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario (C. de Co, art. 1226). Así mismo, la sociedad fiduciaria puede actuar en calidad de representante legal del socio incapaz, a fin de administrar las acciones de las SAS. De todas maneras, no sobra advertir que el ejercicio de los derechos del accionista, así como el término de duración del fideicomiso de las acciones, queda sujeto a lo previsto en el negocio de fiducia mercantil, salvo que la sociedad por acciones simplificada SAS se disuelva y se liquide antes de la terminación del contrato de fideicomiso (LÓPEZ GUZMÁN, 2012, pp. 92 – 93).

Comercio, citada anteriormente, se desprende el primer elemento esencial del contrato de fiducia, la transferencia de bienes, criterio que diferencia a la fiducia del encargo fiduciario. El segundo elemento esencial, la conformación de un patrimonio autónomo, surge del artículo 1233 del Código de Comercio que señala “Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”. Los dos artículos citados anteriormente mencionan un punto de vital importancia para el contrato de fiducia mercantil: el cumplimiento de una finalidad determinada por el fideicomitente al momento de la constitución del patrimonio autónomo, es decir, al momento de la celebración del contrato. Esa, justamente, es la causa y el objeto del contrato, lo que guiará todo el proceso de negociación, celebración, ejecución y terminación de este. La consagración normativa de dicha finalidad lleva a concluir que hay, como ya se dijo, dos elementos de los contenidos en el artículo 1502 del Código civil, de especial relevancia en relación con el contrato de fiducia mercantil: la causa y el objeto. La finalidad del contrato debe ser lícita (como en todos los contratos) y, además, debe tener una finalidad que el fideicomitente pueda alcanzar por cuenta propia. La responsabilidad del fiduciario, sobre todo por su carácter profesional, recaerá, principalmente, en velar porque efectivamente la finalidad no esté prohibida por la ley”.

Sin embargo, pese a que es una figura muy regulada en nuestro medio, ampliamente utilizada en diversos sectores económicos y empresariales, que goza de buena reputación en los negocios y operaciones mercantiles, y que, como es lógico, brinda seguridad a los constituyentes o fideicomitentes, así como a los beneficiarios o fideicomisarios y al público en general, al mercado, también presenta fisuras, inconvenientes, y es fuente de constantes litigios, merced al hecho de que las sociedades fiduciarias, que ostentan una posición de dominio respecto del consumidor o usuario del sistema financiero y del

pequeño o mediano empresario que acude a la banca, estipulan cláusulas abusivas, ilegales, restrictivas, limitativas o de exoneración de responsabilidad contractual, en detrimento de éstos, parte débil en la correlación de negocios, y de ahí la necesidad de analizar este tipo de cláusulas, identificarlas, solicitar su nulidad o declarar su ineficacia, con el propósito de equilibrar el contrato, la dinámica de este negocio de vastas implicaciones en el comercio y la industria contemporáneas (Al respecto, cfr. RODRÍGUEZ AZUERO, 2008). Enseguida, y con base en un modelo de contrato de fiducia mercantil, realizamos un profundo análisis de su clausulado, con el fin de identificar la abusividad, lesividad⁵³, ilegalidad o modificación de la responsabilidad de éstas, examinar su alcance, contenido y efectos jurídicos, y proponer soluciones legales para lograr un equilibrio contractual entre las partes.

2.1 CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL

El modelo de contrato que se va a examinar enseguida, es un contrato de fiducia especial, denominado encargo fiduciario en la modalidad de garantía; en la fiducia mercantil se transfiere la propiedad de los bienes y se constituye un patrimonio autónomo; en el encargo fiduciario no se transfiere la propiedad de los bienes y no se constituye un patrimonio autónomo. Ahora bien, como es en garantía, significa que se entregan en administración unos bienes para avalar,

⁵³ En el derecho contractual contemporáneo la lesión se considera asimismo un vicio del consentimiento; los Códigos de Derecho Privado Alemán, Italiano y Francés, entre otros, consagran esta figura, referida no solo a la desproporción o desequilibrio económico, sino también a factores de carácter subjetivo, tales como la inexperiencia, la ligereza, ignorancia y la extrema necesidad. En el derecho contractual del siglo XXI las cláusulas que proscriben de responsabilidad a la parte dominante en el contrato se consideran lesivas y, por ende, se enmarcan dentro de la teoría de la lesión como vicio del consentimiento. El nuevo Estatuto del Consumidor en Colombia, esto es, la ley 1480 de 2011, si bien es cierto que no incluyó en forma expresa la lesión como vicio del consentimiento, es indudable que en la enunciación de derechos y principios que le asisten al consumidor, verbigracia, el derecho a la igualdad, a la protección del consumidor, y el deber de información, entre otros, son un desdoblamiento de la concepción subjetiva de la lesión en el panorama de la contratación privada de carácter masivo.

respaldar o garantizar, valga la redundancia, obligaciones comerciales con terceros, brindando mejor caución a éstos que con las garantías tradicionales, verbigracia, hipoteca, prenda o depósito de dinero (Cfr. PEÑA NOSSA, 2014). Así las cosas, se procede a examinar cuidadosamente el clausulado para analizarlo jurídicamente y hacer la disertación correspondiente.

2.2 CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL.

Para abordar el problema jurídico planteado en esta investigación, se ha decidido examinar en detalle un modelo de contrato de fiducia con la Fiduciaria la Previsora para los fines pertinentes.

2.2.1 DEL ABUSO DEL DERECHO MEDIANTE LA ESTIPULACIÓN DE PACTOS ARBITRALES⁵⁴.

Ciertamente, lo común en los contratos de fiducia mercantil, es que se estipulen pactos arbitrales para resolver las controversias que surjan entre las partes, en los términos previstos por la ley 1563 de 2012 (Cfr. GIL ECHEVERRY, 2013; CORREA ARANGO, 2013). Empero dichos pactos arbitrales contienen diversos problemas jurídicos que es necesario entrar a examinar y cuestionar.

Como primera medida, la justicia arbitral es una justicia alternativa (Cfr. CAIVANO, 2011; MONROY CABRA, 2011; ARÉVALO REYES, 2012),

⁵⁴ El pacto arbitral, según la definición del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, *“es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas”*. Este pacto puede consistir en compromiso o cláusula compromisoria.

coadyuvante si se quiere, paralela a la jurisdicción ordinaria⁵⁵, de carácter privado, lo que significa que las partes están obligadas a sufragar los costos del arbitraje, excepto, claro está, si a una de las partes o a ambas se le concede la figura del amparo de pobreza, con los mismos alcances y efectos jurídicos que en la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, el amparo de pobreza se concede tan sólo en aquellos casos que la situación económica de la empresa es precaria y, por ende, no permite atender los gastos de un tribunal de arbitramento. Habida cuenta que ambas partes han celebrado un contrato de fiducia mercantil en la modalidad de garantía, se supone que tanto el constituyente o fideicomitente, así como la sociedad fiduciaria disponen de los medios económicos para hacerlo. De manera que será extraño, inusual, por así decirlo, que la empresa que constituye la fiducia solicite amparo de pobreza⁵⁶, máxime por cuanto entregó unos bienes en fiducia para garantizar el pago de obligaciones con terceros, a menos que la compañía se encuentre en crisis económica y sea menester iniciar un proceso de insolvencia empresarial, de conformidad con la ley 1116 de 2006 (Cfr. RODRÍGUEZ ESPITIA, 2007). Se presume que las partes son solventes, que están en capacidad de atender los gastos que genera un proceso arbitral; más aún las sociedades fiduciarias, toda vez que la Superintendencia Financiera les exige, entre otros requisitos, el de la solvencia económica.

⁵⁵ **ARTÍCULO 10. Ley 1564 de 2012. GRATUIDAD.** El servicio de justicia que presta el Estado será gratuito, sin perjuicio del arancel judicial y de las costas procesales.

⁵⁶ **ARTÍCULO 13. Ley 1563 de 2012. AMPARO DE POBREZA.** El amparo de pobreza se concederá, total o parcialmente, en los términos del Código de Procedimiento Civil. Si hubiere lugar a la designación del apoderado, esta se hará a la suerte entre los abogados incluidos en la lista de árbitros del respectivo centro de arbitraje, salvo que el interesado lo designe.

Sin perjuicio de lo que resuelva el laudo sobre costas, el amparado quedará exonerado del pago de los honorarios y gastos del tribunal arbitral, sin que le corresponda a su contraparte sufragar lo que al amparado le hubiese correspondido pagar

El problema con esta cuestión es que la jurisdicción ordinaria es gratuita, no genera gastos e inversiones para las partes, pues los jueces son pagados por el Estado (LÓPEZ BLANCO, Tomo I, 2012). Entonces, surge una inquietud muy sencilla: ¿Qué sentido tiene acudir ante la justicia arbitral, si el acceso a la administración de justicia ordinaria es gratuito? Las sociedades fiduciarias imponen los pactos arbitrales, al igual que todas las demás cláusulas del contrato. Por tanto, los constituyentes no pueden discutir, debatir o refutar una cláusula de esta laya en el negocio jurídico de fiducia mercantil. Por lo general es una desventaja para el constituyente, y además un gasto, una inversión para éste. Lo más sensato, desde el punto de vista del análisis económico del derecho (Cfr. POSNER, 2000), esto es, desde la perspectiva del costo del proceso, es permitir, facilitar el acceso a la jurisdicción ordinaria o común y no limitar la resolución del conflicto al proceso arbitral. Aunque, como es sabido, la justicia arbitral también presenta algunas ventajas, como, por ejemplo, la celeridad y la eficacia con que actúan los tribunales de arbitramento (Cfr. SILVA ROMERO y MANTILLA ESPINOSA, 2005; ARÉVALO REYES, 2012). De todas maneras, la imposición de un determinado tipo de justicia, menguando la posibilidad de elección del usuario del sistema financiero, es decir, del constituyente del contrato de fiducia mercantil, atenta contra el equilibrio del contrato⁵⁷ y constituye *per se* una cláusula abusiva dentro del modelo de

⁵⁷ “Con todo lo simpáticas o atrayentes que estas cláusulas (cláusulas escalonadas) puedan resultar, dudo muy seriamente de su eficacia. Salvo crear alguna suerte de <<obligación moral>>, las cláusulas que hacen de la negociación una instancia puramente facultativa, carecen de efectos prácticos, pues solo permiten hacer algo que, de todas maneras, pueden hacer, con o sin estipulación previa. Dicho de otro modo: para que, suscitado el conflicto, las partes puedan intentar un acuerdo a través de negociaciones directas o recurriendo al auxilio de un tercero, no se necesita una cláusula. También me permito poner en duda el efecto práctico de las cláusulas que hacen obligatoria la etapa previa de negociaciones. Salvo que esté perfectamente delimitado – y sobre bases objetivas y comprobables – cuándo y cómo se dará por cumplida esa instancia, estas cláusulas pueden terminar dando lugar a objeciones y planteos al momento de recurrir al arbitraje. Si las partes quieren negociar o concurrir a una mediación antes de llegar al arbitraje podrán hacerlo aunque no se haya convenido de antemano. Y si alguna de ellas, llegado el caso, no quiere hacerlo, la eficacia de forzarla a concurrir a una negociación es, cuanto menos, dudosa. El pacto, en todo caso, sólo puede tener por efecto crear la obligación de concurrir y participar en una instancia de negociación (directa o asistida). Como es obvio, nadie puede ser obligado a acordar, y es muy difícil siquiera obligar

contrato. Esta cláusula tipo se repite incesantemente en todos los contratos de fiducia mercantil, incluidos los de garantía, en especial por el conocimiento concreto que tienen los árbitros en los temas fiduciarios, y a diferencia de los jueces, que lastimosamente por el volumen de trabajo se ven obligados a decidir sobre una gama muy amplia de temas y conflictos jurídico-económicos.

El otro valladar que por lo regular se presenta en dichas estipulaciones contractuales de la fiducia, es el concerniente al sistema de cláusulas escalonadas. ¿Qué son las cláusulas escalonadas? Son estipulaciones contractuales por medio de las cuales se le exige a las partes agotar varios mecanismos de resolución de conflictos antes de acudir al arbitraje; el arbitraje constituye la última instancia, dado que las partes deben agotar la negociación directa, la conciliación, la amigable composición, la mediación, entre otros. Esto, como es obvio, en vez de facilitar un acuerdo entre las partes, obstaculiza una negociación y no propicia la celeridad y la eficacia que se requiere para solucionar un conflicto de carácter contractual (Cfr. CAIVANO, Tomo I, 2011). Lo más sano y sensato es poder acudir directamente al arbitraje, sin más requisitos ni condiciones, puesto que cuando las partes no pueden solucionar en forma directa una controversia contractual derivada de un contrato de fiducia mercantil, lo más viable es constituir el tribunal de arbitramento para que éste decida y profiera un laudo en derecho, en conciencia o equidad⁵⁸, según el

a alguien a intentar seriamente y de buena fe llegar a un acuerdo. Si la negociación es, por definición, voluntaria y solo es útil cuando ambas partes buscan seriamente un acuerdo, ¿tiene sentido obligar a una de las partes a concurrir a una instancia de negociación si no quiere negociar?” (CAIVANO, Tomo I, 2011, pp. 91 – 92).

⁵⁸ **ARBITRAJE EN EQUIDAD.** “En la doctrina y en la legislación universal sobre la materia, el arbitraje en derecho ha ido aparejado con las reglas de procedimiento. Sin embargo, en cuanto respecta al arbitraje en equidad, no ha habido uniformidad de criterio jurídico ni similar trato en la legislación. Dos corrientes de opinión se expresan sobre el particular. La primera de ellas piensa que los árbitros en equidad no quedan sometidos al procedimiento forzoso de los arbitrajes en derecho; la segunda pregona lo contrario. Ambas coinciden, sin embargo, en que la decisión de dichos árbitros no se sujeta a la ley, sino a la justicia. Nuestro ordenamiento jurídico acoge el punto de vista de la segunda postura, como pasa a observarse. El punto de

convenio arbitral. El agotamiento de otros medios tan solo contribuye a dilatar y a entorpecer una negociación y no le permite a las partes obtener una solución definitiva al conflicto. Es común que las entidades financieras y la parte dominante en el contrato se aprovechen de este tipo de cláusulas para burlar y desconocer los derechos de la parte débil en la relación contractual, verbigracia, en los negocios fiduciarios. A la larga lo que se crea es un valladar para acceder a la administración de justicia. Y en Colombia hay antecedentes al respecto, pues mediante la sentencia T-058 de 2009, con ponencia del

partida de este específico tópico se encuentra en el inciso 4 del artículo 116 de la Constitución Política, que reconoce la jurisdicción excepcional y transitoria de los árbitros para proferir fallos en derecho o en equidad, y deja a la ley la reglamentación de la materia. A su turno, la Ley 270 de 1996, contentiva del estatuto de la Administración de Justicia, en desarrollo del precepto constitucional, se ocupa de la Administración de Justicia por las autoridades públicas —a las cuales se encomienda dicha función— y por los particulares, y reconoce que los particulares habilitados por las partes como árbitros pueden ejercer la jurisdicción en asuntos de naturaleza transigible, sometiéndose al procedimiento legalmente señalado. Del propio modo, dicha ley autoriza para que leyes especiales, a tenor de su materia y contenido, fijen las reglas del proceso, y del mismo modo autoriza a las propias partes para que sean ellas quienes establezcan las reglas. Los árbitros, dentro de los términos de la ley, pueden dictar laudos en equidad (artículo 13, num. 3). Por su parte, el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 reconoce que los particulares pueden someter en la cláusula compromisoria o en el compromiso un asunto conflictivo transigible a la decisión de los árbitros, los cuales quedan investidos de la facultad de administrar justicia con tal fin y cuyo fallo puede ser en equidad (entre otros), Rodrigo Becerra Toro 110 debiéndose entender el arbitraje en equidad como aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. Es claro, entonces, que el fallo es el que puede ser dictado en equidad, pero, cualquiera sea la clase de arbitraje en que vayan a intervenir los árbitros (en derecho, en equidad o técnico), el procedimiento a seguir para bastantearlo no puede estar ausente y, antes bien, es el mismo en los tres casos. Dicho de otra forma, aunque el laudo se adopte en equidad, debe tramitarse el proceso arbitral bajo cualquiera de las formas reconocidas de modo expreso por la ley (legal, institucional o independiente), como está consagrado en el artículo 116 del citado decreto. Del examen de los textos legales mencionados, pueden sacarse importantes conclusiones que apuntan a la necesidad de confirmar el trámite del arbitraje en equidad bajo las directrices de un procedimiento dado por la ley, fijado en un reglamento camaral o establecido por las partes, a saber: 1) El arbitraje en equidad en esencia se predica del fallo de los árbitros. 2) En el proceso arbitral, deben observarse los principios de la igualdad de las partes en el proceso, la legítima defensa y el debido proceso. 3) El arbitraje en equidad exige que el conflicto sea ventilado mediante un procedimiento que garantice los principios atrás mencionados y que permita recíprocamente a las partes la publicidad de las actuaciones y la posibilidad de controvertirlas y de disentir de los proveídos del árbitro. 4) El procedimiento se impone por mandato legal (artículo 6 del C. de P. C.)” (BECERRA TORO, Vol 10, núm. 1, 2010, p. 109).

magistrado, Dr. Jaime Araujo Rentería se anuló el laudo arbitral proferido en 2007 por el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., dentro del trámite dado a la demanda arbitral instaurada por Telefónica Móviles Colombia S.A. contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., con base en el hecho de que no se agotaron previamente otros medios de resolución de conflictos, previos a la integración del tribunal de arbitramento. Por fortuna, las cláusulas escalonadas fueron eliminadas de nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 13 del Código General del Proceso, que al respecto estatuye lo siguiente: “*Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.*”

Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda. Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas” (Subrayas fuera de texto).

Como se deduce de lo anterior, la estipulación de cláusulas escalonadas en la actualidad, está proscrita por norma expresa del Código General del Proceso; por tanto, los convenios arbitrales que contemplan el agotamiento obligatorio de varias etapas para poder integrar el tribunal de arbitramento, son patológicos, y por ende, no producen efectos jurídicos, es decir, son ineficaces (Cfr. sobre

ineficacia, GIL ECHEVERRY, 2007). Es frecuente hallar este tipo de convenios arbitrales, sobre todo porque se transcriben de unos contratos a otros sin examinar su contenido y alcance. En todo caso, este clausulado subsiste en el contrato de adhesión y, por consiguiente, en los contratos de fiducia mercantil. Es una forma subrepticia de imponerse en el contrato, de dominar y, por ende, someter a la parte débil, pues se instituye en una especie de carta de naturaleza para poder dilatar indefinidamente la solución de una controversia, y en especial, si los asesores de la compañía constituyente del contrato fiduciario, no se percatan oportunamente de cláusulas de este tenor.

Entonces, las empresas que constituyen bienes en fiducia mercantil no pueden acudir al arbitraje social⁵⁹ previsto en el artículo 117 de la ley 1563 de 2012, ya que la cuantía de los negocios fiduciarios excede notablemente la señalada en la disposición en comento⁶⁰; y difícilmente el tribunal de arbitramento concede el amparo de pobreza en favor de la empresa constituyente del negocio fiduciario,

⁵⁹ El arbitraje social es una forma de difundir y amplificar la justicia arbitral en favor de la descongestión de la justicia.

⁶⁰ Art. 117 de la ley 1564 de 2012. Los centros de arbitraje deberán promover jornadas de arbitraje social para la prestación gratuita de servicios en resolución de controversias de hasta cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv), sin perjuicio de que cada centro pueda prestar el servicio por cuantías superiores. Este arbitraje podrá prestarse a través de procedimientos especiales, autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho, breves y sumarios.

En estos procesos las partes no requieren de apoderado, se llevarán por un solo árbitro y el centro de arbitraje cumplirá las funciones secretariales. Los centros tendrán lista de árbitros voluntarios y será escogido por las partes de dicha lista. Cuando el arbitraje no pueda adelantarse por los árbitros de la referida lista, el centro sorteará de la lista general de árbitros del centro. El árbitro sorteado que se abstenga de aceptar el nombramiento, sin justa causa, será excluido de la lista de árbitros del respectivo centro.

Parágrafo. El Ministerio de Justicia y del Derecho expedirá la reglamentación a que haya lugar, en donde establezca el número mínimo de arbitrajes sociales gratuitos que cada centro debe adelantar en cada anualidad. Los árbitros serán aceptados expresamente por las partes, y en ningún caso recibirán honorarios profesionales en los asuntos de arbitraje social.

pues tiene que demostrar que su situación económica es muy precaria y, por ende, se encuentra en proceso de insolvencia, de acuerdo con la ley 1116 de 2006. Debe probar en forma fehaciente e irrefutable que se encuentra en crisis empresarial. Así las cosas, aparte de las cláusulas escalonadas en el ámbito de los convenios arbitrales, se haya igualmente un obstáculo fáctico para la parte débil en la relación contractual derivado de los costos del arbitraje, cerrando la posibilidad de acudir directamente a la justicia ordinaria, que, como es sabido, es gratuita. En síntesis, en la práctica empresarial y de los negocios el abuso del derecho en el clausulado relativo al convenio arbitral, se presenta por lo general en dos formas: a) mediante el establecimiento del arbitraje como método para resolver la controversia, desechando la jurisdicción ordinaria, que es gratuita; y de otra parte, por intermedio del establecimiento de cláusulas escalonadas para acudir al arbitraje, impidiendo el acceso a la administración de justicia en perjuicio de la parte débil en el contrato de fiducia mercantil.

2.2.2 CLAUSULAS ABUSIVAS RELATIVAS A LA PROHIBICIÓN DE CESIÓN CONTRACTUAL.

En el modelo de contrato de fiducia mercantil mencionado se prohíbe la cesión del contrato para cualquiera de las partes, y en especial, si no ha mediado expresa autorización de la sociedad fiduciaria. Esta prohibición también se erige en una cláusula abusiva en la relación contractual. La prohibición de cesión contractual en el negocio fiduciario, al igual que en los demás contratos bancarios (Cfr. RODRÍGUEZ AZUERO, 2002) obedece al hecho de que la mayoría de la doctrina considera que estos negocios son *intuitu personae* y no selectivos. Ciertamente, si una de las características del contrato es la de ser *intuitu personae*, ello significa que el contrato bancario, y más concretamente, el de fiducia mercantil en la modalidad de garantía, se celebra en razón a la

persona, esto es, en razón de las específicas condiciones personales y profesionales de la parte con quien se contrata, por lo general el contratista, es decir, la parte débil en la relación contractual, el usuario del servicio financiero. Al ser *intuitu personae* es imposible la cesión del contrato, pues la sociedad fiduciaria celebró el contrato atendiendo a unos hechos y circunstancias concretas, al cumplimiento de unos requisitos personales, a un factor subjetivo de contratación. Sin embargo, desde hace décadas en el derecho europeo de contratos (Cfr. RAVASSA MORENO, 20004; LÓPEZ GUZMÁN, 2008) se ha establecido que los contratos bancarios, así como todos los demás contratos y negocios mercantiles se caracterizan por ser selectivos, es decir, se tienen en cuenta factores objetivos de contratación, al margen de las consideraciones puramente subjetivas de contratación; si el usuario del sistema financiero, es decir, la empresa que constituye la fiducia mercantil satisface los requerimientos impuestos por la entidad financiera, ésta acepta contratar con él; de lo contrario, al no poder satisfacer los requisitos objetivos exigidos, no acepta contratar y, por tanto, no se pueden garantizar obligaciones con terceros mediante el contrato de fiducia de garantía.

Empero, la dificultad para ceder el contrato no estriba tan sólo en la concepción subjetiva de los contratos bancarios, sino que, además, se encuentra en la ley, puesto que las normas del contrato de cesión exigen que se notifique al cedido en el negocio jurídico, lo cual se traduce en que si éste no acepta, no produce efectos la cesión, y el cedente, es decir, la sociedad comercial que constituyó la fiducia mercantil, sigue obligado en el contrato en todos los deberes y cláusulas señaladas en el mismo. Si bien es cierto que en la actualidad se está abriendo camino la teoría objetiva de la contratación mercantil en los ámbitos financiero y bancario, la tarea está aún por cumplirse, y se requiere igualmente un cambio de mentalidad y, como es lógico, de legislación, suprimiendo la obligación de notificar la cesión a la entidad financiera del servicio de fiducia mercantil. En el derecho de contratación mercantil contemporáneo (Cfr. PARRA, 2002) se trata

de un tema ya ampliamente superado, lo cual se cifra asimismo en un beneficio para el consumidor y el usuario, parte débil en el sistema contractual, ya que cuando no pueda continuar con el desarrollo y el cumplimiento de las obligaciones que emanan del negocio fiduciario, esté facultado para cederlo a otra empresa que esté interesada en hacerlo, sin el cumplimiento de requisitos adicionales o el establecimiento de garantías mobiliarias suplementarias. Como es de público conocimiento, para efectuar la cesión contractual, es común que la sociedad fiduciaria solicite que se concedan garantías mobiliarias para garantizar el pago o el cumplimiento de todas las obligaciones comerciales que surgen del negocio fiduciario, verbigracia, pólizas de cumplimiento, depósitos de dinero, la suscripción de pagarés, entre otros (Al respecto, cfr, NURIA BOUZA VIDAL, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Madrid, Marcial Pons, 1991), en los términos y condiciones indicados por la ley 1676 de 2013 (Igualmente, cfr. BONILLA SANABRIA, 2014, pp. 9 – 10). No obstante lo anterior, un sector de la doctrina opina que nos es menester la constitución de garantías adicionales para efectuar la cesión contractual y para que ésta produzca efectos, pues se trata de una exigencia que no está en la ley. Lo que ocurre es que las sociedades fiduciarias lo hacen para blindarse en el contrato cuando se produce la cesión.

En definitiva, si de asumir una postura específica se trata, lo cierto es que en la contratación actual los contratos bancarios y, por ende, el de fiducia mercantil, se caracteriza por ser selectivo y no *intuitu personae*, lo que significa que se pueden ceder sin más limitaciones ni restricciones, y la estipulación de cláusulas contractuales de esta naturaleza en el texto del negocio fiduciario constituye un abuso del derecho y lesiona los derechos del constituyente y, por qué no decirlo, del beneficiario de la operación mercantil de fiducia en garantía, pues a éste no le interesa la parte que lo garantiza, sino los bienes con se garantiza el pago de la obligación (Respecto de la fiducia en garantía, cfr. MANRIQUE NIETO, 2000). Y la exigencia de garantías mobiliarias adicionales

es, en el fondo, una modificación y ampliación de la responsabilidad contractual en contra del contratante que realiza la cesión y que entra a ocupar la posición del constituyente en el contrato de fiducia mercantil. La modificación contractual para ampliar responsabilidades y garantías, se erige, asimismo, en una cláusula abusiva en el contrato mercantil (Cfr. MUÑIZ ARGÜELLES, 2006) en nuestra legislación y en el derecho contractual comparado.

En la legislación nacional, y en algunos ordenamientos jurídicos, es difícil liberar al cedente, en nuestro caso la sociedad comercial de carácter privado que actúa en calidad de fideicomitente, del negocio fiduciario sin la previa autorización de la compañía fiduciaria, es decir, del cedido en el contrato; y por lo general, si el cesionario no responde la responsabilidad continúa en cabeza del cedente⁶¹. Pero, analizado el contrato en forma global, lo más frecuente es

⁶¹ “Como se dijo, lo usual es que cedente y cesionario realicen previamente el negocio de cesión, y posteriormente se incorpore la aceptación del cedido en el negocio. Por ello, la liberación del cedente dependerá única y exclusivamente del cedido, aun existiendo el negocio bilateral de cesión. El cedente solo puede conseguir su liberación por sí mismo mediante el cumplimiento de la obligación, aunque sea por pago de tercero, o provocando el cese de la fuerza obligatoria del contrato cuando concurren las circunstancias precisas, bien de forma originaria, bien de forma sobreviniente. Esto implica que la liberación del cedente queda implícita en la aceptación de la estipulación a favor del cedido, con lo cual, y así se debe interpretar en el caso de no liberación, quedarán vigentes las garantías del cedente. Por lo general el cedido no es parte en el pacto de cesión y desconoce los términos del mismo, de manera que sabe de la cesión únicamente por lo que dicen cedente y cesionario. Con lo cual, sin liberación estaremos sencillamente frente a delegaciones de deuda o una asunción interna de deudas. En mi trabajo se plantea esta cuestión: si el cedente no queda liberado, responde como fiador o solidariamente. Como lo dijimos si el cedido conoce solamente de la cesión pero no manifiesta su voluntad de aceptarla, cedente y cesionario responderán con carácter solidario, es decir, se podrá dirigir indistintamente frente a cualquiera de los dos, (caso en el cual no habría una cesión de contratos por no cumplir con el requisito de la voluntad del cedido en su formación), pero lo normal es que lo haga frente al cedido ya que este tiene la voluntad de cumplir con su obligación y el cedente de liberarse de ella. Por el contrario si el cedido acepta la cesión pero manifiesta su voluntad de no liberar al cedente, este deberá dirigirse contra el cesionario en primer lugar y al no cumplir este deberá notificar su incumplimiento al cedente para luego dirigirse contra él. Por otro lado, ¿cuál será el alcance de la liberación? dependerá de la naturaleza del contrato cedido y de lo que se le haya propuesto al cedido, A falta de estipulación se seguirá el principio de que los efectos se darán hacia adelante, desde el

que se prohíba la cesión en el texto del contrato, no obstante que en la actualidad el contrato se caracteriza por ser selectivo y, por ende, nada impide desde el punto de vista legal la cesión de éste, al igual que ocurre en la mayoría de ordenamientos jurídicos del siglo XXI.

2.3 LA IRREVOCABILIDAD DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL COMO UNA FORMA DE ABUSO DEL DERECHO.

En los contratos de fiducia mercantil se estipulan, entre otras cláusulas, las de irrevocabilidad del negocio jurídico antedicho. Al ser el acto o negocio jurídico irrevocable, el fideicomitente no puede revocar el contrato, ya que, al igual que en la oferta mercantil, la revocación puede ocasionar daños y perjuicios a la otra parte, esto es, a la sociedad comercial que funge como compañía fiduciaria en

momento de la cesión, pero no para los ya producidos; pero, como es lógico, esta regla carecerá de sentido si fuese un caso en el cual la obligación de la que es liberado el cedente no fuese de tracto sucesivo. Veamos ahora como explica la doctrina italiana el fenómeno de la liberación del cedente: Según la legislativa italiana cada parte en un contrato con prestaciones reciprocas, que no hayan sido todavía cumplidas puede hacerse sustituir por un tercero con tal que la otra consienta en ello art 1406, en el caso del negocio de cesión además del consentimiento del cedente y del cesionario es indispensable también el consentimiento del contratante cedido art 1406, este consentimiento puede ser también de forma previa con lo cual será eficaz frente al cedido desde el momento en que se le ha modificado, o de aquel en que la aceptó (Art. 1407 primer párrafo) En la relación entre cedente y contratante cedido Andreoli comenta la legislación italiana: “El cedente se libera de sus obligaciones con el segundo desde el momento en que 100 • REVISTA ANÁLISIS INTERNACIONAL Mateo Sánchez García la sustitución se hace eficaz en relación con el mismo cedido” (pág. 90). Sin embargo este último puede declarar que no libera al cedente en cuyo caso, cuando el cesionario no cumpla las obligaciones asumidas, el cedido puede actuar contra el mismo cedente con tal que dé cuenta al mismo cedente del incumplimiento del cesionario dentro de los quince días a partir de aquel en que se ha producido el incumplimiento: y si no cumple por su parte, está obligado al resarcimiento de daños (Art. 1408) En resumen el cedido puede actuar de la siguiente forma: Liberar completamente al cedente en relación al contrato cedido. Cesión sin liberación del cedente, cuya responsabilidad vuelve a surgir en caso de que el cesionario no cumpla las obligaciones asumidas” (SÁNCHEZ GARCÍA, 2010, pp. 99 – 100).

el contrato. Sin embargo, este tipo de cláusulas son patológicas, y atentan contra el equilibrio y la dinámica del contrato, puesto que crean una especie de candado que imposibilita en veces el desarrollo y ejecución del contrato. Si la consecuencia de la revocatoria de un acto jurídico es la indemnización por daños y perjuicios en favor de la otra, y a su vez, está proscrita la revocatoria del mismo, ello significa que el acto jurídico sí se puede revocar pero pagando la respectiva indemnización, o incluso, constriñendo a la parte incumplida a que satisfaga el contrato en su integridad. Es decir, la irrevocabilidad en el contrato de fiducia mercantil, al igual que en los demás actos y negocios jurídicos, es pura semántica, puesto que al revocarse el acto se deben indemnizar los daños y perjuicios causados, por ende, sí es posible efectuar la revocatoria a que nos venimos refiriendo (A este respecto, cfr. TAMAYO LOMBANA, 1990; OVIEDO ALBÁN, 2010). Empero, la discusión jurídica va más allá en el terreno del negocio fiduciario, puesto que la irrevocabilidad no sólo es unilateral, sino también no facilita la dinámica del contrato y pone al contratante débil en una especie de dilema del prisionero, pues no le permite salir fácilmente de la relación contractual, a menos, claro está, que indemnice los daños y perjuicios a la sociedad fiduciaria. Para ello, como es de público conocimiento, éstas fijan baremos, es decir, tablas de indemnización a las que deben aferrarse o apegarse las partes, previendo ex ante los posibles perjuicios que se puedan causar. De otra parte, la doctrina contemporánea también plantea la indemnización de perjuicios no por el daño causado, valga la redundancia, sino también por el denominado daño potencial, esto es, por el posible daño que se le pueda causar a las partes en el contrato. De todas maneras, la doctrina nacional y los modelos contractuales en materia de negocios fiduciarios no han llegado hasta allí; es un punto que todavía no se aborda en la práctica mercantil de este tipo de contratos; sin embargo, en punto al tema que venimos hilando hasta aquí, es decir, en lo concerniente a la irrevocabilidad como una manifestación subrepticia o directa de abuso del derecho en el clausulado del negocio fiduciario, es indubitable que la prohibición de irrevocabilidad o de terminación unilateral del acto jurídico atenta contra la ponderación del contrato,

del negocio jurídico como tal, contra el tan cacareado derecho a la igualdad en el marco contractual y produce una especie de taponamiento para la ruptura contractual, en perjuicio, principalmente, del usuario del sector financiero, esto es, del fideicomitente. Estas cláusulas de cierre, de cercenamiento de la facultad de terminar el contrato son lesivas en la relación jurídica, y son ineficaces de pleno derecho. El problema es que una vez que se estipula esta cláusula en el contrato, se convierte en obligatoria para el contratante débil, y no obstante que se considera ineficaz, o que se pueda declarar su nulidad por violar el orden público ante un juez o ante un tribunal de arbitramento, se producen unos efectos en el mundo jurídico, toda que la compañía fiduciaria queda, por así decirlo, legitimada en la causa por activa para solicitar el pago de los daños y perjuicios derivados de la revocatoria del acto jurídico. El asunto es que desembrollar este asunto ante la jurisdicción ordinaria y/o arbitral implica tiempo, dinero y esfuerzo para la parte débil en la relación jurídico-comercial. Es fácil afirmar que la cláusula es ineficaz o que un juez debe decretar su anulación, pero esto último requiere de la instauración de un proceso ordinario (hoy verbal con el Código General del Proceso); y si ambas partes efectúan la reclamación judicial o arbitral, se instaurarían dos procesos, uno para la declaratoria de la nulidad de la mencionada cláusula, y otro proceso ordinario ante otro juez, para decretar los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato, con base en la revocatoria del acto jurídico; en todo caso, sería menester la acumulación procesal a que se refiere el Código General del Proceso, pero entre tanto, el usuario del sistema financiero, el fideicomitente es afectado en su patrimonio y en sus derechos e intereses porque el tiempo que se invierte en el proceso igualmente se traduce en gastos para éste.

2.4 CLÁUSULAS ABUSIVAS QUE VIOLAN EL DEBER DE INFORMACIÓN EN EL NEGOCIO FIDUCIARIO

La información que la sociedad fiduciaria debe suministrar al potencial fideicomitente debe ser veraz, completa, precisa, verificable, comprensible, idónea y diáfana. Lo anterior, de conformidad con lo estatuido por el artículo 23 de la ley 1480 de 2011. ¿Qué es lo que ocurre con frecuencia en la etapa pre-formativa del negocio fiduciario entre las partes? Que la sociedad fiduciaria, entidad del sector financiero, como es lo usual, suministra una información, y luego de hacerlo le entrega un formato al potencial fideicomitente para que éste lo suscriba, manifestando que recibió toda la información acerca del servicio que va a contratar, que exonera de responsabilidad a la entidad por cualquier reclamación que se funde en la información suministrada al usuario, que la información fue precisa y clara; sin embargo, esta clase de estipulaciones en el marco del contrato de fiducia mercantil son abusivas y, por consiguiente, lesivas, atentan contra la igualdad de las partes en el contrato y contra el equilibrio del negocio jurídico, por cuanto la información suministrada inicialmente por un asesor, que por lo regular no es abogado ni experto en el ámbito empresarial del negocio fiduciario, ni administrador de empresas experto en inversiones, es incompleta, y de ahí se pueden desvertebrar otra serie de abusos y de cláusulas inconvenientes para el usuario que contrata con la sociedad fiduciaria. En resumen, este formato que prácticamente obligan a suscribir al potencial fideicomitente, exonerando de responsabilidad a la entidad por la información relacionada con el contrato, llámese fiducia de administración, fiducia de garantía, encargo fiduciario, entre otros, es otra forma en que se manifiesta, se expresa y se hace palpable el abuso del derecho en el clausulado del contrato, sea en forma directa dentro del contrato, o en los contratos anexos al principal que se suscriben de manera preliminar.

Como se vio, el artículo 23 de la ley 1480 de 2011, establece varios aspectos que es menester analizar con detenimiento para esclarecer muchos aspectos que al momento de contratar parecen nítidos, pero que con el desarrollo contractual y la dinámica del negocio revisten otras tonalidades que van desde el gris hasta la penumbra contractual. Como primera medida, la disposición en comento, establece que la información debe ser clara, es decir, diáfana. Aquí surgen varios aspectos que vale la pena considerar, y el primero es el atinente a quién suministra la información; el segundo, qué se entiende por información clara en el negocio fiduciario, y cuándo se puede considerar que ésta no lo es. Al parecer estamos en presencia de un concepto sumamente discutible, cuestionable, pues lo que para una de las partes es claro, para la otra parte puede no serlo. Empero, examinemos la primera cuestión: ¿Quién es el que debe suministrar la información en el negocio fiduciario, en la etapa previa? Lo lógico, es que quien ofrece o suministra información relacionada con este negocio sea una persona altamente especializada en el tema, con experiencia y conocimiento dentro de la entidad, probablemente el abogado de la entidad que trabaja y asesora en esta rama especializada del derecho mercantil, o por lo menos un asesor con formación empresarial, experto en inversiones de esta clase. La verdad, y para ser fieles a la realidad, el abogado es la última persona con la que se encuentra el cliente, y este último encuentro no es lo más deseable, es como encontrarse con Caronte en el mar de la estigia; la función del abogado dentro de esta clase de entidades y en esta clase de operaciones mercantiles no se debe constreñir a la iniciación de procesos en contra del usuario por el incumplimiento del contrato, el no pago de la comisión, o la terminación unilateral y anticipada del negocio fiduciario por cualquiera de las causales establecida en el texto del contrato; su función va más allá; por tanto, quien debería estar al frente del usuario, indicándole los pormenores del negocio, los riesgos, las ventajas y las desventajas, los peligros del clausulado y la forma de cumplir en forma adecuada con el negocio, así como de cooperar en la gestión del contrato, entre otros aspectos, debe ser sin duda el abogado; pero con éste tan sólo se reúne el empresario cuando se va a iniciar un litigio o

éste ya se encuentra en un estado muy avanzado; la función del abogado debe ser preventiva y no paliativa; y el error es creer que la información suministrada es clara, cuando fue suministrada por un asesor neófito que no tiene experiencia ni conocimiento en el negocio fiduciario. Sí, es cierto, quien suministra la información no es un experto, un veterano que le indique el camino a seguir al empresario para que el negocio fiduciario tenga éxito para él, para su empresa, para los beneficiarios y para la sociedad fiduciaria, sino un neófito, que de buena fe labora en la entidad, pero que únicamente se limita a repetir casi que de memoria el contenido de la capacitación que le brindó la entidad sobre el negocio fiduciario. Entonces, el problema lo resolvemos con la siguiente pregunta: ¿Se puede considerar que la información suministrada en la etapa preliminar al negocio fiduciario por un asesor neófito, que no es abogado o administrador empresarial experto en inversiones, es clara y, por ende, es viable suscribir un formato o contrato anexo donde el potencial fideicomitente afirma, indiscutiblemente que sí recibió una información clara?

El sentido común, sin que sea menester acudir a una compleja lógica jurídica, y sin mayor esfuerzo investigativo o analítico, es fácil concluir que no podemos hablar de una información clara, máxime si ésta no fue proveída por un experto en la materia, por el abogado consultor de la entidad que todos los días está litigando en conflictos relativos a los negocios fiduciarios que administra la entidad. Esto no tiene discusión, pero en la práctica, en el mundo de los negocios, en la realidad cotidiana de la contratación bancaria, y en el derecho vivo, como diría JOAQUÍN GARRIGUES, quien brinda la asesoría sobre el particular es una persona que no conoce el tema, un neófito, que si bien es cierto actúa de buena fe, no está en condiciones de ofrecer una información que pueda denominarse como clara, en los términos previstos por el artículo 23 de la ley 1480 de 2011. Aquí, pues, *ab initio* se incurre en un yerro contractual al pretender sostener que la información suministrada en dichas situaciones está

revestida de la suficiente claridad que requiere el cliente, el usuario del sector financiero, es decir, el potencial fideicomitente.

De otra parte, el otro problema que se presenta, que se erige en esta parte, es el concerniente al concepto de claro, de diáfano, y cuándo esta información no lo es, y se encuentra en el ámbito de la penumbra contractual, o como dirían quienes gustan de las tonalidades y los colores, cuándo se puede considerar que la información es grisácea, oscura, entre otros. El concepto es difuso, puesto que las partes tienen conceptos diferentes, y además, la claridad u oscuridad es algo subjetivo, no es un asunto jurídico objetivo, es un concepto en extremo gaseoso y fuente de constantes litigios entre las partes, y como es lógico, podemos pensar que obligar al usuario del sistema financiero y potencial fideicomitente a suscribir un formato donde afirma sin ambages que recibió una información clara, es, en el fondo, un desdoblamiento de la figura del abuso del derecho en el clausulado del contrato. Es, en definitiva, una estipulación abusiva y lesiva de los derechos del potencial fideicomitente, pues de antemano, previamente, le impone una especie de camisa de fuerza, una atadura para futuras reclamaciones de carácter judicial o extrajudicial contra la sociedad fiduciaria; ataduras y cadenas que tendrá que identificar el juzgador, llámese tribunal de arbitramento o juez, a fin de romperlas y restablecer el equilibrio en el contrato, proveyendo equidad contractual y, por consiguiente, justicia en el litigio contractual.

¿Y si se trata de una fiducia mercantil internacional, y la información que se suministra está en otro idioma? Además de todo lo anterior, como es obvio, la barrera del idioma, y en particular, del idioma específico de los negocios. En los negocios internacionales se habla, por ejemplo, del inglés jurídico y el inglés de los negocios. Sí, en efecto, el comercio internacional ha creado una especie de

lenguaje universal denominado *lex mercatoria*, de nueva lingua franca⁶² entre los operadores del comercio global, y los empresarios y los banqueros, y las entidades financieras a nivel global lo conocen, lo manejan; sin embargo, al usuario y potencial fideicomitente se le debe suministrar la información el idioma que conoce, que habla y escribe, pues si surgen conflictos en el mismo idioma, mucho más cuando se trata de una lengua distinta, o de un sistema jurídico diferente, verbigracia, el sistema jurídico estadounidense o el derecho europeo . En este sentido no hay que perder de vista que la fiducia mercantil también puede ser internacional, y que un empresario colombiano puede celebrar un contrato de fiducia mercantil (trust) con una entidad fiduciaria de Estados Unidos, Alemania, Canadá o Islas Caimán. ¿Y dónde puede efectuar una reclamación jurídica por una cláusula abusiva de este tenor? La concepción generalizada al respecto es que la legislación aplicable es la del Estado donde habitualmente reside el consumidor, el usuario, el potencia fideicomitente; sin embargo, nada obsta para que entre las partes convengan la legislación que consideren más apropiada, aunque en este sentido también se suelen presentar muchos abusos (Cfr. MUÑIZ ARGÜELLES, 2006; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1995; RAVASSA MORENO, 2004; PARRA, 2002; OVIEDO ALBÁN, 2010). Pero es más fácil cuando el potencial fideicomitente tiene negocios en varios Estados (Acerca de los empresarios a nivel global y del resurgimiento de la *lex mercatoria*, cfr. RAVASSA, 1990).

En conclusión sobre este particular: es difícil sostener que una información suministrada por la entidad fiduciaria es clara, cuando ésta es suministrada por un asesor neófito, y el concepto de claro, diáfano, es per se ambiguo, difuso, gaseoso.

⁶² Una lengua vehicular o lengua franca es el idioma adoptado para un entendimiento común entre personas que no tienen la misma lengua materna. La aceptación puede deberse a mutuo acuerdo o a cuestiones políticas, económicas, etc.

Otro de los puntos a tratar en este acápite es el relativo al hecho de que la información suministrada sea verdadera, suficiente y oportuna. En cuanto a la veracidad, se parte del principio de la buena fe contractual para toda clase de operaciones mercantiles y contratos (Al respecto, cfr. MANTILLA ESPINOSA y TERNERA BARRIOS, 2007). Y el fideicomitente confía en que la información suministrada sea veraz; al potencial fideicomitente se le impone, se le exige que la información que suministra a la entidad deba ser veraz, fidedigna. El efecto jurídico para el contratante que suministra información que no es veraz ante la entidad financiera no solo es la negativa a celebrar el contrato, sino que, además, puede incurrir en sanciones penales; la entidad fiduciaria está obligada a proveer información veraz; de lo contrario, deberá indemnizar los daños y perjuicios que cause al usuario y fideicomitente. Igualmente, al suscribirse el formato elaborado por la sociedad fiduciaria donde se expresa la satisfacción de la información suministrada, no exonera de responsabilidad a la sociedad fiduciaria, así el clausulado del contrato diga lo contrario.

En lo que atañe a la suficiencia, idoneidad, precisión y oportunidad de la información prácticamente se pueden hacer las mismas observaciones anteriores (Sobre el deber de información, cfr. POSADA TORRES, 2014, pp. 62 – 69). Que la información que se entregó al fideicomitente fue oportuna, idónea y suficiente también es un asunto muy discutible, y la entidad fiduciaria, no obstante que se exonera en apariencia de la responsabilidad sobre el particular, tiene legitimación por pasiva, desde el punto de vista procesal, para responder ante el fideicomitente y los beneficiarios en el negocio fiduciario, aparte del hecho de que dichas cláusulas son ineficaces de pleno derecho y, en su defecto, son nulas por abusar del derecho que le asiste a la sociedad fiduciaria y provocar una ruptura en el equilibrio del contrato.

2.5. RENOVACIÓN ABUSIVA DEL CONTRATO.

Además de los problemas prácticos y profesionales que se mencionaron con antelación, otra de las estipulaciones que es fuente de constantes litigios a mediano y largo plazo en el desarrollo del contrato de fiducia mercantil, son las cláusulas que contemplan lo relativo a la renovación automática del contrato. Es tan frecuente el abuso en este sentido, que en la dinámica litigiosa es menester en muchas ocasiones denunciar a los administradores, gerentes y representantes por extralimitación de sus funciones, así como por violar sus deberes como administradores, conforme a la ley 222 de 1995, reteniendo los bienes entregados en fiducia mercantil injustificadamente o empleando pretextos infundados y prorrogando el contrato abusivamente para que la sociedad fiduciaria siga obteniendo la comisión por el negocio (Sobre la responsabilidad de los administradores, cfr. GIL ECHEVERRY, 2015). Y en todo caso, también es frecuente que las acciones civiles y penales contra los administradores en el negocio fiduciario sea menester complementarlas o adosarlas con acciones administrativas ante la Superintendencia Financiera, a fin de que ésta imponga las multas y sanciones administrativas de rigor (Sobre las funciones y facultades de la Superfinanciera en el marco de la contratación, cfr. MARTÍNEZ NEIRA, 2014).

En el clausulado del negocio fiduciario se consagran estipulaciones en las que se hace muy difícil terminar el contrato en forma definitiva, pues las sociedades fiduciarias buscan por distintos medios renovar, así sea en forma ilegal y abusiva, el negocio fiduciario, con el propósito de continuar administrando los bienes del fideicomitente y seguir percibiendo la comisión que se fijó en el contrato. Dejan poco espacio para salirse del contrato en forma definitiva, las válvulas de escape o de terminación contractual están por lo regular taponadas,

a fin de facilitar la renovación o prórroga automática del contrato, al margen del consentimiento del usuario y fideicomitente. La solución, desde la perspectiva procesal no sólo se reduce a la acción de nulidad contra la cláusula que así lo dispone, sino que se debe acompañar con las demás acciones legales a que se hizo referencia en párrafos precedentes. Ahora bien, si la cláusula se considera ineficaz, sí estamos ante un verdadero nudo en materia procesal, pues qué gana, qué obtiene, o cómo soluciona el fideicomitente un problema de esta naturaleza, cuando, verbigracia, la sociedad fiduciaria hace la renovación automática del contrato, sin previo consentimiento del fideicomitente, continúa en la explotación y administración de los bienes transferidos en fiducia mercantil, y el fideicomitente tan sólo le dice a la entidad que la cláusula es ineficaz, pero la situación persiste y la entidad o sociedad fiduciaria no atiende sus requerimientos y peticiones, so pretexto de que el fideicomitente no satisfizo una serie de formalidades, procedimientos y trámites alambicados. Aquí se presentan abusos que afectan los derechos e intereses del usuario del sector financiero. Por ello, no obstante que la cláusula se considere ineficaz, resulta indispensable, urgente por así decirlo, acudir ante la jurisdicción ordinaria o arbitral, según el caso, además de la instancia administrativa (Superfinanciera), para que declare la ineficacia y, por contera, para que se ordene el pago de los daños y perjuicios causados. El simple hecho de afirmar que la cláusula es ineficaz, y que por tanto, no requiere declaración judicial, no le soluciona nada al usuario y fideicomitente, pues al mostrarle la ley e indicarle la ineficacia de la cláusula a la sociedad fiduciaria, ésta no le proporciona ninguna solución ni mucho menos atiende las pretensiones de la parte débil en la relación contractual. Así las cosas, el acceso a la administración de justicia se convierte en un recurso forzoso para terminar el contrato, obligar a la sociedad fiduciaria a indemnizar al fideicomitente y restituirle los bienes transferidos en fiducia mercantil en la modalidad de garantía, o los bienes transferidos en administración fiduciaria.

2.6 CLÁUSULA ABUSIVA SOBRE GASTOS DE GESTIÓN JURÍDICA

En los contratos de fiducia mercantil también se suelen incluir cláusulas que establecen la obligación de pagar cobranzas sin gestión judicial alguna. Ciertamente, es frecuente que aparezcan cláusulas donde se autoriza a la sociedad fiduciaria para hacer cobros por los gastos de cobranza en que deba incurrir la entidad fiduciaria cuando el fideicomitente incumpla el contrato o no se efectúen los pagos (comisiones y otros) convenidos en el contrato en favor de la sociedad fiduciaria. Sin haber realizado gestión jurídica alguna, se le exige al usuario el pago de honorarios, y es asimismo habitual que se hagan deducciones por este concepto directamente y sin mediar autorización del fideicomitente. Este tipo de cláusulas son vejatorias, agraviantes y, en definitiva, abusivas, puesto que no le asiste razón a una firma de abogados y a una entidad fiduciaria realizar cobros y/o deducciones por honorarios de servicios profesionales sin gestión judicial alguna. Es común que tan sólo con llamadas, así como con comunicaciones electrónicas, las sociedades fiduciarias, y en general, todas las compañías del sector financiero, se sientan con el derecho a exigir cobros de honorarios por gestiones judiciales inexistentes, a fin de eludir el pago directo a las firmas de abogados contratadas por ellos mediante el sistema de prestación de servicios profesionales. El usuario del sector financiero no debe pagar por un trabajo que no se ha hecho; es decir, que el fideicomitente no debe asumir gastos por gestiones relativas al cobro prejudicial; si ya se efectuó, quien efectuó el pago tiene derecho a solicitar la devolución del pago, así como a instaurar las acciones judiciales que considere pertinentes, verbigracia, proceso ordinario por daños y perjuicios o por enriquecimiento sin justa causa⁶³, e inclusive por abuso del derecho, y en el

⁶³ El **enriquecimiento sin causa** se presenta cuando el patrimonio de una persona se transfiere a otro individuo sin existir una causa jurídica que justifique ese traspaso. Para que exista el enriquecimiento sin causa es necesario que se presenten los siguientes requisitos: Enriquecimiento del demandado. Se puede producir por un aumento del activo o por una

proceso ordinario está legitimado en la causa por activa para solicitar medidas cautelares innominadas y/o medida cautelar de inscripción de la demanda sobre los bienes de la sociedad fiduciaria. Todo lo anterior, al margen de las acciones administrativas ante la Superintendencia Financiera; igualmente, no hay valladares de orden legal para que solicite directamente la declaratoria de nulidad de dichas cláusulas y solicite en el acápite de pretensiones de la demanda, el pago de los perjuicios ocasionados, previamente estimados bajo la gravedad de juramento en el libelo de la demanda. De todas maneras, no sólo es ilógico, sino que también constituye una afrenta legal exigirle al fideicomitente el pago de honorarios por gestiones jurídicas que no se han realizado.

2.7 UNILATERALIDAD DEL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD CONTRACTUAL

Además de todas las cláusulas que hasta aquí se han examinado, hallamos las concernientes a la confidencialidad de la información sobre el negocio fiduciario y demás aspectos anexos a éste. La confidencialidad *per se* no constituye una

disminución del pasivo. El enriquecimiento negativo se da cuando es evitada una disminución del patrimonio. Empobrecimiento del demandante. El empobrecimiento es una pérdida económica apreciable, y puede ser un valor salido del patrimonio, una prestación de servicios, la pérdida de un lucro cierto y positivo. Relación causal entre esos hechos. Debe existir un lazo causal entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del actor. A veces puede darse de manera directa el desplazamiento de valores del patrimonio del actor, o de forma indirecta con otro patrimonio de por medio. Ausencia de causa justificante. Por ejemplo la existencia de un contrato válido elimina la posibilidad de acción. Esta figura jurídica permite que quien resulte empobrecido de esta forma pueda exigir el reintegro de ese empobrecimiento hasta el importe del beneficio que sin título o causa haya experimentado otra persona. (El enriquecimiento sin causa. Disponible en: <http://definicionlegal.blogspot.com/2012/08/enriquecimiento-sin-causa.html>. En el mismo sentido VALENCIA ZEA, 1990; ARRUBLA PAUCAR, 2008; PEÑA NOSSA, 2014).

cláusula abusiva; lo que hace que una cláusula de este raigambre se convierta en tal es el hecho de que se establezca con carácter unilateral, al igual que acontece con las cláusulas penales. Entonces, no es que la estipulación de guardar una debida confidencialidad sobre el negocio jurídico sea por sí misma inconveniente, o que lesione los derechos del usuario y, por ende, del fideicomitente, sino lo que la convierte en tal categoría es que se imponga la obligación en cabeza de una sola de las partes. El hecho de que la sociedad fiduciaria pertenezca al sector financiero y comparta bases de datos e información con las demás compañías del sector financiero no significa que pueda vulnerar la confidencialidad de la relación contractual que tiene con el fideicomitente. Pero infortunadamente lo cierto es que como no se prohíbe a éstas directamente en el contrato, por la obvia razón de que son ellas quienes diseñan y redactan el contrato, el consumidor y usuario, y a su vez, fideicomitente, considera que la prohibición no es para éstas, y que tampoco puede hacer nada al respecto. Hay que desterrar este mito de la práctica empresarial y de negocios fiduciarios en nuestro medio; la obligación es bilateral, es para la sociedad y para la persona natural o jurídica que constituye la fiducia mercantil. Se debe solicitar a la entidad fiduciaria que incluya o adicione en la cláusula respectiva que la responsabilidad es bífrente; es decir, que ella también está obligada a hacerlo. Si se niega a hacerlo el fideicomitente puede solicitar la nulidad de dicha cláusula, o al momento de contestar la demanda y ejercitar su derecho de defensa, de conformidad con lo previsto por el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 y demás normas concordantes del Código General del Proceso, proponerla como excepción, a fin de que el juez la declare en la sentencia. Guardar la confidencialidad significa mantener reservada la información sobre el contenido, alcance y efectos del contrato, sobre los bienes entregados en fiducia y sobre la información financiera y patrimonial del constituyente, así como sobre los términos contractuales y procesales del negocio fiduciario. Mantener la debida confidencialidad en la sociedad de la información del siglo XXI es asunto muy difícil, complejo, pero de obligatoria observancia para potenciales daños a cada una de las partes que

participan en el contrato, y a la larga es una forma de proteger al fideicomitente. De hecho, la confidencialidad no sólo se instituye como una cláusula dentro del texto del contrato, sino también se incluye como un contrato autónomo y anexo al contrato principal. Así, pues, es un grupo de contratos, y además, la política de confidencialidad hace parte de los derroteros señalados en los códigos de buen gobierno corporativo. Y tan importante es el deber de confidencialidad, para ambas partes, que el artículo 2.1.16 de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, cuya última versión es de 2010, estatuye lo siguiente: *“Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”*.

Al respecto explica la doctrina (PRINCIPIOS DE UNIDROIT, 2010, pp. 67-68.<http://unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-s.pdf>):

Precisamente porque no existe un deber general de revelar información, al comenzar las negociaciones para la celebración de un contrato las partes tampoco se encuentran obligadas en principio a mantener la confidencialidad de la información que se hayan intercambiado. Dado que una parte es normalmente libre de decidir cuáles son los hechos pertinentes en una operación y qué revelar durante la negociación, dicha información por lo general debe considerarse como no confidencial, esto

es, como información que la otra parte puede revelar a terceros o usar para sus propios fines si el contrato no se perfecciona.

Una parte puede tener interés en que cierta información no sea divulgada o usada para fines diferentes que los propuestos al ser proporcionada. En la medida que expresamente se declare que tal información debe ser considerada confidencial, queda claro que la otra parte tácitamente se obliga a tratarla como tal. El único problema que puede surgir es que si el período en que no se debe divulgar la información es demasiado largo, la prohibición de divulgarla podría contravenir las leyes que prohíben restricciones a las prácticas comerciales. Aún en ausencia de una manifestación expresa en este sentido, la parte que recibe la información puede encontrarse sujeta a un deber de confidencialidad. Podría presentarse esta situación cuando, en vista a la especial naturaleza de la información o las calificaciones profesionales de las partes, sería contrario al deber de buena fe y lealtad negocial revelar o utilizar dicha información en provecho de la parte que la recibe después de interrumpir las negociaciones.

La violación del deber de confidencialidad entraña en primer lugar responsabilidad por los daños y perjuicios. El monto del resarcimiento puede variar, dependiendo de si las partes pactaron expresamente no revelar la información a terceros. Aún si la parte agraviada no ha sufrido daño alguno, podría reclamar de la otra parte los beneficios que esta última obtuvo al revelar la información a terceros o al usarla para su propio beneficio. En el caso de ser necesario, por ejemplo, la parte perjudicada podría solicitar una medida de no innovar, si la información aún no ha sido revelada o sólo se la ha revelado en parte.

Varias consideraciones surgen aquí en relación con la explicación que nos presenta la doctrina sobre el deber de confidencialidad en el marco de los Principios de UNIDROIT 2010. Veamos: en primer lugar, la sociedad fiduciaria, en cualquiera de las modalidades de negocio fiduciario que se celebre: inversión, administración, garantía, encargo fiduciario, fiducia pública, inmobiliaria, se incluye una cláusula de confidencialidad, pero lastimosamente tan sólo en favor de la entidad fiduciaria, desconociendo, ignorando, que la información también puede ser utilizada por la sociedad fiduciaria en detrimento del fideicomitente y de los beneficiarios, verbigracia, si éste es poseedor de un secreto empresarial (know-how), de acuerdo a lo previsto por el artículo 260 de la Decisión 486 de 2000. Entonces, está bien el acuerdo de confidencialidad, sí, ciertamente hay que proteger la información, máxime si esta representa una ventaja tecnológica en los términos expuestos por MICHAEL PORTER⁶⁴ (*La ventaja competitiva de las naciones*, España, Editorial Plaza & Janés, 1991, p. 79); pero bidimensionalmente; es decir, en ambas direcciones, ya que si el poseedor de la ventaja competitiva de carácter tecnológico (know-how) es la empresa fideicomitente, carece de sentido, porque la parte interesada en blindar dicha información, en velar por la protección del know-how (Cfr. LÓPEZ GUZMÁN, 2002) es el usuario del sector financiero y no la sociedad fiduciaria, ya que ella entra a administrar bienes y tecnología, por lo cual resulta un contrasentido, una antinomia, establecer un acuerdo de confidencialidad en contra de quien sí necesita proteger la información. Por el contrario, es en favor del fideicomitente que se debe estipular una cláusula de este tenor en la hipótesis que se plantea.

⁶⁴ “NUEVAS TECNOLOGÍAS. El cambio tecnológico puede crear nuevas posibilidades para el diseño de un producto, la forma de comercializarlo, producirlo o entregarlo y los servicios auxiliares que se prestan. Es el precursor más corriente de la innovación estratégica. Nacen nuevos sectores cuando el cambio tecnológico hace factible un nuevo producto (...). Es difícil para las empresas inmersas en un antiguo paradigma tecnológico captar el significado de uno nuevo. Y frecuentemente les resulta todavía más difícil darle la debida réplica” (PORTER, 1991, p. 79).

De otra parte, y como se indicó antes, habida cuenta de la complejidad del deber de confidencialidad en el negocio fiduciario, es frecuente que se elabore un contrato independiente y anexo al contrato en mención, el cual contiene, como es obvio, un conjunto de cláusulas adicionales que se entienden asimismo incorporadas al negocio jurídico principal. En todo caso, hay que revisar las circunstancias específicas para cada caso, porque es difícil generalizar. Y, por último, se encuentra otro problema de mayor calado jurídico como es el concerniente a los daños y perjuicios que se puedan ocasionar por el uso indebido de información privilegiada y del know-how en contra del fideicomitente. De todas maneras no se puede descartar que administradores inescrupulosos hagan uso indebido de la información confidencial de la empresa del fideicomitente para explotarla en provecho propio o de un tercero (del know-how y de las nuevas tecnologías de éste, por ejemplo, sobre todo en países desarrollados y en países emergentes). En cualquier caso, amén de la indemnización por daños y perjuicios, también es conveniente evitar el daño, el daño potencial subsistente a que se refiere la moderna teoría de la responsabilidad en el marco de la competencia y la contratación (Cfr. CABANELLAS; GÓMEZ LEYVA, 1998; VELILLA MORENO, 1998).

2.8 LA CLÁUSULA PENAL: SITUACIONES DE ABUSIVIDAD

La cláusula penal tiene como función en el campo contractual la de fijar en forma anticipada los perjuicios que se puedan presentar con el desarrollo y ejecución del contrato. En materia civil, la cláusula penal puede estipularse hasta el doble del valor del contrato, y en materia comercial por el valor o cuantía del contrato, es decir, por la totalidad de éste. Pero las entidades financieras no suelen incurrir en lesión enorme en la cláusula penal, digamos

que no propician esta modalidad de desequilibrio contractual. Sin embargo, sí abusan de la cláusula penal al incluirla en el contrato en forma unilateral, esto es, únicamente en favor de la sociedad fiduciaria y no en cabeza del fideicomitente que suscribe el contrato de fiducia mercantil. Entonces, ante esta situación de abuso en la cláusula penal, se pueden efectuar las mismas críticas y comentarios previamente expuestos, como, por ejemplo, que para declarar su nulidad se debe acudir ante el tribunal de arbitramento o ante el juez competente, que por lo común es el juez civil del circuito, para que la decreten y, en consecuencia, se ordene el pago por los daños y perjuicios causados y se restablezca el equilibrio del contrato. Asimismo, como el contrato de fiducia mercantil es un negocio jurídico de ejecución sucesiva, podrá ser revisado por circunstancias imprevistas que ocurran durante la ejecución del mismo, verbigracia, insolvencia del fideicomitente, entre otros aspectos, y allí se podrá, por ejemplo, modificar el alcance y los efectos de la cláusula penal; es más, adicionar mediante un otros sí al contrato de fiducia mercantil el carácter bidimensional de la cláusula penal, es decir, en favor de ambas partes, eso sí por vía judicial, aunque nada impide que se pueda realizar mediante arreglo directo entre la sociedad fiduciaria y el fideicomitente. En fin, los medios procesales para equilibrar el contrato de fiducia ante esta clase de abusos o de situación de desequilibrio, ya han sido analizados y estudiados en detalle en acápite anteriores, amén de que el fideicomitente puede hacer uso de las medidas cautelares correspondientes, al tenor de lo dispuesto por el artículo 590 del Código General del Proceso (Sobre la cláusula penal, cfr. ARRUBLA PAUCAR, 1998; BONIVENTO FERNÁNDEZ, 2000; PEÑA NOSSA, 2014).

CONCLUSIONES.

En el ámbito del contrato de fiducia mercantil también se estipulan cláusulas de carácter abusivo en detrimento del equilibrio contractual con el usuario del sistema financiero, es decir, de la persona natural o jurídica que está interesada en transferir unos bienes a la sociedad fiduciaria para constituir un patrimonio autónomo, en los términos previstos por el artículo 1226 del Código de Comercio colombiano. Dichas cláusulas están presentes en todas las modalidades de fiducia mercantil, verbigracia, fiducia de inversión, inmobiliaria, de administración, encargo fiduciario y fiducia pública. El abuso del derecho en el clausulado abarca desde la cláusula penal, pasando por la responsabilidad de las partes, hasta la renovación del contrato y la confidencialidad de éste, entre muchas otras que las sociedades fiduciarias consignan en los contratos.

Al revisar los modelos de contrato de fiducia mercantil de varias entidades, verbigracia de FIDUCOLOMBIA, FIDUCIARIA LA PREVISORA, FIDUCIARIA POPULAR, FIDUCIARIA COLPATRIA, entre otras, se hicieron los siguientes hallazgos: los negocios fiduciarios, o el modelo de éstos que por lo general emplean las sociedades fiduciarias, tienen un denominador común: están plagados de cláusulas abusivas. Aparte de que se presentan demasiados abusos en contra del usuario financiero, no obstante la preexistencia de mecanismos legales para contrarrestar esta clase de desequilibrios contractuales que van en detrimento de la parte más débil en la relación contractual. Lo cierto, en todo caso, es que se suelen incluir las mismas cláusulas abusivas en los modelos de contrato de las distintas compañías fiduciarias que ofrecen sus servicios en el mercado nacional, al igual que en el comercio internacional.

Las cláusulas abusivas más frecuentes que están contenidas en los modelos de contrato de fiducia examinados, son la siguientes: cláusulas abusivas en materia de resolución de conflictos, las escalonadas, por ejemplo, donde se le exige al fideicomitente, que en caso de conflicto con la sociedad fiduciaria, está obligado a agotar varios métodos de solución de controversias, perjudicando u obstruyendo el libre acceso a la administración de justicia, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 229 de la Constitución Política de 1991 y en contravía de los principios del Estado Social de Derecho. Además de lo anterior, encontramos cláusulas de resolución de conflictos que someten al fideicomitente a una ley y a una jurisdicción ajenas al domicilio principal donde el fideicomitente, y en general, el comerciante y el empresario, desarrollan sus actividades económicas, en tratándose de fiducias mercantiles de carácter internacional (Cfr, MUÑIZ ARGÜELLES, 2006). Entre tanto, el hecho de tener que someterse *ab initio* a la jurisdicción arbitral resulta, en cierta forma, incómodo para el empresario que transfiere unos bienes en fiducia mercantil, habida cuenta que este tipo de justicia no es gratuita, a diferencia de la jurisdicción ordinaria; y de otra parte, el arbitraje social es inaplicable a este tipo de contratos en términos generales, por la cuantía del negocio, y la figura del amparo de pobreza tiene ciertas restricciones.

También se pueden mencionar cláusulas relativas a la renovación automática del contrato, al deber de confidencialidad, y a la pena o multa que se consigna en el texto del contrato. Ésta última porque se suele incluir en forma unilateral, esto es, tan sólo en favor de la sociedad fiduciaria, obviando que el fideicomitente también se puede ver perjudicado por las conductas de la sociedad fiduciaria. Asimismo, hallamos cláusulas abusivas relativas al uso de la información, esto es, a que la información suministrada satisfaga los requisitos que se puntualizan en el artículo 23 de la ley 1480 de 2011, más conocido como Estatuto del Consumidor. Como se explicó oportunamente, la información debe ser veraz, completa, precisa, entre otros. El desconocimiento

o la vulneración de este principio transgrede el derecho a la igualdad y se pueden instaurar las acciones judiciales correspondientes contra los administradores y gerentes que, abusando de su condición en el contrato, no suministran en forma adecuada la información sobre el negocio fiduciario o, en su defecto, que accediendo a información privilegiada, y desconociendo las prohibiciones legales establecidas en la Decisión 486 de 2000 sobre propiedad industrial, la utilizan en su propio beneficio o de terceros, y como es lógico, en perjuicio del fideicomitente, violando incluso el know-how empresarial.

Los mecanismos legales para contrarrestar estas cláusulas abusivas en los negocios fiduciarios son los que se mencionaron a lo largo de la investigación: acciones civiles contra la compañía fiduciaria, acciones administrativas ante la Superintendencia Financiera, acciones penales en los casos en que haya lugar a ello, acciones contra los administradores mediante el proceso verbal, de conformidad con lo estatuido por la ley 222 de 1995 y las normas de buen gobierno corporativo a que se refieren, entre otras disposiciones, la ley 964 de 2005. Asimismo, acciones constitucionales tales como la acción de tutela cuando no exista otro medio judicial para efectuar la reclamación judicial y restablecer el equilibrio del contrato; acciones administrativas ante la Superintendencia de Industria y Comercio, acciones civiles ante los tribunales de arbitramento pactados entre las partes mediante convenio arbitral, entre otras, y en todos los casos con la respectiva indemnización de perjuicios a que haya lugar en favor de la parte débil en la relación contractual.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALMONACID Sierra, Juan Jorge Y García Lozada, Nelson Gerardo (1998): Derecho de la competencia, Bogotá, Legis Ediciones.
2. ALZATE Gómez, Juan Diego (2015): INCOTERMS 2010. Documento de Internet.
3. ANGULO Cifuentes, Ivonne Andrea (2006): El abuso del derecho y la responsabilidad extracontractual. Chile. Universidad Austral de Chile.
4. ARÉVALO Reyes, Héctor Darío (2012): Arbitraje. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley.
5. ARRUBLA Paucar, Jaime Alberto (1998): Contratos mercantiles. Medellín. Editorial Diké.
6. AUTORES VARIOS: Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral, La Coruña (España), Editorial Netbiblo, 2008.
7. BARBIER, Eduardo (1998): Mecanismos de solución de conflictos para la defensa del consumidor, en AAA. VV. Política y derecho del consumo. Bogotá. Bibliotheca Millenio. El Navegante Editores.
8. BARONA Vilar, Silvia; Esplugues Mota, Carlos y Hernández Martí, Juan (1999): Contratación internacional. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
9. BARRIOS REINA, JUAN PABLO: La fiducia mercantil como vehículo de integración empresarial, en la Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes, N° 51, Bogotá, 2014.

10. BENÍTEZ Caorci, Juan José (2002): La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas. Bogotá. Editorial Temis.
11. BERMAN, Harol J (1996): La formación de la tradición jurídica de Occidente. México. Fondo de Cultura Económica.
12. BIANCA, Massimo (2007): Derecho civil. Tomo 3. El contrato. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
13. BONIVENTO Fernández, José Alejandro (2014): Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional.
14. BORDA, Alejandro (2001): “La evolución de los derechos del consumidor en la legislación argentina”, en AA. VV., Contratación contemporánea. Contratos modernos. Derecho del consumidor. Vol. 2. Bogotá – Lima. Editorial Temis – Editorial Palestra.
15. CABANELLAS de las Cuevas, Guillermo (2007): Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia. Buenos Aires. Editorial Heliasta.
16. CAIVANO, Roque J (2011): “Las cláusulas <<escalonadas>> e resolución de conflictos (negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje)”, en Carlos Alberto Soto Coaguilla (Dir.), Tratado de derecho arbitral. Tomo I. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez.
17. CAMPILLO Velásquez, Claudia (2012): “La discusión contractual: de la autonomía a la adhesión”, en la Revista Foro del Jurista, Estatuto del Consumidor. Una mirada a la ley 1480 de 2011. Cámara de Comercio de Medellín.

18. CANOSA USERA, RAÚL (2008): Marco constitucional de la protección de los consumidores y usuarios, en AA.VV., Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral, La Coruña (España), Editorial Netbiblo.
19. CÁRDENAS Mejía, Juan Pablo (2007): “Justicia y abuso contractual”, en AA. VV. Los contratos en el derecho privado. Bogotá. Universidad del Rosario. Legis Ediciones.
20. CARRANZA ÁLVAREZ, CÉSAR: Sobre las cláusulas abusivas: a propósito de la ley complementaria del sistema de protección al consumidor de Perú <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3233889>
21. CASTILLO, Claudia Marcela (2012): Particularidades del nuevo Estatuto del Consumidor. Ley 1480 de 2011. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana.
22. Código Civil colombiano.
23. Código de Comercio colombiano.
24. Código General del Proceso.
25. Constitución Política de 1991.
26. CRIADO - Castilla, Juan Felipe (2015): Juicio de abusividad en los contratos de consumo, en la Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes N° 53.

- 27.DAVID, René y Jauffret-Spinosi, Camille (2010): Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. México. Universidad Nacional Autónoma de México. Centro Mexicano de Derecho Uniforme y Facultad Libre de Derecho de Monterrey.
- 28.DÍEZ - Picazo y Ponce de León, Luis (1993) Teoría del contrato. Fundamentos del derecho civil patrimonial. 4ª ed. Madrid. Editorial Civitas.
- 29.ECHEVERRI Salazar, Verónica María (2012): “Algunos fundamentos para la protección del consumidor”, en la Revista Foro del Jurista. Estatuto del Consumidor. Una mirada a la ley 1480 de 2011. Cámara de Comercio de Medellín.
- 30.FARIA, José Eduardo: El derecho en la economía globalizada, Madrid. Editorial Trotta. 2001.
- 31.FARINA, Juan M (1999): Contratos comerciales modernos. Buenos Aires. Editorial Astrea.
- 32.FERNÁNDEZ de la Gándara, Luis y Calvo Caravaca, Alfonso Luis (1995): Derecho mercantil internacional. Bogotá. Editorial Tecnos.
- 33.FIDUCIARIA COLPATRIA. Modelo de contrato.
- 34.FIDUCOLOMBIA. Modelo de contrato.
- 35.FIDUCIARIA LA PREVISORA. Modelo de contrato.

36. FRATTI DE VEGA, KARLA MARÍA: El derecho de consumo en el salvador, disponible en:
<http://www.redicces.org.sv/jspui/bitstream/10972/738/1/El%20Derecho%20de%20Consumo%20en%20El%20Salvador.pdf>
37. GARAPÓN, Antoine y Papadopoulos, Ioannis (2009): Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law. Bogotá. Legis Ediciones.
38. GARCÍA Canclini, Néstor (1995): Consumidores y ciudadanos. Conflictos multiculturales de la globalización. México. Editorial Grijalbo.
39. GHERSI, Carlos Alberto (1998): Eficacia o eficiencia en los productos y servicios, en AA.VV. Política y derecho del consumo. Bogotá. Bibliotheca Millenio. El Navegante Editores.
40. GIL Echeverry, Jorge Hernán (2007): Teoría de la ineficacia. Bogotá. Cámara de Comercio de Bogotá.
41. GIL Echeverry, Jorge Hernán (2013): Régimen arbitral colombiano. Ley 1563 de 2012. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez.
42. GIL Echeverry, Jorge Hernán (2015): La especial responsabilidad del administrador societario. Bogotá. Legis Ediciones.
43. GIRALDO, ALEJANDRO: el estado de situación de la protección al consumidor en el ámbito nacional y comunitario: una propuesta de decisión 1989-2002, en la BIBLIOTECA DIGITAL ANDINA, Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/BDA/docs/CAN-PAS-0003.pdf>

44. GRACIA, Orlando y Zuleta, Hernando (2007): Tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos: ¿Qué impacto puede tener en Colombia?. Bogotá. Facultad de Economía. Universidad del Rosario.
45. GUAL Acosta, José Manuel (2008): Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez.
46. GUAL Acosta, José Manuel (2009): El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución. En: Revista IUSTA N° 30. Universidad Santo Tomás. Facultad de Derecho. Enero – junio de 2009.
47. GUIDO Alpa (2004): Las nuevas fronteras del derecho contractual, en AA.VV., Estudios sobre el contrato en general. Lima. ARA Editores.
48. GUTIÉRREZ Camacho, Walter (2001): Los contratos atípicos, en AA.VV., Contratación contemporánea. Contratos Modernos. Derecho del Consumidor. Bogotá. Editorial Temis. Lima. Editorial Palestra.
49. HILL, Charles (2001): Negocios internacionales. Competencia en un mercado global. México. Editorial McGraw-Hill.
50. HURTADO Ortiz, Luisa Fernanda (2011): Derechos del consumidor en las cláusulas contractuales del servicio de telefonía móvil en los planes post-pago para persona natural de las empresas de comunicación celular S. A.
51. IBÁÑEZ Nájar (1998): Los derechos de los consumidores y usuarios, en AA. VV., Política y derecho del consumo. Bogotá. Bibliotheca Millenio. Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores.

52. KAUFMANN, Arthur (1997): Filosofía del derecho. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
53. KOZOLCHYK, Boris (2006): La contratación comercial en el derecho comparado. Madrid. Editorial Dykinson.
54. LARROUMET, Christian (1998): La protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estipuladas en los contratos en derecho comunitario europeo y en derecho francés, en AA. VV. Política y Derecho del Consumo. Bogotá. Bibliotheca Millenio. Colección Derecho Económico y de los Negocios. El Navegante Editores.
55. LEGUIZAMÓN Acosta, William (2000): Derecho económico constitucional. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
56. Ley 1480 de 2011. Estatuto del Consumidor.
57. LIZARAZO Vaca, Nulidad o ineficacia de las cláusulas abusivas en el estatuto del consumidor, Ponencia presentada en el Segundo encuentro de Autoridades Jurisdiccionales en Materia de Competencia Desleal y Derechos de Propiedad Industrial
58. LÓPEZ Blanco, Hernán Fabio (2012): Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Bogotá. Editorial Dupré.
59. LÓPEZ Cabana, Roberto M (2001): Los contratos de consumo en el derecho argentino-peruano, en AA.VV. Contratación contemporánea. Contratos modernos. Derecho del consumidor. Vol. 2. Bogotá. Editorial Temis. Lima. Editorial Palestra.

60. LÓPEZ Guzmán, Fabián (2002): Contratos internacionales de transferencia de tecnología. El know how. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
61. LÓPEZ Guzmán, Fabián (2007): Introducción al derecho mercantil. Bogotá. Editorial Temis.
62. LÓPEZ Guzmán, Fabián (2008): El contrato de franquicia internacional. Un modelo estratégico empresarial. 2ª ed. Bogotá. Editorial Temis.
63. LÓPEZ Guzmán, Fabián y Morgestein Sánchez, Wilson Iván (2009): La unificación del régimen jurídico de la formación del contrato de compraventa en Colombia, en la Revista Vniversitas N° 118. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana.
64. LÓPEZ Guzmán, Fabián (2012): La sociedad por acciones simplificada SAS. Un modelo estratégico empresarial. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley.
65. LÓPEZ Medina, Diego Eduardo (2004): Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá. Universidad de los Andes. Universidad Nacional de Colombia y Legis Ediciones.
66. LÓPEZ Santos, Óscar (1998): Las organizaciones públicas de defensa del consumidor en España, en AA.VV., Política y derecho del consumo. Bogotá. Bibliotheca Millenio. El Navegante Editores.
67. MANTILLA Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco (2007): Los contratos en el derecho privado. Bogotá. Universidad del Rosario.

68. MANZANO Chaves, Liliana (2008): Defensa del consumidor. Análisis Comparado de los casos de Argentina, Brasil, Chile y Uruguay, en Análisis y Propuestas. Consumidores y ciudadanos. Chile. FRIEDRICH EBERT STIFTUNG.
69. MÁRQUEZ GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO (1989): La ineficacia de los contratos. México. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
70. MEDINA Vergara, Jairo (2008): Derecho comercial. Parte General. Bogotá. Editorial Temis.
71. MIRANDA Londoño, Alfonso (1992): Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados, disponible en: file:///C:/Users/Downloads/1699-5817-1-PB%20(1).pdf
72. MONTIEL Fuentes, Carlos Mario (2009): Acercamiento al concepto de grupos empresariales: concurrencia de elementos para su existencia, Vol. 8. Num. 1. en la Revista e-mercatoria. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
73. MORALES Alzate, John Jairo (2011): Derecho constitucional económico. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley.
74. MUÑIZ Argüelles, Luis (2006): Las cláusulas modificativas de responsabilidad contractual. Bogotá. Editorial Temis.
75. MÚRTULA Lafuente, Virginia (2012): La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos. Madrid. Editorial Reus.

- 76.OLADE – Organización Latinoamericana de Energía (2010): Contratos de exploración y explotación de hidrocarburos. América del Sur. 2009.
- 77.OSPINA Fernández, Guillermo (2009): Obligaciones. Bogotá. Editorial Temis.
- 78.PANCORBO LÓPEZ, MANUEL LUIS: Las costumbres y los usos bancarios, como fuentes del derecho: su concreción en materia de protección de la clientela bancaria, Tesis Doctoral Universidad de Granada, 2005.
- 79.PARRA Rodríguez, Carmen (2002): El nuevo derecho internacional de los contratos. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- 80.PEÑA Nossa, Lisandro (2014): De los contratos mercantiles. Bogotá. Ecoe Ediciones.
81. PÉREZ FORERO, ANDREA CAROLINA: Cláusulas abusivas y su regulación a la luz de la ley 1480 de 2011: ¿Compatibilidad o dicotomía?, disponible en: [file:///C:/Users/Downloads/Dialnet-ClausulasAbusivasYSuRegulacionALaLuzDeLaLey1480De2-4723138%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Downloads/Dialnet-ClausulasAbusivasYSuRegulacionALaLuzDeLaLey1480De2-4723138%20(1).pdf)
- 82.PÉREZ FRANCISCA: mecanismos de control de cláusulas abusivas, disponible en: <http://derechoyconsumo.udp.cl/wp-content/uploads/2014/11/Mecanismos-de-control-de-cl%C3%A1usulas-abusivas-y-sello-sernac.pdf>
- 83.POSADA Torres, Camilo (2014): El equilibrio contractual en los contratos de adhesión. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez.

84. PORTER, Michael (1991): La ventaja competitiva de las naciones. España. Editorial Plaza & Janés.
85. POSNER, Richard A (2000): Análisis económico del derecho. México. Fondo de Cultura Económica.
86. PRINCIPIOS UNIDROIT. 2010.
87. RAVASSA Moreno, Gerardo José (1990): Historia del comercio y del derecho mercantil. Bogotá. Ediciones USTA.
88. RAVASSA Moreno, Gerardo José: (2004): Derecho mercantil internacional. 2ª ed. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley.
89. RAVASSA Moreno, Gerardo José (2006): Títulos valores nacionales e internacionales. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley.
90. RENGIFO García (2002): Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
91. REYES Villamizar, Francisco (2013): SAS. La sociedad por acciones simplificada. Bogotá. Legis Ediciones.
92. RODRÍGUEZ Azuero, Sergio (2002): Contratos bancarios. Su significación en América Latina. Bogotá. Legis Ediciones.
93. RODRÍGUEZ Azuero, Segio (2008): Negocios fiduciarios. Bogotá. Legis Ediciones.

94. RODRÍGUEZ, Mónica Sofía (2011): El principio de la autonomía de la voluntad y el derecho internacional privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur. en la Revista Científica de UCES. Vol XV. N° 1. 2011.
95. RODRÍGUEZ Espitia, Juan José (2007): nuevo régimen de insolvencia empresarial. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
96. RODRÍGUEZ, Fernández, Maximiliano (2009): Los nuevos términos comerciales internacionales -incoterms- (versión 2010) y su aplicación en el derecho colombiano. Vol. 9, Num. 2. en la Revista e-mercatoria de la Universidad Externado de Colombia.
97. RODRÍGUEZ Yong (2013): Una aproximación a las cláusulas abusivas. Bogotá. Universidad del Rosario. Legis Ediciones.
98. RODRÍGUEZ - Arias Bustamante, Lino (2009): El abuso del derecho, en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
99. SANDOVAL SHAIK, DARÍO A: Las condiciones generales del contrato de seguro y su control interno e internacional. Tesis Doctoral de la Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 2013.
100. SANTOS, Boaventura de Sousa (1999): La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. trad. De César Rodríguez. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia – ILSA.
101. SILVA Romero, Eduardo y Mantilla Espinosa, Fabricio (2005): El contrato de arbitraje. Bogotá. Legis Ediciones.

102. SILVA Ruiz, Pedro F (2001): “Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales (condiciones generales de los contratos o de la contratación y la cláusulas abusivas), en AA. VV. Contratación contemporánea. Contratos modernos. Derecho del consumidor. Tomo 2. Bogotá – Lima. Editorial Temis – Editorial Palestra.
103. STIGLITZ, RUBÉN S: Contrato de consumo y cláusulas abusivas, disponible en:
http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_revistaContexto/Contexto/Archivo/Contexto%204/RubenStiglitz.pdf
104. SUESCÚN Melo, Jorge (1996): Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Vol. 1. Bogotá. Cámara de Comercio de Bogotá.
105. SUESCÚN De Roa, Felipe (2009): Control judicial de la cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad, en la Revista de Derecho Privado. num. 41. Bogotá. Universidad de los Andes.
106. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Doctrinas y conceptos.
107. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Doctrinas y conceptos.
108. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Doctrinas y conceptos.
109. TAMAYO Jaramillo, Javier (1999): De la responsabilidad civil. Tomos 1 y 2. Bogotá. Editorial Temis.

110. TAMAYO Lombana, Alberto (1990): Obligaciones. Bogotá. Editorial Temis.
111. TRIMBOLI, Juan (1998): El movimiento de consumidores: avances y desafíos en el marco de la globalización, en AA.VV. Política y derecho del consumo. Bogotá. Biblioteca Millenio. El Navegante Editores.
112. V. BENJAMIN, Antonio Hernán (1998): El código brasileño de protección al consumidor, en AA.VV. Política y derecho del consumo. Bogotá. Biblioteca Millenio. El Navegante Editores.
113. VALENCIA ZEA, Arturo (1990): Derecho civil. Obligaciones. Bogotá. Editorial Temis.
114. VELILLA MORENO, MARCO ANTONIO (1998): La evolución de la teoría general de los contratos y el derecho del consumidor, en AA.VV., Política y derecho del consumo, Bogotá. Bibliotheca Millenio. Colección de Derecho Económico y de los Negocios. El Navegante Editores.
115. VELILLA Moreno, Marco Antonio (2001): Introducción al derecho de los negocios. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
116. VERA Megue, Yuri (2001): “El derecho del consumidor y la contratación contemporánea. Consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo”, en AA.VV., Contratación contemporánea. Contratos modernos. Derecho del Consumidor. Tomo 2. Bogotá – Lima. Editorial Temis – Editorial Palestra.

117. VILLAROEL Barrientos, Carlos y Villaroel Barrientos Gabriel (1990): Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales. en la Revista Chilena de Derecho. Vol. 17. Num. 2. p. 354.
118. VILLCA POZO, MILENKA: Aspectos jurídico-tributarios del fideicomiso. Especial atención a los países de la comunidad Andina, Tesis Doctoral de la Universidad Rovira I Virgili, 2012.