



**ELABORADO POR:**

Valeria Escobar Jaramillo

**Título:**

**Documento de Sistematización de la Práctica**

**Asignatura:** Trabajo de Grado II

**Docente:** Juan Pablo Domínguez Angulo

Pontificia Universidad Javeriana Cali

Carrera de Derecho

Santiago de Cali

17 de julio de 2024

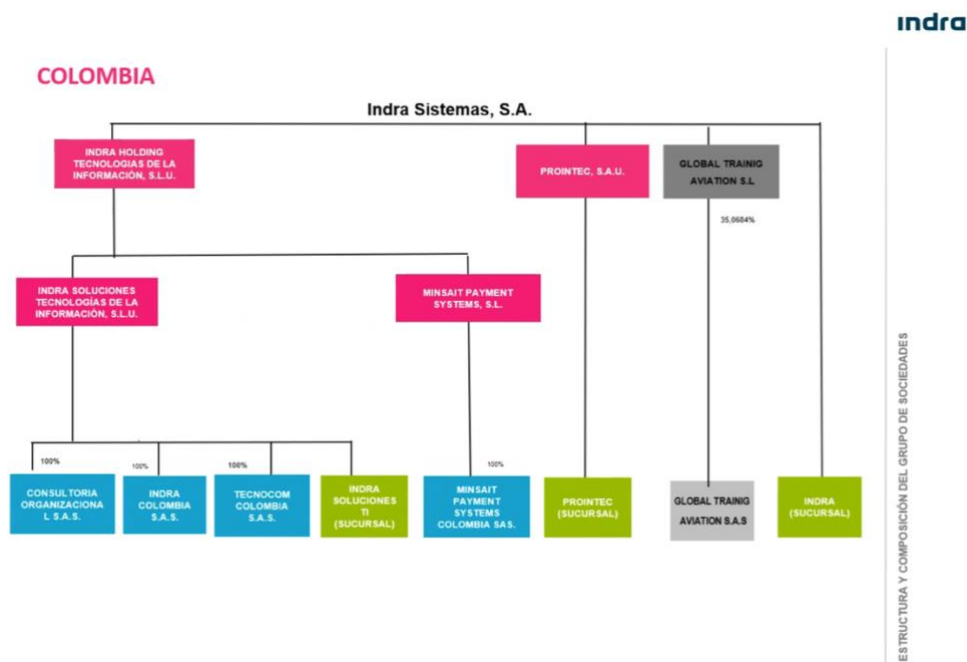
## ÍNDICE

1. Contexto
  - Sobre INDRA SISTEMAS S.A.
  - Sobre el departamento de Asesoría Jurídica.
  - Posibles desafíos.
2. Problema(s)
3. Objetivos
4. Marco teórico de las problemáticas identificadas y objetivos planteados
  - Límites consagrados en la normatividad colombiana para el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada
  - Libertad de contratar y libertad contractual o de configuración interna
  - Figuras jurídicas existentes en materia de contratos de adhesión
5. Desarrollo de la actividad
6. Reflexión
  - Problemática y solución desde las teorías del derecho
  - SER, HACER, SABER
7. Evidencias
8. Bibliografía

## CONTEXTO

INDRA SISTEMAS S.A. es una empresa líder mundial en el mercado tecnológico, la transformación digital, y en las TIC en España y Latinoamérica. Su sede principal está en España, pero cuenta con sucursales en aproximadamente veintisiete (27) países a lo largo de Europa, Asia, África, Latinoamérica y Norteamérica. Esto, da cuenta del amplio espectro y cubrimiento que tiene la compañía en todo el mundo, y por lo mismo de su organizado esquema de poderes, estructura y composición de las sociedades.

Se va a hacer foco particularmente en las filiales que tiene la empresa en Colombia: INDRA COLOMBIA S.A.S., TECNOCOM COLOMBIA S.A.S., MINSAIT PAYMENT SYSTEMS COLOMBIA S.A.S., PROINTEC COLOMBIA, INDRA SISTEMAS S.A., INDRA SOLUCIONES TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN S.L.U., SAIN MULTISERVICIOS S.A.S. y CONSULTORÍA ORGANIZACIONAL S.A.S., esto, pues desde el área de Asesoría Jurídica y desde sus distintas especialidades, se reciben casos de las ocho (8) filiales que tiene la compañía en Colombia, además de que también se tratan temas de diferentes países como Ecuador, Perú y excepcionalmente Venezuela, ya que se trabaja en conjunto con los abogados de INDRA de dichos países. Esto se puede entender con mayor claridad a través del siguiente esquema:



Ahora, debe mencionarse que el departamento de Asesoría Jurídica divide su trabajo por mercados de la siguiente manera: Telecomunicaciones y Media, Administraciones Públicas, Planeación Estatal, Energía, Servicios Financieros, Sanidad, Industrias, Transportes y ATM. Pero, por temas de la asignación que internamente se realizó para cada practicante, serán los mercados de

Telecomunicaciones y Media y Sanidad en los que se hará énfasis. Desde el cargo propuesto, las funciones asignadas son las de revisión de contratos de prestación de servicios (clientes y proveedores); revisión de acuerdos de confidencialidad; acompañamiento en procesos de selección tanto en contratación pública como privada; apoyo en la proyección de análisis de riesgos; apoyo en acciones de tutela, derechos de petición; contratos tanto en Colombia, Ecuador, Venezuela y Perú; contratos de licencias; revisión de pólizas contractuales, proyección de adendas y otrosíes, entre otros.

Así, teniendo en cuenta lo anterior, y resaltando la magnitud de la empresa en cuestión y su presencia en el mercado tecnológico a nivel mundial, surgen distintos desafíos a la hora de iniciar procesos y entablar relaciones comerciales y contractuales con otros actores, entendiendo que INDRA a su vez presta los distintos servicios que ofrece a grandes empresas en varios sectores de la economía, y que por ende las condiciones particulares de contratación con cada cliente varían de acuerdo a sus políticas internas, de forma tal que cada caso debe revisarse y analizarse con detenimiento por cada departamento de INDRA, para garantizarle las mejores condiciones dependiendo su calidad de parte en el contrato.

Así, se ha podido identificar, revisando minutas contractuales, RFP (Request For Proposal) y realizando análisis de riesgos sobre las condiciones particulares de contratación, que existe un problema latente a la hora de establecer una relación contractual con una empresa grande en determinado sector, ya que las posibilidades de negociación usualmente son mínimas, pues generalmente se trata de contratos de adhesión que limitan mucho al proveedor de servicios y pueden ocasionar posibles inconvenientes en un futuro para este.

### **PROBLEMA(S)**

Teniendo en cuenta lo anterior, al iniciar con el desarrollo de las labores como practicante dentro del departamento de Asesoría Jurídica, se logró identificar que tanto el mercado de TelCo&Media, así como el de Sanidad, se encuentran bien organizados, con modelos estandarizados de las minutas, contratos, acuerdos de confidencialidad, otrosíes y demás documentos que son frecuentemente utilizados en las negociaciones. Sin embargo, durante el tiempo que ha transcurrido, ha sido posible el reconocimiento de una problemática latente que existe a la hora de establecer relaciones contractuales con una empresa grande en determinado sector, en el caso particular de los mercados que han sido asignados, ya que las posibilidades de negociación son mínimas, pues generalmente se trata de contratos de adhesión que limitan mucho al proveedor de servicios (en este caso INDRA) y pueden ocasionar posibles inconvenientes en un futuro al favorecer a la otra parte, como parte fuerte y dominante del

contrato. Esto, pues normalmente ocurre que la otra parte realiza una invitación a ofrecer, es decir, hay un intercambio de papeles. Lo que sucede es que esta invita a que le realicen ofertas y así elegirá la que considere más favorable, lo que implica que cuando INDRA realice la oferta, estará limitada en gran medida a los requerimientos del cliente y a sus políticas internas.

Es por esto, que se presenta la figura de los contratos de adhesión, que ha sido criticada en varios aspectos, en razón de que facilita la posibilidad de abuso de la parte contractual más fuerte. Bien lo menciona Bernal y Villegas (2008), cuando hacen referencia a que “se trata de un contrato de contenido predispuesto e impuesto, y si bien, mucho se discutió sobre la unilateralidad o bilateralidad de su naturaleza, en la actualidad prácticamente hay acuerdo sobre la voluntad manifiesta de ambos contratantes en la medida en que se conserva por parte del adherente un mínimo de voluntad al aceptar las condiciones que se le presentan”. De esta forma, surge la siguiente cuestión: ¿Cuál es el límite que existe a la hora de contratar, tratándose de modernas formas de contratación como lo es el contrato de adhesión, que genera asimetrías entre las partes y restricciones a la libertad contractual?

## **OBJETIVOS**

**Objetivo general:** Analizar los conceptos jurídicos que existen en relación con los contratos de adhesión.

### **Objetivos específicos:**

1. Analizar el concepto de condiciones negociales generales.
2. Analizar el concepto de contratos de adhesión.
3. Analizar el concepto de abuso del derecho y cláusulas abusivas.
4. Analizar la actitud del ordenamiento jurídico respecto de las CNG y los contratos de adhesión.
5. Determinar los límites consagrados en la normatividad colombiana para el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada.
6. Analizar las figuras jurídicas existentes en materia de contratos de adhesión, haciendo énfasis en aquellas que protegen a la parte débil de la relación contractual.
7. Establecer la diferencia entre libertad de contratar y libertad contractual o de configuración interna, como libertades que otorga la autonomía de la voluntad respecto de los contratos.

## MARCO TEÓRICO DE LAS PROBLEMÁTICAS IDENTIFICADAS Y OBJETIVOS PLANTEADOS

Habiendo identificado como problemática aquello concerniente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y proponiendo como soluciones instrumentos como las negociaciones o los análisis de riesgos, a continuación se procede a vincular la teoría del derecho que da fundamento a lo recién mencionado.

En primera instancia, dentro de los enfoques que doctrinalmente se han planteado como una forma de comprender y circunscribir las normas jurídicas y a la disciplina del derecho, se considera que para la presente problemática el enfoque que se ajusta de manera más acorde es el funcionalista. Este enfoque parte de una premisa orientativa la cual es la respuesta al cuestionamiento ¿para qué sirve el derecho? La respuesta a esta cuestión entendida desde el propio enfoque funcionalista es brindada desde una interpretación finalista, es decir buscando situar la función última del derecho en el mundo. De este modo se ha terminado por concluir frente a ello, que el derecho es oblicuo, es decir, que guarda repercusiones no solo en el ámbito jurídico de los ordenamientos nacionales, sino en todas las relaciones sociales, haciéndolo por un lado mediante una función de codificar las costumbre y reglas erigidas en la sociedad, y por otro lado mediante la modificación activa del comportamiento y los valores de los individuos en la sociedad. Por tanto, la función final del derecho es alcanzar a la sociedad y no solo al mundo jurídico, lo cual logra mediante una orientación hacia la eficacia jurídica más que a su validez, y mediante un fuerte soporte en la hermenéutica sociológica.

De este modo, vinculándose a la problemática con uno de los enfoques del derecho, se puede realizar una correspondencia con las grandes doctrinas o escuelas filosóficas propias al derecho. Específicamente, la doctrina ligada a la problemática en cuestión es la del realismo jurídico. Esta doctrina se encuentra estrechamente entrelazada con el funcionalismo jurídico, consistiendo en una lectura del derecho fundamentada en los comportamientos observados en la sociedad, más que por prescripciones surgidas de “arriba para abajo” sin un apego a las dinámicas de la sociedad. Es decir, el derecho no parte de una valoración como en el iusnaturalismo, ni de una norma válidamente expedida como en el positivismo, sino de hechos empíricos suscitados en el mundo natural produciéndose el derecho con base en un contexto específico.

Distinguiendo el enfoque jurídico seleccionado y su correspondiente doctrina teórica filosófica, se ajustará ahora a la problemática específica. Esta problemática va de la mano con el desequilibrio y el abuso de la posición dominante en las relaciones contractuales entre personas naturales y jurídicas. Esta dinámica social es un fenómeno que se ha configurado desde milenios atrás, habiéndose suscitado discusiones sobre ello en los últimos siglos. Uno de

los autores que trata el concepto de la dominación es Max Weber (1922) en la obra *Economía y Sociedad*, quien lo define como la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos.

Así mismo, Adam Smith (1994) en su obra *La Riqueza de las Naciones*, logra identificar la asimetría entre las partes que componen un contrato al remarcar “Los salarios corrientes del trabajo dependen del contrato establecido entre dos partes cuyos intereses no son, en modo alguno, idénticos. Los trabajadores desean obtener lo máximo posible, los patronos dar lo mínimo. Los primeros se unen para elevarlos, los segundos para rebajarlos.” Es decir, se puede llegar a dar una organización social que termina ordenándose entre aquellos que dominan y aquellos que son dominados, situación que se da particularmente en las cláusulas abusivas contractuales.

No obstante, este es un comportamiento que se ha buscado reducir por medio de movimientos que propenden por la igualdad dentro de las relaciones sociales en su conjunto, permeando de ese modo los contratos legales. Uno de esos movimientos dentro del derecho ha sido el que dio lugar al reconocimiento de los derechos de segunda generación, o también denominados derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos propugnan por la equidad y la igualdad, y lograron adquirir una mayor distinción tras la segunda guerra mundial en su inclusión dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos. De este modo se menciona dentro de ella “Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”. Así como “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

Estos derechos surgen como una forma de evitar la repetición de lo acontecido en la Segunda Guerra Mundial, así como una consecuencia de la industrialización y el aumento de la clase obrera. Es el derecho adaptándose a la realidad social, buscando reducir las brechas que hasta el momento se habían agudizado en manera amplia.

Esto anterior se ha traducido en la comprensión de todas las dinámicas sociales y jurídicas dentro de las cuales se encuentran los contratos particulares, reforzado en nuestro ordenamiento nacional con fenómenos como la constitucionalización del derecho. De este modo se ha tratado constitucionalmente el concepto de la posición dominante contractual y el de indefensión, en sentencias constitucionales como la T-152/06. En nuestro ordenamiento se busca evitar esta clase de situaciones, lo cual ha surgido como un efecto de todos los movimientos sociales que se han dado desde décadas

anteriores a nivel mundial, esos movimientos a su vez surgieron como una reacción a comportamientos sociales frente a los que se generó una contraposición de manera generalizada y conjunta entre diversos individuos, y por tanto tuvo como consecuencia un cambio en las costumbres sociales a lo cual el derecho terminó por adaptarse. Es decir, el derecho acabó por ajustarse a la realidad social, entre lo que se incluye el procurar mitigar las relaciones jurídicas donde se dé una posición dominante en los contratos de adhesión por medio de cláusulas abusivas.

Ya con lo anterior, se puede hacer una conexión más particular a teorías contractuales como la teoría de la causa. Menciona Arango (2016), que los derechos se usan de acuerdo y conforme a una finalidad para la cual nacieron, y que su uso con otro fin los sitúa como un derecho accionado de manera abusiva. El artículo 1524 del Código Civil dictamina que la causa de un contrato debe ser real y lícita, es decir con una finalidad legítima. Cada parte entonces tiene derechos y obligaciones conmutativas. Esto viene desde Roma con el *dolus res ipsa que obser* que hace alusión al equilibrio de las obligaciones, lo cual no se da en las cláusulas abusivas injustificadas como sostiene el autor mencionado más atrás, desembocando en una ausencia de causa, teniendo presente que los objetos del contrato entre los participantes son sus contraprestaciones mutuas y, a su turno, sus causas recíprocas. Cada quien contrata por lo que su contraparte hará y viceversa, como lo expresa el autor Pérez Vives (2009). Cuando el interés es insuficiente se está en una causa irreal o ausencia de causa, como menciona el autor “la ausencia de causa puede presentarse en aquellos casos en que una obligación carezca de contrapartida”. En complemento de lo anterior Arango (2016) aduce que “En la búsqueda de equidad contractual, cuando no se llega a la lesión enorme, pero tampoco se está ante la justicia y las prestaciones recíprocas, uno de los contratantes no ve satisfecho su interés económico en el contrato: su objeto contractual no se justifica, en y por la contraprestación de su contraparte, por lo que se necesita un equilibrio”.

Dicho todo lo anterior, a manera de conclusión se puede observar la interrelación entre la realidad social y el derecho a la hora de formularse la normatividad que compone al ordenamiento jurídico. Esto tiene implicaciones en el derecho privado y en los contratos, bien ha mencionado la Corte Constitucional “En todo caso, no será posible lograr la vigencia de un orden justo si la categoría del contrato, que por sí sola responde de una porción significativa de las relaciones sociales, no es examinada por el Juez y asumida por los particulares con un mínimo criterio de justicia sustancial.” Así como el autor Pérez Vives (2009) “En esta forma, es la Ley Civil la que viene a configurar las especiales características de estructura de una sociedad determinada”.

En relación con lo anterior, es que precisamente debe recalcarse la importancia de la labor que como practicante fue asignada, pues es a través de dichas labores de análisis, revisión, proposición, que se puede lograr o por lo menos ir

en búsqueda de ese orden justo y el equilibrio a la hora de establecer relaciones comerciales, económicas y sociales. Es clave para el desarrollo profesional, tener ese comportamiento proactivo, que lejos de apegarse estrictamente a la letra de la ley o del contrato, también intenta proponer nuevos conceptos, claro está, dentro de lo que el orden público y social contempla y así mismo, respetando la igualdad de cada parte dentro del convenio que se establezca.

## **DESARROLLO**

### **Condiciones negociales generales**

Hinestrosa (2014) hace un análisis de este concepto, y llega a ciertas conclusiones importantes. En primer lugar, establece la relevancia que ha tomado dicho concepto, teniendo en cuenta las variaciones que se han impuesto en la forma como se celebran los contratos, por el régimen económico actual. Esto, pues distintas prácticas han tenido mayor acogida y, por ende, su aplicación ha implicado varios cambios. Tal es el caso de los contratos de adhesión, que implican que “una empresa en términos de monopolio legal o de hecho, preparen el formulario de cada clase de contrato que ofrecen al público, de modo que cada cliente, consumidor o usuario interesado en la adquisición de los bienes o servicios ofrecidos haya de limitarse a adherir, sin que en la práctica tenga posibilidad de discutir los términos de la negociación y de lograr que se modifique el modelo”.

Lo anterior, conlleva a la necesidad de poder establecer en qué circunstancias resultan vinculantes las condiciones generales para el adherente y cuándo lo son aquellas que implican para él restricciones o desventajas. Así, el autor explica que el conflicto no recae precisamente en la forma o el mecanismo con el cual se celebra el contrato, “sino en la legalidad, corrección, lealtad y moralidad del negocio en sí y del contenido predispuesto”. De manera que lo que se reprocha en sí no es que el contrato sea de adhesión, sino que el contenido mismo, especialmente aquellas cláusulas que tienden a desequilibrar el contrato.

De esta forma, Hinestrosa (2014) menciona que lo importante es afrontar el problema de las condiciones negociales generales, como instrumento indispensable y de mayor utilidad en el tráfico jurídico, teniendo en cuenta las condiciones actuales que demandan una preparación adecuada de los contratos.

Ejemplo de lo anterior en nuestro ordenamiento, es el artículo 37 del Estatuto del Consumidor, que prescribe lo siguiente:

**“Artículo 37. Condiciones negociales generales y de los contratos de adhesión**

Las Condiciones Negociales Generales y de los contratos de adhesión deberán cumplir como mínimo los siguientes requisitos:

1. Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia efectos y alcance de las condiciones generales. En los contratos se utilizará el idioma castellano.
2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas.
3. En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco, En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías.

Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo.”

Si bien lo anterior aplica solo para la protección del consumidor, deja entrever la importancia de estas condiciones negociales generales, tratándose de este tipo de contratos. Estas condiciones buscan precisamente conservar el equilibrio contractual, con el fin de que la parte más débil cuente con ciertas garantías a la hora de celebrar estos contratos, tal y como funciona con relación al orden público y las buenas costumbres, que fungen como un límite a la autonomía de la voluntad privada, y cierran la posibilidad de pactar ciertas cláusulas que resultan lesivas y/o abusivas.

### **Límites consagrados en la normatividad colombiana para el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada**

En primer lugar, la Constitución Política de Colombia establece en su artículo 16 que “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. Este postulado contempla de manera general lo que implica el principio de la autonomía de la voluntad privada, como uno de los principios rectores del derecho privado colombiano y que por tanto rige la dinámica de las relaciones contractuales.

Debe mencionarse que a pesar de que es un principio rector del derecho privado, no existen normas que lo regulen directamente. Pero si ha habido un desarrollo jurisprudencial en la materia, que a su vez ha delimitado su alcance y demás cuestiones al respecto.

De acuerdo con la 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”.

Así mismo, la Sentencia C-934/13 explica cuáles son las manifestaciones de este principio de esta manera:

“la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel.”

Así, en el ordenamiento se encuentran diversas sentencias que continúan con la misma línea jurisprudencial. Todo se basa en la posibilidad que tienen los sujetos de establecer relaciones libremente, estableciendo sus propias reglas de juego, parámetros y procedimientos a seguir, generando efectos vinculantes entre las partes, lo que hace más dinámica la actividad económica. Bien lo indica la Sentencia C-993/2006, cuando menciona que:

“La garantía de las libertades del individuo es uno de los pilares de un Estado Social de Derecho (Preámbulo y Art. 13 C. Pol). Ello explica la previsión del Art. 16 de la Constitución colombiana, según el cual todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. Dicha libertad se traduce en la facultad de aquel para autorregular su conducta en la vida social, reconocida por el ordenamiento jurídico, con sujeción a los límites impuestos por éste, y que se denomina autonomía personal.”

De igual manera, la misma sentencia también expresa cuál es el fundamento constitucional de la autonomía de la voluntad, atendiendo a la misma línea jurisprudencial:

“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 en la Constitución que la contemple en forma

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

Es evidente entonces, y de acuerdo con lo anteriormente mencionado, que en Colombia se le da gran reconocimiento a la autonomía de la voluntad privada como un principio fundamental en el derecho privado, que rige las relaciones de las personas y por ende se prioriza en caso de conflictos. Sin embargo, también deja claridad respecto a los límites que se imponen sobre este, lo cual también otorga seguridad jurídica para las partes en los contratos y para la población en general.

Esto último, que se puede entender más a profundidad a partir de dos explicaciones que se han dado al principio de la autonomía de la voluntad privada y que están plasmadas en varias conferencias dictadas por André Rouast y Enmanuel Gounot en la "Semanas Sociales de Francia" en el año 1938 y que han sido retomadas y analizadas por Puente y Lavalle (1996) en *La Libertad de Contratar*.

Así, por un lado, tenemos la teoría individualista, que prescribe que “los derechos subjetivos de los hombres no derivan de un derecho objetivo, sino de la esencia misma del hombre, por lo cual éste es totalmente autónomo para regular sus intereses, que es lo que justifica la autonomía privada”. (Puente y Lavalle, 1996)

Por otro lado, está la teoría normativista, según la cual “la autonomía privada es concedida a la persona por expresa delegación del ordenamiento jurídico, el cual, para no entorpecer el tráfico económico-jurídico, confía a los particulares la autorregulación en sus intereses, dentro de los cauces que señala dicho ordenamiento.” Precisamente, esta es la teoría que se acoge en Colombia, y que explica los límites existentes a la libertad de configuración interna, pues no se trata de un principio o un derecho absoluto, sino que debe ejercitarse dentro de lo que permite el ordenamiento jurídico.

Por último, respecto a las normas que regulan específicamente el derecho privado, se puede entender la autonomía de la voluntad privada a la luz del artículo 1495 del Código Civil, del cual se entiende que es una fuente de las obligaciones. Luego, el artículo 1602, que le otorga al contrato la categoría de

norma vinculante para las partes que lo suscriben y de igual forma les otorga la potestad de invalidarlo solo bajo su consentimiento.

### **Libertad de contratar y libertad contractual o de configuración interna**

De lo anterior, surge la importancia de explicar y diferenciar las libertades que existen a la hora de contratar y que nacen de la autonomía de la voluntad.

En primer lugar, se entiende como libertad contractual o de configuración interna, aquella que garantiza la libertad que tienen los contratantes para elegir el contenido del contrato y por ende las obligaciones que se derivan de él y que corresponden a una u otra parte llevar a cabo su cumplimiento. Ahora, es distinta la libertad de contratar o libertad de conclusión del contrato, según la cual las partes tienen la facultad de elegir cuándo, cómo, y con quién contratan.

Debe decirse que existe una relación directa entre una y otra, esto a la luz de la autonomía de la voluntad, pues la libertad a la que tanto se hace alusión implica la potestad que tienen los sujetos de ser parte en un contrato, así como para establecer los términos en que van a contratar. Bien lo contempla Lacayo Arana (2018) cuando menciona que “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”.

El reconocimiento de estas libertades ha cobrado gran relevancia en el derecho internacional privado, de forma tal que varios ordenamientos e incluso normas de *soft law* muy importantes en contratación internacional, lo han contemplado de esa manera. Tal es el caso de los principios de UNIDROIT, que según Lacayo Arana (2018):

“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.”

Por supuesto que existen límites para estas libertades, que como ya vimos, son aquellos que impone el ordenamiento jurídico como el orden público y las buenas

costumbres. “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” sin que necesariamente 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). Por el contrario, puede suceder que haya un contenido expresamente pactado y aceptado por las partes, pero que sea imperfecto por encontrarse en contradicción con el principio de buena fe o con el derecho imperativo. (Lacayo Arana, 2018)

Es preciso hablar, además, de los límites internos, que son impuestos por las mismas partes y que también pueden afectar el pleno desarrollo de estas libertades. Esto, pues se ha visto que, en varios escenarios, existe una parte contractual más fuerte, lo que implica que las partes no se encuentren en pie de igualdad para negociar y surge el fenómeno de la parte débil en los contratos.

### **Figuras jurídicas existentes en materia de contratos de adhesión**

Habiendo expuesto todo lo anterior, se entra a revisar particularmente los contratos de adhesión, las figuras jurídicas que se desprenden de este, y las consecuencias directas que tiene sobre la autonomía de la voluntad privada y las libertades que se desprenden de esta.

De esta forma, se tiene como definición del contrato de adhesión que es “aquel acuerdo de voluntades por medio del cual uno de los contratantes, denominado predisponente, impone al otro, llamado adherente, el contenido del contrato sin ninguna posibilidad de discutirlo ni de modificarlo, contando únicamente con la facultad de decidir libremente si contrata o no bajo el clausulado ofrecido” (Posada Torres, 2015). Se plantea a partir de este contrato un esquema de “*lo toma o lo deja*” (Larroumet, 1999).

En el derecho colombiano, ninguna de las normas de derecho privado definen el concepto de contrato de adhesión, solo existe una definición en el Estatuto del Consumidor, según el cual se trata de “aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas”.

De este tipo de contrato se desprende una figura muy importante, y es la teoría de las cláusulas abusivas “como un mecanismo que vela por que el contrato se mantenga como un instrumento jurídico para la armonización y realización de los intereses de ambos contratantes, como la herramienta principal establecida por el ordenamiento jurídico para velar por la indemnidad del equilibrio contractual, en especial, en una de sus dimensiones: el equilibrio jurídico del contrato,

protegiendo, como consecuencia, los derechos de las partes débiles.” (Posada Torres, 2015)

Las cláusulas abusivas se definen como aquellas cláusulas que son impuestas indebidamente o que son injustas en su contenido. Al respecto, es relevante mencionar que existen tres conceptos distintos de cláusula penal: “la cláusula impuesta abusivamente, la cláusula abusiva por razón de su contenido, y el abuso en el ejercicio de derechos derivado de una cláusula”. (Cárdenas, 2021)

Respecto a la primera clasificación, la cláusula impuesta abusivamente es aquella que se impone utilizando la fuerza o cualquiera de los vicios del consentimiento. Bien menciona Juan Pablo Cárdenas (2021) que “las cláusulas contractuales pueden ser impuestas abusivamente. A este respecto debe recordarse que existen casos en los cuales no se dan los supuestos en los cuales se funda el ordenamiento para concluir que las cláusulas desequilibradas deben ser respetadas, pues no hay un consentimiento libre sobre las mismas”.

Ahora, en cuanto a la segunda clasificación, la cláusula abusiva por razón de su contenido es aquella que desde su contenido contraría una norma imperativa o transgrede el orden público y las buenas costumbres.

Finalmente, el abuso en el ejercicio de derechos derivado de una cláusula se evidencia cuando se aplica la alternativa más perjudicial para la parte débil del contrato. Bajo esta situación, se entiende que la cláusula inicialmente es válida, pero la forma en que se ejercen los derechos derivados de esta implican un abuso. La sanción procedente en estos casos es la de la nulidad relativa, pues “debe reservarse al interesado la decisión de si impugna o no el contrato celebrado” .

## **REFLEXIONES**

Habiendo establecido lo anterior, es importante hacer las siguientes precisiones, pues para poder dar aplicación de dicho contenido a la problemática planteada, es necesario determinar las funciones que fueron asignadas desde el departamento para realizar la práctica. A continuación se describen: Revisar los acuerdos, contratos, RFP, reseller agreements, y demás documentos que sean vinculantes para las partes, haciendo énfasis de manera detallada en las condiciones jurídicas y técnicas que puedan representar algún tipo de riesgo para la empresa, debido a que puede suceder que se imponga la voluntad de la parte contractual más fuerte a la más débil.

De esta manera, lo que se busca desde el área de Asesoría Jurídica, y particularmente en desarrollo de las funciones como practicante, es entrar a negociar con las partes, con el fin de que las condiciones no sean

exclusivamente dirigidas a proteger los intereses de solo una de las partes. Bajo esta misma línea, se revisan exhaustivamente las cláusulas penales, de limitación de la responsabilidad, el plazo, las pólizas, las condiciones de facturación, el término de vigencia del acuerdo de confidencialidad, las causales de terminación o resolución del contrato de manera unilateral, entre otras que puedan llegar a ser perjudiciales en caso de activarse. Normalmente lo que se hace, es proponer términos y condiciones que sean más equilibrados, respetando, en todo caso, las distintas obligaciones propias de cada parte.

Esto último, bajo el entendido de que cuando se hace referencia a equilibrio no implica el desconocimiento de los derechos y las obligaciones propias de cada parte, sino más bien se busca la existencia de un equilibrio conceptual en cuanto a los intereses de las partes. Bien lo plantea Puente y Lavalle (1996) en *La Libertad de Contratar*, al mencionar que:

“Mediante la celebración de todo contrato -sea unilateral o con prestaciones a cargo de ambas partes- se busca, o debe buscarse, la existencia de un equilibrio conceptual entre los respectivos intereses de las partes. No se trata de un equilibrio entre las prestaciones que son el contenido de la relación jurídica patrimonial nacida del contrato ni, menos aún, una equivalencia, en el sentido de igualdad en el valor patrimonial, entre dichas prestaciones, sino de un equilibrio de los intereses que las partes desean satisfacer mediante la celebración del contrato.”

Así, surge en estos casos el concepto de cláusulas abusivas. De acuerdo con De la Maza Gazmuri (2003), este es uno de los peligros que se ven involucrados en los contratos de adhesión, y lo define como “aquella cláusula que es notablemente desfavorable para el adherente” porque “causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Es decir, que se puede entender como la falta de equivalencia que existe entre las partes contratantes, pues una de ellas se encuentra en una situación desventajosa frente a la otra.

Bien postula este autor, que una técnica frecuente de regulación de este tipo de cláusulas consiste en la inclusión de la buena fe como un “sistema de control de cláusula abierta de las cláusulas abusivas que permite el control judicial según las circunstancias del caso”. (De la Maza Gazmuri, 2003)

Ahora, en Colombia, es un tema que, de acuerdo con la investigación realizada, debe seguirse desarrollando, pues no hay cantidad de normas que regulen la materia. En una primera instancia, la Ley 142 de 1994, sobre servicios públicos domiciliarios, se pronuncia por primera vez sobre los contratos de adhesión con unas consecuencias jurídicas importantes. Bien mencionan Bernal y Villegas (2008) que “Si bien en Colombia no existe una regulación integral sobre

cláusulas abusivas, esta ley adopta un sistema de lista de cláusulas prohibidas, de manera indicativa y no taxativa” y adicionalmente se consideran abusivas “cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo”.

De igual forma, la Ley 1480 de 2011 trae disposiciones importantes respecto a las cláusulas abusivas, en lo que respecta al derecho del consumidor específicamente. El artículo 42 establece que:

“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.”

También debe mencionarse que en materia jurisprudencial, igualmente se ha realizado una interpretación sobre el tema de las cláusulas abusivas. Bien dispone la Corte Suprema de Justicia en SC de 13 dic. 2002, rad. n° 6462, que:

“Son características arquetípicas de las cláusulas abusivas – primordialmente–: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial –vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad–, y c) que generen un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes”.

Es relevante mencionar, que si bien el papel desarrollado desde la práctica, si se mira desde una amplia perspectiva no involucra mayor poder y facultad para tomar decisiones, si aporta en el proceso de negociación, pues es propio de los deberes asignados, revisar detalladamente cada documento que hace parte del contrato, incluso desde la oferta, para advertir y a la vez proponer medidas de mitigación para aquellas cláusulas que a simple vista representan una situación de desequilibrio entre las partes.

## **SER, HACER y SABER**

### **SER**

A lo largo de mi vida, me he identificado y definido como una persona que propugna por el respeto, la humildad, perseverancia y solidaridad. Aunque considero existen muchos otros valores y principios que rigen mi vida, son estos cuatro los principales, pues en cada actividad que desarrollo, en cada relación o contacto con otros, los aplico y me baso en ellos para actuar. Esto ha determinado los rasgos de mi personalidad, y a su vez, mi desempeño como estudiante y como profesional.

Mi paso por la práctica en INDRA ha sido fundamental para continuar profundizando dichos valores, pero también me ha permitido desarrollar otros que antes no lo sabía, pero necesitaba trabajarlos. La capacidad crítica ha sido esencial para poder realizar mis funciones y hacer mi trabajo de la mejor manera, y de este mismo modo, ha sido una herramienta en la que he notado una notable mejoría, ya que logro desenvolverme con mayor facilidad en este aspecto, cosa que al inicio se me dificultó.

De igual manera, mis capacidades comunicativas han aumentado en gran escala, debido a que la práctica es en modalidad virtual, y eso dificulta en ocasiones la comunicación con mis compañeros y jefes, pues además de no conocernos con anterioridad, toda la dinámica laboral se da a través de una pantalla.

### **HACER**

En cuanto al HACER, continúo desarrollando esas capacidades y herramientas que me caracterizan, tales como la creatividad, el dinamismo, el perfeccionismo, cosas que definen quien soy y cómo hago mis actividades, encargos, trabajos. Siempre he sido una persona que se preocupa por abordar cada asunto de una manera creativa, a través de mapas, cuadros, y distintos esquemas, que permiten transmitir la información de una mejor manera. En la práctica, he contado con la fortuna de seguir proyectando mis trabajos mediante estas herramientas y así mismo, ha dejado entrever mi capacidad a la hora de sintetizar información e identificar problemáticas e ideas centrales. Esto se conecta con mi necesidad fundamental de hacer todo de la mejor manera posible, por lo que el orden y el componente estético son dos características que siempre están presentes en todas las labores que desempeño.

### **SABER**

Finalmente, respecto al SABER, ha sido muchísimo lo que me ha dejado la práctica en materia de conocimientos. Ante todo, me ha permitido aterrizar aquello que he aprendido en la carrera, los conceptos, teorías, corrientes, entre otras cosas, por lo que ya no tengo solo aquellos saberes, sino que he podido aplicarlos y entenderlos a través de la experiencia. Además, tratándose de una empresa multinacional, el campo de acción es muy amplio, y no se queda únicamente en la esfera de lo que sucede en Colombia, sino que me ha permitido conocer aspectos de ordenamientos de otros países y realizar una comparación y un análisis con respecto a Colombia.

## **EVIDENCIAS**

En virtud de todo lo descrito a lo largo de este texto, tres de los últimos casos que me llegaron, pueden ser evidencias de lo mencionado.

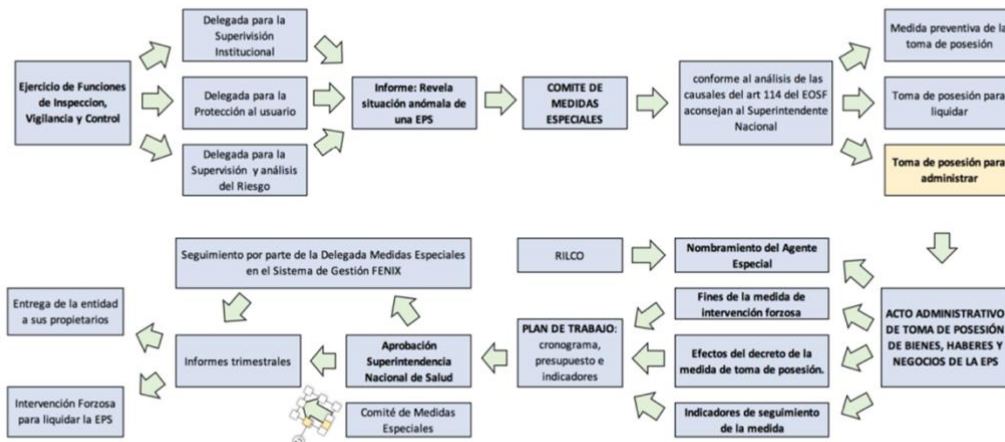
Primero, el caso de la EPS SANITAS S.A.S., en el que el Gobierno Nacional ordena su intervención forzosa administrativa a través de la Superintendencia Nacional de Salud, invocando las causales dispuestas en el artículo 114 del EOSF. El problema radica en que uno de los clientes de INDRA es el grupo KERALTY, dueño de la EPS. Por ende, es preocupante que la relación contractual con este cliente se pueda ver afectada en virtud de los contratos y acuerdos celebrados con SANITAS por un eventual incumplimiento de sus obligaciones. Esto, debido a que tratándose de una empresa del tamaño de KERALTY, la empresa en calidad de proveedor de servicios, se encuentra en ciertos aspectos en una situación de desventaja. Para esto, se realizó en conjunto con mi jefe, Mónica Gutiérrez, el siguiente esquema:

<b>Cliente/NIT</b>	EPS SANITAS S.A.S / 800.251.440 – 6
<b>Resolución</b>	202416000003002-6
<b>Régimen</b>	Estatuto Orgánico Sistema Financiero (EOSF) - Ver Diagrama de Flujo pág. 2
<b>Causales Invocadas</b>	(Art. 114 – EOSF) e. Cuando persista en violar sus Estatutos o alguna ley i. Cuando la entidad no cumpla los requerimientos mínimos de capital de funcionamiento previstos en el artículo 80 de este Estatuto. <sup>1</sup> Afectando la continuidad, disponibilidad, accesibilidad y oportunidad en la prestación del servicio de salud.
<b>Finalidad de la toma de posesión</b>	(Art. 115 – EOSF): i) Si es posible situar a la entidad en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social y adecuada prestación a la población afiliada, o ii) Si pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para los afiliados y pago total o parcial de sus acreencias pendientes, o iii) la entidad debe ser objeto de liquidación.
<b>Se ordenó</b>	Se le ordena al interventor asignado que dentro de su plan de trabajo (tiene un plazo de 30 días calendarios) debe contemplar entre otras tareas, lo siguiente:  "(...)6. Gestionar y realizar la conciliación, depuración y pago de las obligaciones pendiente con la red prestadora y proveedora de servicios y tecnologías en salud, garantizando la estabilización del flujo de recursos y la atención a la población afiliada. (...)".  El Art. 116 EOSF establece que:  "(...) f) La suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de posesión, cuando así lo disponga la Superintendencia(...), en el acto de toma de posesión. En el evento en que inicialmente no se hayan suspendido los pagos, la Superintendencia (...) en el momento en que lo considere conveniente, podrá decretar dicha suspensión(...)".  <b>Conclusión: A la luz de lo establecido en el EOSF y lo ordenado por la Superintendencia Nacional de Salud, por el momento, se puede interpretar que el pago de la cartera pendiente no se encuentra suspendido y que el interventor, debe contemplar dentro del plan de trabajo (que debe presentar a la SuperSalud para su aprobación) la gestión del pago de las obligaciones pendientes a proveedores.</b>
<b>Periodo de posesión:</b>	1 año (2 abril 2024 – 2 abril 2025)
<b>Cartera pendiente (corte 31 marzo 2024)</b>	COP 242.600.176 (información suministrada por el área de finanzas y administración)
<b>Operación en Curso</b>	La facturación por el grupo Keralty es de 36.946.267.111, de lo cual EPS Sanitas es 7.076.129.679 (representa el 19.15%) de toda la operación del grupo Keralty. (información suministrada CG y Project Manager)

<sup>1</sup> Conclusiones del informe presentado en el Comité de Medidas Especiales, que dio lugar a toma de posesión:

- En cuanto a los tres indicadores de condiciones financieras y de solvencia evaluados se identifica que la EPS únicamente presenta incumplimiento del Indicador de Patrimonio Adecuado para el cierre de la vigencia 2023. Frente al Capital Mínimo, Sanitas cumple este indicador en todas las vigencias evaluadas. Finalmente, respecto del indicador de Régimen de Inversiones de la Reserva Técnica, la entidad no cumple desde el cierre de la vigencia 2020 a 2023.
- Los resultados del indicador de siniestralidad PBS financiada con la UPC del Régimen Contributivo y la Movilidad del Régimen Subsidiado entre el cierre de la vigencia 2019 a 2023 aumentó en 11%, pasando del 92,9% al 103,9%.
- Con corte a enero de 2024 EPS SANITAS posee una tasa de reclamaciones en salud de 26.07 acumulada a enero de 2024, así mismo se presenta 15.070 reclamaciones que corresponden al mes de enero 2024.
- En el marco de la auditoría realizada para verificación de la Resolución 497 de 2021, Nueva EPS cumplió con el 57.6% de los estándares de habilitación y permanencia y registro 17 hallazgos.

**Diagrama de Flujo Proceso Intervención EPS**



Fuente: ley 100 de 1993, ley 715 de 2022, Decreto 1015 de 2002, ley 1438 de 2011, decreto 2461 de 2013, decreto ley 663 de 1993 (EOSF), decreto 2555 de 2010, resolución 461 de 2015, resolución 2599 de 2016 y resolución 5917 de 2017.

Así, realizando dicho estudio, se llegó a la conclusión de que por el momento no existe riesgo alguno para INDRA, en tanto el pago de la cartera pendiente no se encuentra suspendido. Sin embargo, dicha situación podría cambiar en el caso en que la Superintendencia Nacional de Salud determine la suspensión de los pagos de las obligaciones causadas, situación en la cual debe entrarse a revisar si es posible la terminación unilateral del contrato o si existe otro mecanismo más favorable.

Por otro lado, llegó un proceso de Telefónica del Perú, y revisando sus condiciones particulares y generales de contratación, se realizaron las siguientes observaciones y posteriormente un análisis de riesgos con el fin de negociar aquellas cláusulas que se consideran desventajosas para INDRA.

#	Numeral	Pag	Documento	Consulta
1	4.6 - R11	15	RFP Alquiler de equipos de BB y RF	solicitamos amablemente aclaración sobre el plazo de entrega del equipamiento en el punto R11 establece una semana a partir de la adjudicación, sin embargo, en el punto 4.2 - R3 establece como fecha límite 8 semanas a partir de la adjudicación.
2	4.6 - R14, R15	16	RFP Alquiler de equipos de BB y RF	Solicitamos se considere la inclusión del siguiente procedimiento: "La aplicación de la penalidad aquí establecida se hará previo el siguiente procedimiento:  1. TELEFONICA le comunicará por escrito a EL PROVEEDOR el presunto hecho constitutivo de incumplimiento, para que en un término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente a la fecha de recibo de la comunicación, otorgue una explicación frente a los requerimientos de incumplimiento que se le formule y/o proceda a tomar todas las medidas correctivas para subsanar los hechos generadores del presunto incumplimiento del contrato. 2. Si EL PROVEEDOR dentro del término mencionado, no manifiesta las razones que le exoneren de responsabilidad y/o subsana los hechos generadores del presunto incumplimiento de ser el caso, o si las presenta y del análisis efectuado por TELEFONICA no se encuentra justificado, se aplicará la penalidad establecida en esta Cláusula.  Sin perjuicio de lo anterior, TELEFONICA también se reserva la facultad de cobrar por vía judicial la reparación integral del perjuicio causado en lo que exceda del valor de la cláusula penal, o de exigir el cumplimiento de la obligación principal."
3	4.6 - R14, R15	16	RFP Alquiler de equipos de BB y RF	Amablemente solicitamos incluir en la versión definitiva del contrato la siguiente redacción: "Las Partes quedarán exentas de toda responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones que se derivan del presente Contrato, por hechos o circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, en la forma dispuesta en la legislación y jurisprudencia peruana. En caso del acaecimiento de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, las Partes comunicarán dicho acaecimiento a la otra Parte, y tomarán las medidas necesarias para evitar un perjuicio mayor y/o de ser el caso suspender el Contrato hasta por un periodo de treinta (30) días hábiles, prorrogables por el mismo término de común acuerdo. En caso en que pasado el término de suspensión y/o su prórroga sigue presentándose el evento de fuerza mayor o caso fortuito, y su persistencia en el tiempo hace imposible cumplir el objeto del contrato, las Partes podrán dar por terminado el presente Contrato, sin que, por este hecho dé lugar al pago de alguna suma por concepto de multa, pena y/o indemnización a favor de alguna de las Partes."
4	4.6 - R14, R15	16	RFP Alquiler de equipos de BB y RF	De acuerdo con las obligaciones derivadas para las partes como resultado del proyecto que pretende iniciarse, consideramos importante delimitar el alcance de la responsabilidad de cada una de ellas, de acuerdo con la facultad que el legislador les ha conferido en virtud del principio regulador de los contratos de la "Autonomía de la Voluntad", para lo cual amablemente solicitamos a la entidad la siguiente redacción: "EL PROVEEDOR responde por el cumplimiento pleno de sus obligaciones. En relación con los perjuicios, las Partes únicamente responderán por el daño emergente derivado de las acciones u omisiones que le sean directamente imputables. En ningún evento las Partes responderán por lucro cesante, daños indirectos, consecuenciales, afectación de reputación comercial y/o pérdida de oportunidad. En todo caso, la responsabilidad de las Partes en ningún evento excederá el cien por ciento del valor pagado a Indra en el presente contrato, salvo en los eventos de dolo o culpa grave o daños contra terceros, en los cuales la responsabilidad será plena."

## 2 RIESGO Y COMPENSACIÓN

### 2.1 Limitación de Responsabilidad

Riesgo	Cláusula	Descripción	Mitigación	Grado
(i) No hay limitación de la responsabilidad de Indra para indemnización o limitación a daños directos	Cláusulas Generales de Contrato de Locación de Servicios: 3. Obligaciones del Locador. 12. Cumplimiento de las Leyes Anticorrupción. 13. Temas Laborales. 14. Seguridad y salud ocupacional	No, se evidencia en las siguientes:  3. Ejecutar el servicio respondiendo por dolo, culpa grave y culpa leve.  12. Indemnizará y mantendrá indemne a Telefónica de todas y cada una de las reclamaciones, daños y perjuicios, pérdidas, penalizaciones y costes (incluyendo, sin limitación, los honorarios de abogados) y de cualquier gasto derivado de o relacionado con un incumplimiento de las Leyes Anticorrupción.  13. De carácter laboral, previsional, contractual, tributario o de otra índole con el personal del Locador se compromete a mantener indemne a Telefónica en caso de reclamaciones o sanciones administrativas.  14. Se obliga a cubrir los daños, incluyendo gastos directos e indirectos, derivados, remediación ambiental.	1. Se solicita a la entidad, que de acuerdo con las obligaciones derivadas para las partes como resultado del proyecto que pretende iniciarse, consideramos importante delimitar el alcance de la responsabilidad de cada una de ellas, de acuerdo con la facultad que el legislador les ha conferido en virtud del principio regulador de los contratos de la "Autonomía de la Voluntad", para lo cual amablemente solicitamos a la entidad incluir en la versión definitiva del contrato la siguiente redacción:  "EL PROVEEDOR responde por el cumplimiento pleno de sus obligaciones. En relación con los perjuicios, las Partes únicamente responderán por el daño emergente derivado de las acciones u omisiones que le sean directamente imputables. En ningún evento las Partes responderán por lucro cesante, daños indirectos, consecuenciales, pérdida de información, afectación de reputación comercial y/o pérdida de oportunidad. En todo caso, la responsabilidad de las Partes en ningún evento excederá el cien por ciento del valor pagado en el presente contrato, salvo en los eventos de culpa inexcusable o daños contra terceros, en los cuales la responsabilidad será plena."  <b>Respuesta por parte de TDP:</b> De acuerdo, se revisará al final con compras.	ALTO

Por temas de confidencialidad, no adjunto mayor información, pero ahí queda evidencia de la revisión exhaustiva que se debe hacer de cada documento que genere efectos vinculantes entre las partes, e intentar negociar sobre aquellas cláusulas que puedan generar un desequilibrio en la relación contractual.

En estos casos, normalmente se propone la redacción de algunas cláusulas de la siguiente manera:

- **CLÁUSULA PENAL:** Amablemente solicitamos a la entidad considerar la siguiente redacción de CLÁUSULA PENAL *“En caso de incumplimiento grave y total que conlleve a la terminación del Contrato por alguna de las Partes, La Parte afectada podrá aplicar por concepto de penalidad a la Parte incumplida un valor equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del Contrato. La aplicación de la penalidad aquí establecida se hará previo el siguiente procedimiento:*
  1. *La Parte afectada le comunicará por escrito a la Parte incumplida el presunto hecho constitutivo de incumplimiento, para que en un término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente a la fecha de recibo de la comunicación, otorgue una explicación frente a los requerimientos de incumplimiento que se le formule y/o proceda a tomar todas las medidas correctivas para subsanar los hechos generadores del presunto incumplimiento del contrato.*
  2. *Si la Parte incumplida dentro del término mencionado, no manifiesta las razones que la exoneren de responsabilidad y/o subsana los hechos generadores del presunto incumplimiento de ser el caso, o si las presenta y del análisis efectuado por la Parte afectada no se encuentra justificado, se aplicará la penalidad establecida en esta Cláusula.*

*Sin perjuicio de lo anterior, la Parte afectada también se reserva la facultad de cobrar por vía judicial la reparación integral del perjuicio causado en lo que exceda del valor de la cláusula penal, o de exigir el cumplimiento de la obligación principal.”*

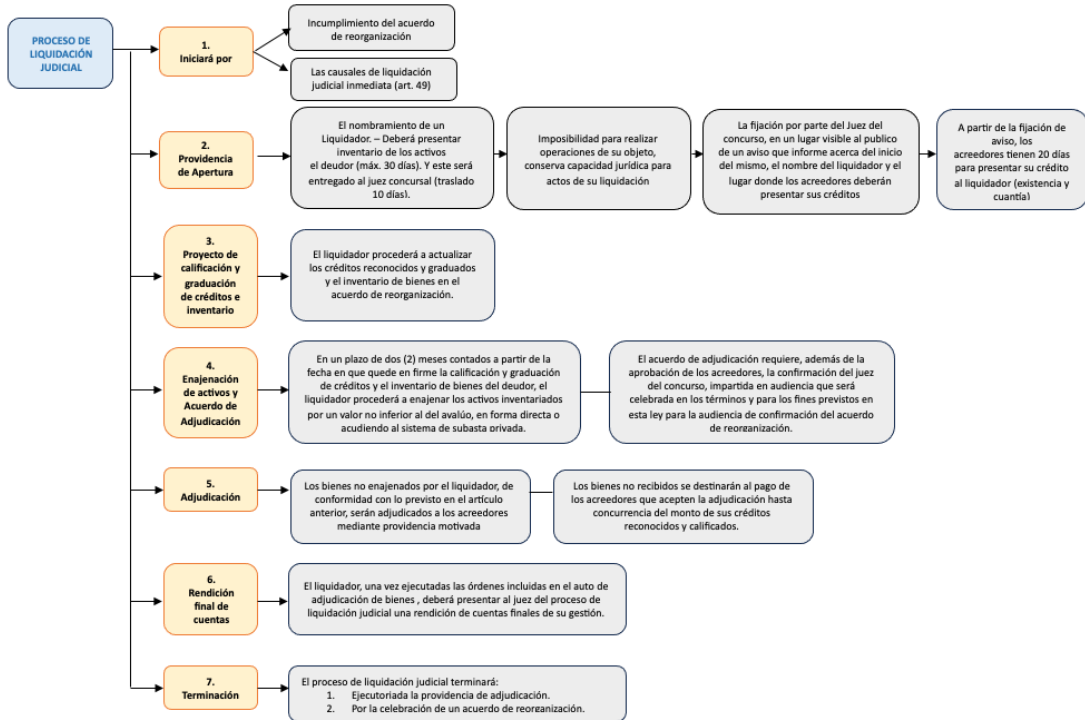
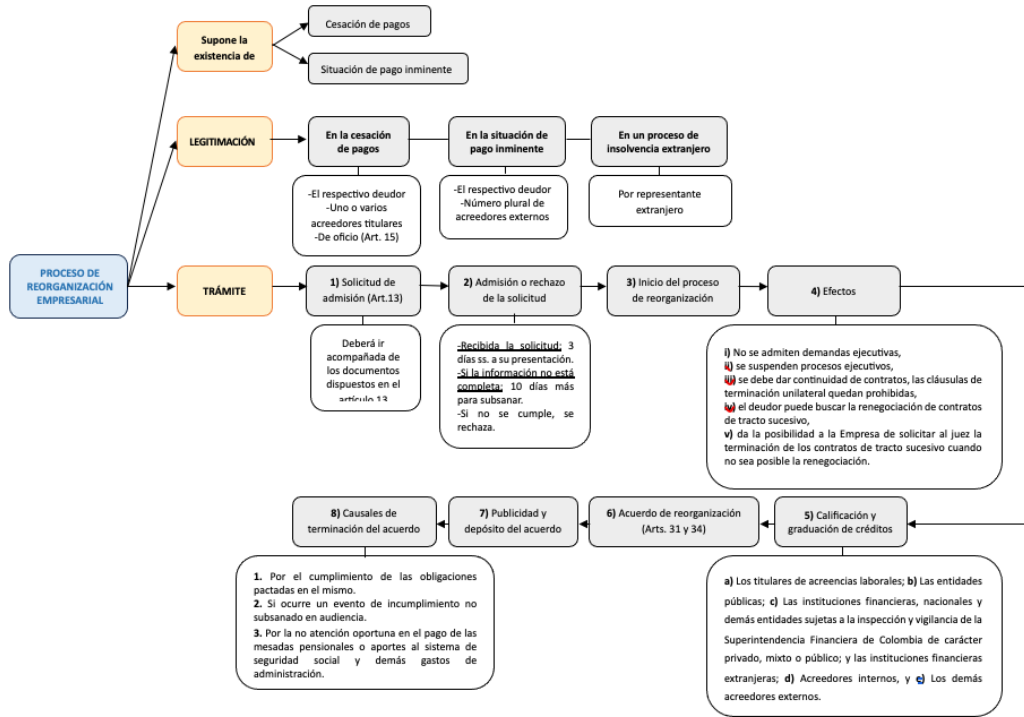
- **CLÁUSULA MULTAS:** Estamos de acuerdo con la imposición de multas para sancionar los incumplimientos parciales en que incurra el Contratista, únicamente nos permitimos solicitar que en los Términos de Referencia Definitivos se modifiquen los términos de imposición de estas sanciones, para tal efecto proponemos que se pacten multas equivalentes al 0.1% del valor de la parte demorada e incumplida, sin que el total de multas impuestas exceda del 10% del valor del contrato. Consideramos que por la naturaleza de estas sanciones (apremiar, constreñir el cumplimiento) estos valores son justos y equitativos, con lo cual se establece una sanción con el poder de coacción que se requiere, dentro de un criterio de equidad y respetando lo dispuesto en el artículo 1596 del Código Civil, en virtud del cual es viable sancionar sobre la parte demorada o incumplida y no sobre aquella que ya está satisfecha o que aún no está vencida.

- **CLÁUSULA LÍMITE DE RESPONSABILIDAD:** Amablemente solicitamos a la entidad incluir en la versión definitiva del contrato la siguiente redacción: *“EL CONTRATISTA responde por el cumplimiento pleno de sus obligaciones. En relación con los perjuicios, las Partes únicamente responderán por el daño emergente derivado de las acciones u omisiones que le sean directamente imputables. En ningún evento las Partes responderán por lucro cesante, daños indirectos, consecuenciales, pérdida de información, afectación de reputación comercial y/o pérdida de oportunidad. En todo caso, la responsabilidad de las Partes en ningún evento excederá el cien por ciento del valor pagado a Indra en el presente contrato, salvo en los eventos de dolo o culpa grave o daños contra terceros, en los cuales la responsabilidad será plena.”*
- **FUERZA MAYOR:** Amablemente solicitamos a la entidad incluir en la versión definitiva del contrato la siguiente redacción: *“Las Partes quedarán exentas de toda responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones que se derivan del presente Contrato, por hechos o circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, en la forma dispuesta en la legislación y jurisprudencia colombiana. En caso del acaecimiento de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, las Partes comunicarán dicho acaecimiento a la otra Parte, y tomarán las medidas necesarias para evitar un perjuicio mayor y/o de ser el caso suspender el Contrato hasta por un período de treinta (30) días hábiles, prorrogables por el mismo termino de común acuerdo. En caso en que pasado el termino de suspensión y/o su prórroga sigue presentándose el evento de fuerza mayor o caso fortuito, y su persistencia en el tiempo hace imposible cumplir el objeto del contrato, las Partes podrán dar por terminado el presente Contrato, sin que, por este hecho dé lugar al pago de alguna suma por concepto de multa, pena y/o indemnización a favor de alguna de las Partes.”*

Por último, el caso de Partners Telecom Colombia S.A.S., más conocido como WOM, ha sido de gran relevancia para la empresa, pues INDRA ostenta la calidad de acreedor en el proceso de reorganización empresarial en el que acaban de ser admitidos, a la luz de la Ley 1116 de 2006. Esta situación ha sido compleja, pues en virtud de los términos en que se contrató con ellos, no se estipuló causal de terminación unilateral a favor de INDRA, por lo que no se pudo terminar la relación antes de que fuera admitido por la Superintendencia de Sociedades en este proceso. Ahora que ya se admitió la solicitud, en virtud de la Ley 1116 no es posible dar por terminada la relación contractual ni mucho menos procede el inicio de ningún tipo de proceso en contra del deudor.

Teniendo en cuenta lo anterior, tuve que revisar a profundidad la ley, y a través de un esquema plasmar en qué consisten, a grandes rasgos, los procedimientos contemplados en ella. A continuación se adjunta evidencia:

RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL – LEY 1116 DE 2006



## REFERENCIAS

- Arango-Grajales, M. (2016). La causa jurídica de las cláusulas abusivas. *Estudios Socio-Jurídicos*, 18(1), 243-266.  
<http://www.dx.doi.org/10.12804/esj18.01.2016.08>
- Bernal-Fandiño, M. y Villegas-Carrasquilla, L. (2008). Problemas de la contratación moderna y la protección al consumidor en las tecnologías de información y comunicación. *Vniversitas*, (117), 153-170.  
[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-90602008000300006&lng=en&tling=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602008000300006&lng=en&tling=es).
- Campos-Zamora, F.J. (2009). Nociones fundamentales del realismo jurídico. *Revista de Ciencias Jurídicas* (122), 191-220.  
<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13562/12850>
- Cárdenas, J. (2021). *Contratos: Notas de Clase* (1ª ed.). Legis.
- Código Civil. Ley 84 de 1873. Art. 1495, 1524 y 1602. 26 de mayo de 1873 (Colombia).  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)
- Constitución Política de Colombia. Art. 13, 14, 16, 28, 42 y 333. 20 de julio de 1991 (Colombia).  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre, 1948,  
<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- De la Maza Gazmuri, I. (2003). Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?. *Revista chilena de derecho privado*, (1), 109-148.  
<https://rchdp.udp.cl/index.php/rchdp/article/view/375/358>
- Díez-Picazo, L., Roca-Trias, E., y Morales-Moreno, A. M. (2002). Los principios del derecho europeo de contratos. *Madrid: Civitas*.
- González, E y Rodríguez, L.G. (2015). La función del derecho desde la perspectiva del funcionalismo estructural. *Inciso* n°17, 71-83.  
<https://sophia.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/397/628>
- Hinestrosa, F. (2014). Función, límites y cargas de la autonomía privada. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, n.º 26, 5-39.  
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3794/4033>
- Lacayo, MA. (2018). El principio de la autonomía de la voluntad en los contratos con condiciones generales en el ordenamiento colombiano. *Catálogo Editorial Politécnico Grancolombiano*, 1(64-4), 45-76.  
<https://revistas.poligran.edu.co/index.php/libros/article/view/1977>

- Larroumet, C. (1999). *Teoría general del contrato* (vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., trad. de Jorge Guerrero). Editorial Temis, Bogotá, p. 207.  
<https://es.scribd.com/document/516526469/Teoria-General-Del-Contrato-Larroumet-T1>
- Ley 142 de 1994. (1994, 11 de julio). Congreso de la República. Diario Oficial No. 41.433.  
[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0142\\_1994.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0142_1994.html)
- Ley 1116 de 2006. (2006, 27 de diciembre). Congreso de la República. Diario Oficial No. 46.494.  
[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1116\\_2006.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1116_2006.html)
- Ley 1480 de 2011. (2011, 12 de octubre). Congreso de la República. Diario Oficial No. 48.220. Art. 5 (num. 4) y art. 42.  
[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1480\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html)
- Pérez Vives, A. (2009). *Teoría general de las obligaciones* (4<sup>a</sup> ed.). Ediciones Doctrina y Ley.
- Posada Torres, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, n.º 29, 141-182. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123-43662015000200007&script=sci\\_arttext#num1](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123-43662015000200007&script=sci_arttext#num1)
- Puente y Lavalle, M. de la. (1996). La libertad de contratar. *THEMIS Revista De Derecho*, (33), 7-14.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11856>
- Sentencia 6462/02. (2002, 13 de diciembre). Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil). (Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, M.P.).  
[https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol\\_75992041d8dbf034e0430a010151f034](https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_75992041d8dbf034e0430a010151f034)
- Sentencia T-152/06. (2006, 27 de febrero). Corte Constitucional. (Rodrigo Escobar Gil, M.P.).  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-152-06.htm>
- Sentencia C-993/06. (2006, 29 de noviembre). Corte Constitucional. (Jaime Córdoba Triviño, M.P.).  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-993-06.htm>
- Sentencia C-1194/08. (2008, 3 de diciembre). Corte Constitucional. (Humberto Antonio Sierra Porto, M.P.).  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-1194-08.htm>
- Sentencia C-934/13. (2013, 11 de diciembre). Corte Constitucional. (Jorge Iván Palacio Palacio, M.P.).  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-934-13.htm>

Smith, A. (1994). *La Riqueza de las Naciones* (trad. de Jorge Guerrero). Alianza Editorial Madrid, ISBN: 84-206-0665-0.  
[http://www.iunma.edu.ar/doc/MB/lic\\_historia\\_mat\\_bibliografico/Fundamentos%20de%20Economía%20Política/194-Smith,%20Adam%20-%20La%20riqueza%20de%20las%20naciones%20\(Alianza\).pdf](http://www.iunma.edu.ar/doc/MB/lic_historia_mat_bibliografico/Fundamentos%20de%20Economía%20Política/194-Smith,%20Adam%20-%20La%20riqueza%20de%20las%20naciones%20(Alianza).pdf)

Weber, M. (1922). *Economía y Sociedad* (J. Winckelmann, Ed.). Fondo de Cultura Económica.  
<https://zoonpolitikonmx.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/08/max-weber-economia-y-sociedad.pdf>