

I. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS CON CONDICIONES GENERALES EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO*

MARÍA ALEJANDRA LACAYO ARANA
mlac20@hotmail.com

*El presente artículo es producto del trabajo de investigación realizado en el marco del Proyecto “El régimen de Contratación con condiciones generales a la luz del Estatuto del Consumidor colombiano y la protección contra cláusulas abusivas”, que se adelanta dentro del Grupo “Economía Derechos y Globalización” del Departamento de Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Ciencias Sociales de la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano.

Resumen. La autonomía de la voluntad es uno de los principios rectores del derecho privado colombiano, pensada para unas relaciones entre particulares, negociando de igual a igual y estableciendo de mutuo acuerdo el contenido contractual en el que queda plasmada la voluntad de todas las partes contratantes. En los contratos con condiciones generales, el consentimiento se perfecciona de tal modo que una parte redacta y la otra se adhiere a unas estipulaciones preestablecidas por su contraparte, no quedándole más que aceptar o rechazar sin posibilidad de negociación alguna. ¿Es esto autonomía? ¿Es esto libertad contractual? El ejercicio de la autonomía de la voluntad quedará reducido a la facultad para decidir si contratar o no contratar, pero no, para incorporar el contenido regulatorio del contrato. Los límites en este sentido vienen dados por la particular forma de perfección del contrato mismo, incorporando criterios del derecho común como el de buena fe, mediante disposiciones que en el contrato negociado no tendrían cabida.

1. Introducción

En el derecho como en la vida, cada cosa que se hace involucra la autonomía, incluso el hecho de someternos a cosas que no queremos; es uno mismo en su individualidad quien decide si hace algo o no lo hace con las consecuencias propias de tal decisión. En la órbita de lo jurídico, las decisiones de acatar o no acatar ciertas normas de imperativo cumplimiento traerán también sus propias consecuencias y según sean, por el ejercicio de nuestra propia autonomía estaremos incluso llegando a perder la libertad.

El libre albedrío se dice en un lenguaje más trascendental, más místico, es ese con el que nacemos, que nos fue dado por un ser supremo y en cuyo ejercicio debemos asumir las consecuencias de nuestros actos, esperando un cielo o un infierno según sea nuestro proceder en el paso por la vida terrena.

En derecho, el concepto no difiere mucho, pues es la potestad reconocida o dada por el Ordenamiento para la autodeterminación de los intereses particulares, es decir, un ente superior nos concede o nos reconoce la potestad para disponer de nuestros propios intereses, sabiendo que si no lo hacemos bien o si no ejercemos la autonomía de forma responsable –y sobre este concepto quiero llamar la atención más adelante- nos enfrentamos a determinadas consecuencias.

El principio de autonomía de la voluntad privada es el poder reconocido por el ordenamiento, de autodeterminación de las personas. La facultad para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares, siempre que se respete, la ley, el orden público y las buenas costumbres. (C 1194/08)

La autonomía de la voluntad, tal y como se conoce hoy en día, queda plasmada en los principios jurídicos del sistema liberal individualista, según el cual, las partes son los mejores garantes de sus propios intereses y el libre juego de las fuerzas económicas produce siempre lo mejor para los particulares. Es bajo este supuesto que los legisladores decimonónicos dieron a la mayoría de sus normas contractuales el carácter de derecho meramente dispositivo.

Es el reino del *laissez faire, laissez passer*, el principio rector de toda la actividad económica y se considera que la autonomía de la voluntad privada es el medio más efectivo para el establecimiento de relaciones jurídicas útiles y justas, reconociendo la plena eficacia jurídica a los actos y declaraciones que se realizan en la vida privada.

El sistema jurídico colombiano y particularmente lo atinente al derecho privado, y más particularmente, el derecho de contratos, como en el resto de los países de su entorno, nace inspirado en el sistema francés y recibe el legado de los principios allí consagrados: el individualismo, el li-

beralismo clásico, la autonomía de la voluntad¹, lo que se ha visto reflejado en la línea jurisprudencial que han seguido las distintas cortes.

Así por ejemplo, la Sentencia 1807-2015 aduce que “En virtud del postulado de la autonomía de la voluntad, pueden los particulares, siempre que no violen los límites del orden público, elegir las formas que consideren pertinentes para llevar a cabo sus designios”. Por su parte la Sentencia C-993/2006 menciona que:

La garantía de las libertades del individuo es uno de los pilares de un Estado Social de Derecho (...) Dicha libertad se traduce en la facultad de aquel para autoregular su conducta en la vida social, reconocida por el ordenamiento jurídico, con sujeción a los límites impuestos por este, y que se denomina autonomía privada.

Y la Sentencia C-660-96 en igual sentido:

La segunda garantía constitucional en la cual se fundamentan las facultades del testador es la autonomía privada de la voluntad y aunque no existe una norma constitucional que la contemple en forma específica, ella se deduce de los artículos que consagran la libertad y el libre desarrollo de la personalidad.

Por su parte, la Constitución Política colombiana consagra la autonomía de la voluntad. No lo hace explícitamente, pero sí mediante la garantía de las libertades del individuo, y así aparecen normas constitucionales que son garantes del ejercicio de la autonomía privada como las del

1. Alterini (2007) trae para nosotros un análisis que hizo Berthiau concluyendo que el sentido que debe dársele al postulado de eficacia normativa de los contratos, es más bien un principio de respeto que deben las partes a las convenciones mutuas como lo harían con una ley “a condición de que el procedimiento legal de formación del contrato haya sido a su vez respetado” y continúa: “lo cual es distinto que predicar que la voluntad tiene por sí misma aptitud para generar el contrato en los alcances que las partes decidan (...) la expresión hace referencia al procedimiento de formación del contrato” y siempre ha estado el principio de Autonomía de la Voluntad sujeto a las normas indisponibles o de orden público.

artículo 16: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que le imponen el derecho de los demás y el orden público”, y sabemos que no hay más orden público que el derecho imperativo. El artículo 13 por su parte, preceptúa que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley (...) gozarán de las mismas libertades (...), el artículo 14 consagra el derecho a la personalidad jurídica, el artículo 38 el derecho a la libre asociación y el artículo 42 el derecho a unirse en matrimonio.

En derecho privado no podría entenderse la autonomía de la voluntad sino a la luz del artículo 1495 del Código Civil, que la consagra como una de las fuentes de las obligaciones, y del postulado de la normatividad de los actos jurídicos establecido en el artículo 1602, que ubica al contrato en la categoría de norma, tal como aquella que emana del órgano legislativo, en cuanto obliga a las partes intervinientes a cumplir con aquello declarado como si tuvieran que cumplir con una ley emanada del Estado, y así mismo da a la voluntad la potestad de declarar la invalidez de eso declarado. Es decir, el nacimiento y la extinción de las obligaciones contractuales depende del concurso real de las voluntades -cuando no de la ley- cuya declaración manifiesta se convierte en ley para las partes.

Así se configura la llamada libertad contractual, hija legítima de la autonomía de la voluntad, en cuyo ejercicio las personas se atan a determinadas acciones. En este sentido, libertad no es tanto para ser libre como para dejar de serlo y obligarse mediante vínculos jurídicos que emanan de la propia libertad². Yo soy libre para dejar de ser libre obligándome frente a otros mediante la celebración de actos jurídicos (Díez- Picazo, Roca Trias, & Morales, 2002) y es de interés público que los hombres puedan contratar libremente y que los contratos que hayan celebrado puedan ser ejecutados sin trabas (Alterini, 2007).

2. Recordemos aquella regla del derecho romano “el que es libre para querer, lo es también para no querer”.

Así pues, la libertad contractual se materializa en la libertad de contratar o no contratar, de elegir mi contraparte en un contrato, pero además, en la libertad para establecer el contenido del contrato, la regla negocial, ese conjunto de deberes, derechos y obligaciones que las partes según sus propios intereses estimen convenientes.

Los principios del Derecho Europeo de contratos, consagran en su artículo 1.102 la libertad de contratación como uno de los principios fundamentales del derecho contractual: “las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar el contenido del mismo, siempre que se observen las exigencias de la buena fe y de la lealtad y las reglas imperativas establecidas en estos principios”; adicionalmente, permite a las partes, en el ejercicio de esa libertad, excluir la aplicación, derogar o modificar cualquier principio o efecto del principio cuando no se disponga lo contrario, establece como límites al ejercicio de esta libertad contractual, la buena fe y las normas de derecho imperativo.

De igual manera, los principios de UNIDROIT, establecen como principio básico la libertad de contratación en el comercio internacional, en el sentido del derecho de las personas a decidir libremente a quien ofrecerle sus bienes y servicios y de quien adquirir esos bienes, así como la posibilidad de acordar libremente los términos y condiciones de los acuerdos, su regla negocial, con excepción de aquellos sectores de la economía en los que el Estado debe intervenir en atención a la protección de intereses superiores, como es el caso de los servicios públicos domiciliarios. Establece como límites a esta libertad, aquellos que dentro de los mismos principios del derecho nacional de cada uno de los países, se consideran de derecho imperativo.

En la forma, la libertad contractual se traduce en el hecho de que, en principio, las personas pueden expresar su voluntad de contratar como a bien tengan –lo cual implica que solo se requerirán formalidades cuando

la ley lo exija-, y en el fondo, en que las personas tienen la libertad de contratar o no hacerlo y en caso de que decidan concluir un contrato, lo pueden hacer como a bien tengan. (Cárdenas Mejía, 1999)

Pero debe tenerse en cuenta que la delimitación del contenido del contrato debe hacerse considerando no solo aquellas normas de tipo dispositivo, sino también la existencia de aquellas de derecho imperativo que son de ineludible cumplimiento, sobre las cuales, aun tratándose de la órbita del derecho privado, no cabe la libre disposición de las partes y sobre las que se establecen los llamados límites a la autonomía de la voluntad por tratarse de normas que protegen un interés general.

La idea de autonomía, según Ihering (citado por Alterini, 2007), estuvo “en la base del derecho privado antiguo, en el cual la *lex pública* no aporta restricciones al dominio de la legislación privada sino allí donde el interés de todos lo exige imperiosamente”.

En este orden de ideas, encontramos lo que la doctrina ha definido como limitaciones que son aquellas restricciones de tipo formal por las que las partes, por ejemplo, no pueden disponer algunos aspectos formales de la declaración de voluntad, como el nombre que le quieran dar al contrato, en cuanto faltan algunos elementos esenciales de tipo específico sin los cuales por más que se empeñen en definirlo como un tipo contractual nacerá como otro tipo contractual, así la compraventa no será compraventa sin un precio cierto y en dinero. Los límites en cambio constituyen la frontera de tipo sustancial, el techo hasta donde pueden llegar las partes y que les son impuestos por la ley para el ejercicio de la autonomía.

Hasta dónde les permite el ordenamiento disponer de sus intereses particulares sin que se vean afectados aquellos intereses considerados previamente como de orden público o bien común, y que puede ser interpretado de diversas formas, como bien social, o como protección de la mayor cantidad posible de intereses con el menor sacrificio (Cárdenas Mejía, 1999),

son las normas, desde la constitución hasta aquellas leyes especiales de los contratos que subordinan la iniciativa privada al bien común; ejemplo de esto es el límite que impone el derecho colombiano a la libre disposición de sus bienes de un testador que debe forzosamente respetar los derechos de la descendencia³.

“En este sentido, los límites de la libertad contractual no operan como límites de la libertad de contratar o no contratar, sino más bien como límites de la libertad de determinación del contenido del contrato, así, puede existir contenido contractual” que no haya sido expresamente pactado por las partes pero que se derivan de la buena fe o del derecho imperativo (Díez- Picazo, Roca Trias, & Morales, 2002), o por el contrario, habrá un contenido expresamente pactado y aceptado por las partes, pero cuya perfección de consentimiento será nulo por encontrarse claramente en contradicción con el principio de buena fe o con el derecho imperativo.

La buena fe ha sido consagrada en los ordenamientos jurídicos como uno de los principales límites a la autonomía de la voluntad, y en este sentido, las partes deberán aceptar que su declaración debe entenderse como la otra parte haya podido entenderla conforme la buena fe, esto es, lo que la doctrina ha llamado la interpretación integradora, de modo que del contrato se entiende todo aquello que pueda deducirse de su contexto de modo comprensible para las partes (Larenz, 2002).

En el ordenamiento colombiano, la autonomía se encuentra subordinada al orden público, cuyos principios prevalecerán siempre, en este sentido por ejemplo el artículo 16 CC: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”, o el artículo 1518 que hace consistir el

3. El intercambio de bienes o servicios a través de los contratos, es decir el ejercicio de la libertad contractual será siempre más fácil cuando los derechos individuales que se acuerdan mutuamente se encuentran previamente definidos y no son arbitrarios, que además son derechos reconocidos por las partes incluso cuando estas partes no son iguales en algunas de sus condiciones personales, como las económicas y pueden sin embargo tratar con el otro de igual a igual en determinada transacción (Buchaman, 2009).

objeto ilícito en el hecho prohibido por las leyes, o el que establece que todo contrato es ley para las partes y no puede ser convalidado sino por consentimiento mutuo o causas legales (Ospina Fernández, 2014, pág. 13).

Hay así mismo, distintas manifestaciones de estos límites que se incorporan en el ordenamiento sin aparecer explícitamente como tales, es el caso por ejemplo de las formalidades constitutivas de los actos jurídicos sin las cuales carecen de toda validez, o las normas que establecen los elementos esenciales sin los cuales no hay acto o deviene en otro tipo, así mismo las normas que establecen los efectos jurídicos de un negocio válido, entre otras (Bohórquez Orduz, 2009, pág. 47).

En tal sentido, la Sentencia SC 28 de julio de 2005 menciona que

Cierto que la autonomía de la voluntad continúa siendo uno de los soportes más salientes en la vida contractual de los individuos, pero ha tenido que resistir ciertos ajustes, todo lo más cuando de por medio hay un interés que trasciende la frontera de lo estrictamente privado, casos típicos del precio en el contrato de arrendamiento o en las ventas de mercaderías básicas de un conglomerado, y también cuando él resulta irrisorio o sumamente lesivo para uno de los celebrantes; lo propio sucede con la teoría de la imprevisión, para no citar sino unos cuantos ejemplos. Hay que convenir entonces que no es ya el principio arrollador de otrora.

1.1 Autonomía privada y condiciones generales de la contratación

El derecho privado ha sufrido transformaciones sustanciales importantísimas y que difieren de aquel para el cual fue pensada la autonomía privada, en el que se establecía como una especie de voluntarismo jurídico. En

este orden de ideas, han ido surgiendo límites impuestos por razones políticas, legislativas o incluso económicas, que den respuesta a estas transformaciones socio jurídicas. En consecuencia, se han establecido derechos que no son renunciables ni aun con el consentimiento de las partes, se pone precio a los medicamentos, a los arrendamientos, a los servicios públicos domiciliarios, etc.

El derecho contractual obviamente no ha quedado al margen de estas transformaciones jurídico sociales, en las que hoy se habla de autonomía de la voluntad en un contexto en el que las partes contratantes en una aparente desigualdad negocial⁴, mantienen su libertad contractual pero limitada a contratar o no contratar, más no para determinar el contenido regulatorio de sus contratos, es decir no ejercen dicha autonomía en el establecimiento de los derechos y las obligaciones que regularán dicha relación, ni el alcance de las mismas, como son los llamados contratos de adhesión.

Este tipo de contratación, en cuya proliferación el avance de la tecnología ha contribuido enormemente, da origen de la doctrina de las condiciones generales, que se conciben como ese cuerpo de cláusulas contractuales que se encuentran predispuestas por una de las partes para una pluralidad de contratos y con ello aparece el contrato en masa, cuyo esquema rompe el paradigma del contrato que tenía *in mente* la doctrina tradicional (Díez-Picazo, 1979).

Son innegables las ventajas que supone para la vida moderna y la racionalización del tráfico contractual la utilización de condiciones generales, particularmente cuando se utilizan en transacciones que deben realizarse

4. Mantenemos que la desigualdad no es algo que se encuentre del todo probado, o más bien, mientras haya leyes claras previamente establecidas en las cuales las partes puedan encontrar la protección de sus mutuos acuerdos, esta desigualdad jurídica tiende a desaparecer a pesar de la subsistencia de otro tipo de desigualdades, como la económica. Es lo que hace en sí mismo por ejemplo el control de incorporación al funcionar como garante del consentimiento contractual. Además, como hemos mencionado en otras ocasiones, refiere el profesor Alonso Pérez (2004), que la igualdad contractual estrictamente entendida como igualdad es una utopía, pues incluso desde el código decimonónico se trataba de la burguesía celebrando con la clase obrera.

con celeridad a fin de obtener ciertos beneficios económicos (Lacayo, 2015) y sobre los cuales la negociación de cada una de las cláusulas representaría mayor onerosidad para las partes, no solo para los empresarios, sino incluso para aquellos adherentes que en su calidad de consumidores, deben actuar con diligencia y rapidez para obtener el mayor beneficio posible, tanto tratándose del poder adquisitivo como del mejoramiento de la calidad de vida con los bienes y servicios a los que pueden acceder gracias al ahorro que representa para los proveedores y productores, esta celeridad.

Ahora bien, en este sentido el primer planteamiento jurídico que se hace frente a la utilización de condiciones generales o de cláusulas incorporadas mediante condiciones generales, es el de la causa de la obligatoriedad de estos contratos. Si la causa de las obligaciones contractuales se encuentra en la declaración libre de voluntad, aquella sin la cual no se perfecciona el consentimiento, entonces en los contratos de adhesión no podría hablarse de esa causa, al entender la doctrina que no había declaración de voluntad alguna, pues la declaración de voluntad para una de las partes intervinientes en el contrato, se limitaba a contratar o no contratar, y a veces incluso movidos por un estado de necesidad en el que no existía otra posibilidad que la de contratar y verse sometido a unas condiciones generales de cuya realización no participó.

¿Cuál era entonces el fundamento de validez de esas condiciones generales, al no poder encontrarse en la voluntad de las partes?

Según la tesis normativista, la fuerza vinculante de las condiciones generales se encuentra en una especie de derecho normativo, similar al que se establece como derecho dispositivo y que pasa a formar parte del contrato con o sin la voluntad de las partes (Álvaro, 2002), afirmación que fue muy cuestionada en cuanto a que no existe una superioridad jurídica del predisponente que le haya merecido una delegación del poder normativo, exclusivo de los órganos de control estatal.

Una doctrina, normativista también, pero menos radical, de las condiciones generales, considera que estas son una declaración unilateral de voluntad cuya fuerza vinculante para ambas partes depende de la aceptación de la parte que se adhiere a dicha declaración, aunque tampoco puede hablarse de contrato. Es requisito, para efectos de obligatoriedad de las condiciones generales, la adhesión, pero no puede esta equipararse en ningún sentido al consentimiento propiamente dicho, de hecho, para los doctrinarios defensores de esta postura la adhesión excluye el consentimiento.

La doctrina contractualista por su parte, reconoce que la única vía que faculta a los particulares para normar sus propias relaciones jurídico privadas es el ejercicio de la autonomía mediante las declaraciones libres de voluntad⁵, y solo son vinculantes por y para el contrato en que han sido aceptadas, pues antes de haberlo sido son solo oferta contractual, y una vez es aceptada se perfecciona el consentimiento (García Amigo, 1969). Adhesión se equipara a consentimiento, en cuanto a que por ambas formas, las partes quedan obligadas al cumplimiento del contrato (Martínez Martín, 1996).

El debate surgido sobre la utilización de las condiciones generales en los contratos trajo consigo la llamada “crisis” de la autonomía privada, o lo que muchos doctrinarios han llamado crisis del contrato, en el sentido de decadencia, inoperancia; “el contrato desaparece, perece, otra cosa se coloca en su lugar” dice Savatier, e incluso se llega a hablar de su muerte (Alterini, 2007). Lejos de la verdad, la autonomía de la voluntad nunca antes ha estado más en auge, o si se quiere más protegida, y si de alguna crisis puede hablarse es de la crisis del desgastado término crisis, más cuando vemos como el contrato moderno se reinventa para responder a las demandas de los tiempos y a las exigencias del tráfico contemporáneo (Jaramillo J, 2015).

⁵ En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana en Sentencia C 1194-08, “El principio de autonomía de la voluntad privada ha sido definido como el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres”.

Y esta “crisis” no hace más que reafirmar la supremacía del contrato como el medio por excelencia para la ejercicio de la autonomía de la voluntad, como la herramienta que el ordenamiento pone a disposición de los sujetos para la libre disposición de sus derechos, incluso en el contrato de adhesión, aquel al que una parte se adhiere y que puede contener condiciones particulares –negociadas o no, se establecen particularmente para el contrato en mención- o en el de las condiciones generales que hacen parte del contrato de adhesión y que no siempre se encuentran incorporadas en el contrato, a veces simplemente se refiere a ellas, haciendo la referencia expresa a otro documento o un lugar que en el momento de celebración del contrato no se encuentra a disposición del adherente.

Ahora bien, cabría preguntarse si los límites que tiene el adherente en el ejercicio de su libertad contractual en cuanto a su poder de negociación pueden dar cuenta de una crisis de la autonomía de la voluntad. Los límites a los cuales se encuentra sujeta la autonomía hoy en día, se fundamentan en el respeto y la garantía de la misma y de la protección de los intereses particulares. Una ley que establece cláusulas abusivas, no lo hace en virtud de intervenir en el contenido porque si, sino en función de garantizar que lo pactado en los contratos sea producto de la voluntad de las partes, y como esa voluntad no se puede descubrir en ciertas cláusulas que son predispuestas y que resultan ante el derecho, desequilibradas, el ordenamiento las presume abusivas, para evitar a su vez el abuso del ejercicio de esa autonomía.

Si en el contrato negociado la autonomía de la voluntad encuentra sus límites en el orden público, en el contrato de adhesión –al menos en los contratos de adhesión cuando el adherente es un consumidor- los límites están dados por el control del contenido: que se configura mediante un criterio general por una parte, y por otra, en una lista de cláusulas abusivas.

La doctrina de las cláusulas abusivas en sí misma, constituye un límite a la autonomía de la voluntad, aunque las partes sean libres para es-

tablecer el contenido de sus relaciones contractuales; esta facultad no puede servir para la obtención de un beneficio injustificado mediante la imposición de una cláusula contractual, en tal caso, la figura de las cláusulas abusivas aparece como instrumento idóneo para remediar esto. (Rodríguez Yong, 2013)

2. Protección a la autonomía privada en el derecho de consumo

Esta situación es aún más crítica cuando además de condiciones generales y contratos de adhesión, estas se presentan en contratos celebrados en el ámbito de una relación de consumo. Los consumidores han sido considerados por la doctrina y por la norma la parte débil de la relación contractual, su estado de necesidad los ubica en una posición desventajosa con relación a su contraparte empresaria. La misma constitución colombiana ha consagrado la protección especial a las personas que por su condición económica se encuentre en circunstancia de debilidad manifiesta.

La debilidad económica no ha sido consagrada como un vicio del consentimiento en el ordenamiento colombiano, y es por eso que la lesión enorme en los contratos solo puede ser causa de rescisión en algunos tipos contractuales previamente establecidos por el código civil, como la compraventa y permuta de bienes inmuebles.

Ha sido la doctrina la que ha puesto sobre la mesa la posibilidad de decretar la nulidad absoluta por objeto ilícito de un contrato abusivo, en cuanto contraviene el artículo 1519 del Código Civil, aunque admitiendo que si la nulidad absoluta se funda en la existencia de consideraciones de interés público, no podría ¿actuar? en el caso que nos ocupa, pues se trata de la protección de los intereses particulares, (Cárdenas Mejía, 1999). Para dar por válido este argumento hay que considerar que la norma sobre protección de los consumidores ha sido catalogada de orden público, con lo

cual se entiende que la protección de los intereses de los consumidores es de orden público.

Es el Estatuto del Consumidor, el que ha establecido el marco de protección que en sede de consumo se establece respecto a la celebración de contratos con condiciones generales.

Primero, se establece la definición de consumidor:

Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario. (Arto. 5.3 Ley 1480)

Adicionalmente se consagra como principio rector del derecho de consumo la protección, promoción y garantía del libre ejercicio de los derechos de los consumidores, entre esos el derecho al respeto de sus intereses económicos y a la elección libre de los bienes y servicios que requieran. La norma no considera por tanto que el consumidor actúe en un estado de necesidad.

También se definen los contratos de adhesión como aquellos en los que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.

Siguiendo el sentido de la ley, las cláusulas de los contratos de adhesión son las cláusulas predispuestas por una de las partes a las cuales la otra parte se tiene que adherir, son cláusulas reguladoras de la materia contractual, preformuladas y concebida con caracteres de generalidad, abstracción, uniformidad y tipicidad, determinando una pluralidad de relaciones.

Otro aspecto importante a considerar es el de derecho de retracto que contiene el estatuto del consumidor ante aquellos contratos en los que el consumidor no haya tenido acceso al bien o servicio al momento de perfección, en cuanto se ha estimado aconsejable que el consumidor pueda replantearse aún después de perfeccionarse la venta, su decisión o aceptación en virtud de la insatisfacción o efecto sorpresivo que le pueda generar el contrato (Jaramillo J, 2015)

Así mismo, la ley ha consagrado dos controles mediante los cuales se protege la autonomía de la voluntad, por una parte, un control sustancial o de contenido del contrato con el propósito de prevenir la inclusión de cláusulas desequilibradas que representen un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, limitando claramente con esto el ejercicio de la autonomía de la voluntad en procura del respeto de la misma autonomía. Y por otra parte, aunque dándole quizás un poco menos de importancia que al control del contenido, un control formal que garantice la formación del consentimiento a través del conocimiento oportuno de las condiciones generales, con esto sí, garantizando que las partes actúan en ejercicio de su propia autonomía.

2.1 El control del contenido en los contratos de adhesión

Como bien se ha señalado (Bohórquez Orduz, 2009), la ley no determina el contenido particular de cada negocio jurídico, sino que fija previamente reglas generales que unas veces las partes pueden incorporar a sus contratos y otras deben necesariamente incorporar, y por lo tanto delega la responsabilidad de establecer el contenido regulatorio de sus relaciones a las partes contractuales, en uso de sus facultades derivadas del principio de la autonomía de la voluntad, considerando únicamente cuando están en facultad de prescindir de las reglas establecidas por las leyes y cuando deben tenerlas por imperativas.

En la protección de los consumidores, la Ley 1480, ha incorporado un control llamado control del contenido de naturaleza normativa y jurídica, que limita en cierto sentido, lo que las partes pueden o no pueden disponer en el contrato como contenido regulador del mismo, al mejor estilo de las Directivas comunitarias europeas y las leyes internas de los países pioneros, incorpora una doble fórmula de control, por una parte, establece una cláusula general que ofrece al juzgador los criterios para determinar en qué casos y según qué circunstancias y naturaleza del contrato, una cláusula puede ser abusiva o no, pudiendo serlo en algunos casos y en otros simplemente ser una cláusula válida.

Los criterios por los cuales se puede determinar esta abusividad son los de (1) desequilibrio injustificado, (2) en perjuicio del consumidor, agregando además el agravante para aquellas cláusulas que además de cumplir con estas condiciones, afecten el tiempo, modo y lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos.

2.2 El concepto de cláusula abusiva y cláusula prohibida

Cláusula abusiva, dice el estatuto, es aquella “que produce un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor” y las que, además de producir este desequilibrio afectan el modo, tiempo y lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Concepto que sigue los lineamientos de la doctrina colombiana en cuanto supone que cláusulas abusivas son aquellas que “conceden una ventaja o imponen una carga excesivamente intolerada a favor o en contra de una de las partes”.

Siendo que se trata de un régimen tan especial como el de consumidores, habría que preguntarse si el equilibrio al que se refiere el estatuto es también el equilibrio económico, de ser así, el problema surge en cuanto que el ordenamiento colombiano no admite la rescisión por lesión enorme, como ya vimos, sino en muy pocos casos y los consumidores no cuentan con las herramientas para restituir ese equilibrio.

Desde la perspectiva del ordenamiento colombiano, y desde el sistema de economía liberal, en el que este se fragua, debe entenderse que el desequilibrio al que se refiere esta ley es el contractual o normativo, el concerniente a las respectivas posiciones jurídicas, es decir, al que coloca al consumidor en situación de mayor onerosidad ante su contraparte, en un estado de indefensión tan importante que la mayoría de las obligaciones contractuales resultan a su cargo, o que los derechos que de ordinario le otorga el tipo contractual le sean arrebatados por la predisposición e imposición del predisponente.

Se adiciona al desequilibrio, el de “*injustificado*”, en cuanto no haya asidero en el ordenamiento para incluir dicha carga o excluir tal derecho en un contrato, sea por la propia naturaleza del contrato, o sea, por las ventajas que el consumidor recibirá a cambio, en cuyo caso, es el juez quien determina si la cláusula puede ser abusiva de conformidad con las específicas condiciones de celebración.

El otro criterio que ofrece el legislador a la labor integradora del juzgador es el de “*perjuicio al consumidor*”. Tanto el ordenamiento colombiano, como las Cortes nacionales en reiteradas ocasiones y como orientación jurisprudencial, han mantenido el principio de que nadie puede alegar a su favor su propia culpa⁶. En virtud de dicho principio, la Ley 1480 es clara en establecer que las condiciones generales serán abusivas siempre que el desequilibrio injustificado cause un perjuicio a quien se adhiere a dichas condiciones generales, es decir a quien no ha participado de su redacción, en coherencia además con la regla de interpretación contractual pro-adherente establecida en el mismo cuerpo legal. No puede admitirse que quien haya redactado las cláusulas que posteriormente se consideren abusivas, pueda alegar dicha abusividad para su propio beneficio.

6. Sentencia Corte Constitucional T-213/08, C-083/95, T-1231/08.

Paralelo a este concepto se establece otro que cumple a todas luces con los criterios establecidos para las cláusulas abusivas, y no entendemos por qué el legislador ha regulado de forma separada dos conceptos que pueden caer uno dentro del otro. Aquellas cláusulas que permitan al productor o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones, lo cual cabe perfectamente en el concepto de abusividad.

2.3 La Lista de cláusulas abusivas

Junto al criterio general de abusividad, la ley incorpora una lista de cláusulas abusivas de pleno derecho, cláusulas que quedan excluidas de todo contrato celebrado con consumidores sin el ejercicio de revisión ni labor integradora de un juez, y tampoco lo son atendiendo a las circunstancias de celebración del contrato o a la naturaleza del mismo.

La lista enumera catorce cláusulas que son ineficaces de pleno derecho, es decir que su inclusión no queda al arbitrio del empresario ni su declaración de abusivas al criterio del juzgador, son cláusulas que no admiten matices ni interpretación, razón por la cual la doctrina extranjera la ha llamado lista “negra”. Así, son consideradas previamente como ineficaces de pleno derecho aquellas cláusulas que:

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

7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;
8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso de que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;
9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;
10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal;
11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;
12. ¿Lo que? ha sido derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012.
13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.
14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.

En cuanto al ordenamiento sectorial, múltiples normas han incorporado sus propias listas, así por ejemplo,, el consumidor financiero, se encuentra protegido por un ordenamiento especial propio del sector, que incluye una lista de cláusulas abusivas que también se consideran ineficaces de pleno derecho. Estas se encuentran contenidas en el estatuto del consumidor financiero, Ley 1328 de 2009.

2.4 El control formal de las Condiciones Generales

La autonomía de la voluntad continúa siendo la causa o el fundamento de validez de las condiciones generales, su aceptación –o adhesión, que viene siendo lo mismo- no puede entenderse sino en el ejercicio de la autonomía. La doctrina ha considerado que el control de incorporación funciona de garante de dicha autonomía a pesar de las particulares condiciones en las que se celebran los contratos con condiciones generales, en cuanto solo aquellas condiciones generales que han sido incorporadas al contrato, forman parte de él, es decir, solo aquellas que han sido previamente conocidas y presumiblemente aceptadas, son parte del contenido del contrato, lo que soporta en conclusión, el carácter contractual de las condiciones generales (Pagador López, 1999). Se le ha dado al control de incorporación la función de facilitar al adherente el conocimiento y la comprensión del alcance de las condiciones generales, así como la de publicidad de las mismas (Embido Irujo, 2002).

El control formal o control de incorporación de las condiciones generales constituye una concreción del deber de buena fe, exigido a los contratantes en la fase prenegocial de cualquier contrato (Llodrá Grimalt, 2002), que se materializa en aquellos requisitos formales que deben cumplir las partes al incorporar sus cláusulas, para que estas puedan considerarse parte del contenido contractual legalmente válido, esto es, los requisitos de forma, tiempo y lugar en que el predisponente ha informado a su adherente el contenido previamente establecido por él.

Con esto se supone, que una cláusula que ha sido incorporada en unas condiciones generales no se considera parte del mismo hasta tanto no se confirme que se han cumplido dichos requisitos.

Aunque este control no se encuentra concretamente configurado como tal en la Ley 1480, como en otras legislaciones que si la incorporan directamente, sí se vislumbra en el deber de información que se exige sea

dado por quien redactó las cláusulas a quien se pretende vincular al contrato. Porque el control de incorporación o control formal, no es más que control de información del contenido, no ya en cuanto a su abusividad o al desequilibrio que pueda contener una cláusula o el perjuicio que pueda producir a una de las partes, sino cómo, cuándo y dónde ha sido esa cláusula informada al contratante que no ha participado de su redacción.

Es así que la ley primero exige que la información sea “**suficiente, anticipada y expresa**”, no solo en cuanto a la existencia de las condiciones generales, sino también a sus efectos y alcances. De un lado tenemos que la información debe ser suficiente, amplia y completa de acuerdo a la naturaleza del contrato que debe contener todos los elementos propios, de otro lado, la información debe ser anticipada para que pueda darse por conocido aquello que se consintió.

Este deber de información previa, encuentra justificación en cuanto las condiciones generales –no negociadas y desconocidas- pueden contener, como efectivamente contienen, cláusulas determinantes para la celebración del contrato sobre las cuales es necesario tener un conocimiento con anticipación que permita realizar la comparación necesaria entre las ofertas que encuentra el consumidor en el mercado.

Otro aspecto a considerar en el tema de información debida es el de las cláusulas sorprendentes, aquellas que no son abusivas en sí mismas por su contenido y no son intrínsecamente desequilibradas, pero que por inesperadas pueden producir un perjuicio importante en un contratante que no ha sido informado previamente de su existencia, sea porque no son propias a la naturaleza del contrato celebrado o porque no es usual que sean incorporadas a los mismos.

Estas cláusulas, a la larga se considerarán abusivas, pero no ya por su contenido, sino por la falta de información debida que es una obligación

que emana de la buena fe. Todo aquello que contraría la buena fe debe ser considerado abusivo (Gozálvez, 1992).

2.5 La Interpretación y la Integración de las Condiciones Generales

El principio de la autonomía de la voluntad se ha incorporado también a las reglas de interpretación de las cláusulas contractuales, así, el artículo 1618 de Código Civil, establece la regla de la prevalencia de la voluntad sobre lo declarado que busca el respeto por la verdadera intención de las partes, así no se haya plasmado en ese sentido: “conocida claramente la intención de los contratantes, deberá estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

Es esta la regla por excelencia en la interpretación de los contratos; de manera subsidiaria, cuando no sea posible encontrar la verdadera intención, se atenderá a otras reglas como la de interpretación sistemática o la regla de la prevalencia de la validez sobre la nulidad.

En los contratos con condiciones generales con consumidores, dadas las circunstancias particulares de celebración y de perfección del consentimiento, se ha entendido que el contenido de las cláusulas no plasma la verdadera intención o voluntad de ambas partes, en cuanto una sola es la que redacta y la otra se adhiere y acepta lo que previamente se ha dispuesto.

El derecho civil colombiano prevé también como regla subsidiaria el principio de interpretación pro-debitoris, en este sentido, el Estatuto del Consumidor ha consagrado esta interpretación favorable o *pro-adherente* como regla general para los contratos con consumidores; sin embargo, su finalidad está limitada por el concepto de “más favorable al consumidor”, dejando al margen la aplicación de la regla contra-stipulatorem, sabiendo con toda certeza que se trata de contratos en los que una parte es la que predispone las cláusulas y la otra, la que se adhiere.

La interpretación favorable debe hacerse por vía integradora en dos sentidos

1. Si una misma cláusula puede ser interpretada en dos sentidos, uno que favorezca al consumidor y otro que le afecte, será interpretada siempre en su favor
2. Si una cláusula es clara, pero otra cláusula también clara, la contradice, se establece la regla de la prevalencia de la cláusula que favorezca al consumidor sobre la que lo afecte.

De igual manera el Estatuto consagra una regla de “prevalencia” en el mismo sentido que la regla de interpretación, es decir, en beneficio del consumidor, así, una cláusula que en su sentido individual pueda ser clara, pero contradictoria y dudosa frente a otra cláusula del mismo contenido de condiciones generales, solo será incorporada cuando favorezca sobre la otra al consumidor y omita la que le perjudique. Contrario a lo que se persigue en el régimen común que es la búsqueda del verdadero sentido y voluntad de las partes, en el régimen de los consumidores esa voluntad no puede llegar ni a presumirse, por ello, el legislador no deja abierta esa posibilidad y establece a priori que no interesa cual haya sido la voluntad. Por su carácter de reconocida debilidad, son los consumidores los protegidos.

Esta contradicción puede ser evidente: basta que la cláusula conduzca a una modificación de los derechos y obligaciones recogidos en el acuerdo individual o en otra cláusula general en perjuicio del consumidor. Ahora bien, al tenor literal debe entenderse que la interpretación de una cláusula o la prevalencia en caso de contradicción entre dos cláusulas, deben conducir necesariamente a un beneficio del consumidor.

No obstante, a la luz del mismo cuerpo normativo, y en aras de proteger el principio de autonomía de la voluntad, inherente también al derecho de los consumidores, y el principio de subsistencia del acto, según el cual, en la medida en que un contrato pueda subsistir sin las cláusulas nu-

las o ineficaces, que no afectan su validez, debe entenderse en sede interpretativa, que basta que una cláusula pueda ser entendida en el sentido de que no perjudique al consumidor, o que de la contradicción entre dos cláusulas una lo perjudica y la otra no, para que prevalezca esta última.

En sede integradora, salvo por la facultad concedida expresamente a la autoridad competente de aclarar o rediseñar el contrato con los derechos y obligaciones que se deriven del acto subsistente, nada dice de las reglas que deben seguirse, por lo que podríamos pensar que implícitamente se remite a las reglas generales de recomposición de los actos jurídicos, considerando entre otros factores, los propios del tráfico de los consumidores como el equilibrio, los usos del comercio, la normas específicas como el Estatuto del Consumidor, y las generales como el Código de Comercio y el Código Civil.

Conclusiones

El ordenamiento colombiano establece que el consentimiento se forma con el concurso real de las voluntades de dos o más personas, y el código de comercio establece que la oferta debe ser aceptada mediante adhesión simple y llana, mientras que cualquier modificación que se haga constituye una nueva oferta de contrato, más no perfección del consentimiento.

En este sentido puede decirse que la adhesión en Colombia sí perfecciona el consentimiento, y por tanto, no cabe duda que al igual que en los contratos negociados, la aceptación, previo conocimiento de las cláusulas de los contratos con condiciones generales, obliga a las partes a su cumplimiento.

Partiendo de esa idea, no solo nos encontramos ante actos jurídicos a los cuáles no puede discutirse su naturaleza contractual en ningún sentido, sino que además no puede cuestionarse el ejercicio de la autonomía de la voluntad ni el de la libertad contractual, cuyos límites se encuentran justificados, en cuanto implican la protección de los derechos y la garantía de los deberes, que contraen las partes mutuamente.

En cuanto a protección del consumidor, el legislador colombiano no puede desatender el hecho de que es el consentimiento el que forma el contrato; en tal sentido, el control de forma materializado en los deberes relativos a la información contractual, constituye una herramienta fundamental para garantizar que el único poder normativo que tienen las partes como individuos siga siendo el de la autonomía de la voluntad, y que no basta la aceptación de las condiciones generales para que se considere existente el contrato, sino que precisa el conocimiento de esas cláusulas que han sido aceptadas, bajo la premisa de que nadie puede consentir lo que no conoce.

Por su parte, el control de fondo o de contenido constituye uno de los principales límites que se ponen al ejercicio de la autonomía en sede de condiciones generales, en cuanto queda prohibido para las partes incorporar cláusulas con contenido que sea considerado abusivo, según los criterios que la ley establezca, declarando por su parte la nulidad de pleno derecho y trastocando además el régimen común de las nulidades del derecho civil colombiano.

Las cláusulas que en un contrato negociado serían válidas, serán nulas de pleno derecho en un contrato con consumidores, y no podrán ni por voluntad declarada de las partes incorporarse a dichos contratos, dado que encierran en cierto modo derechos irrenunciables que se han establecido en virtud de una consideración de debilidad de la parte contratante cuando actúa en su calidad de consumidor.

Ahora bien, ¿podrá seguirse cuestionando el ejercicio libre de la autonomía de la voluntad en cuanto a la adhesión y en función de eso establecer límites que traspasen las fronteras de lo privado? ¿Es cierto que las formas de poder espontáneas no garantizan el cumplimiento del comportamiento debido derivado de la buena fe y por ello se hace necesaria la implementación de un modelo de justicia contractual distributiva derivada de la intervención del poder estatal? Tal como lo ha analizado alguna parte de la doctrina.

En sede de los contratos celebrados con consumidores, hay intereses de orden público que justifican que se impongan límites al ejercicio indiscriminado de la autonomía, pero más que nada en función de la protección del contrato mismo, de la figura jurídica como tal y de su supervivencia, de su vigencia en el mundo moderno, con los cambios y las exigencias que demanden las nuevas formas de intercambiar bienes y servicios.

Mientras no se pierda de vista que la autonomía de la voluntad sigue siendo el único poder normativo que tienen las partes y la única fuente para quedar obligados ante otros, como si de una ley se tratara, los adherentes, sean consumidores o no, seguirán gozando de protección adecuada para la libre determinación de sus relaciones jurídicas.

Referencias

- Álvaro, Á. R. (2002). Función Económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales. En M. M. Díez-Picazo, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (pp.. 81-xx). Madrid: Civitas.
- Alonso Pérez, M. (2004). Aproximaciones a la idea de contrato (Apoteosis y declive de la autonomía privada). *Responsa Iurisperitorum Digesta*.
- Alterini, A. (2007). *Estudios en Derecho Civil: Conceptos, contraos, consumidor, derecho*. Buenos Aires: La Ley.
- Bohórquez Orduz, A. (2009). *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Buchaman, J. M. (2009). *Los límites de la libertad, entre la anarquía y el leviatán*. Madrid: Katz Editores.
- Cárdenas Mejía, J. P. (1999). Justicia Contractual. En M. e. Plazas Vega, *Derecho Civil y Comercial* (pp.. 301-xx). Bogotá: Ediciones Rosaristas, Dike.
- Díez-Picazo, L. (1979). *Derecho y Masificación social, Tecnología y Derecho Privado*. Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo, L., Roca Trias, E., & Morales, A. (2002). *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*. Madrid: Civitas.
- Embid Irujo, J. M. (2002). *Comentarios a la Ley de Contratos de Seguro*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Amigo, M. (1969). Condiciones Generales de los Contratos. *Revista de Derecho Privado*, volumen (número), 160-xx
- Gozálvez, C. (1992). En B. Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*. Madrid: Civitas.
- Jaramillo J, C. I. (2015). *La Compraventa en el Derecho de Consumo*. Bogotá: Ibañez.

- Lacayo, M. A. (2015). *Condiciones Generales de la Contratación, una perspectiva de la buena fe en el control de incorporación*. Bogotá: Ibañez.
- Larenz, K. (2002). *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Granada: Comares.
- Llodrá Grimalt, F. (2002). *El contrato celebrado bajo condiciones generales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez Martín, M. (1996). *Comentarios a la Sentencia de 13 de noviembre de 1995*. ADC No. 41, 596.
- Ospina Fernández, G. (2014). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Temis.
- Pagador López, J. (1999). Las condiciones generales de la contratación: introducción y régimen jurídico de los contratos celebrados mediante ellas. En G. Botana, & M. Ruiz, *Curso sobre protección jurídica de los consumidores* (pp. xx-xx). Madrid: McGraw Hill.
- Rodríguez Yong, C. A. (2013). *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. Bogotá: Legis.
- Valencia Zea, A. (1983). *Derecho Civil, Tomo III, Obligaciones*. Bogotá: Temis.

