

**Las “Cláusulas Petro” a la luz del derecho contractual colombiano**

**Juan Camilo Betancourt Arbeláez**

**Pontificia Universidad Javeriana Cali**

**Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales**

**Carrera de Derecho**

**Trabajo de Grado**

**Dr. Edgar Germán Salazar**

**15 de noviembre de 2022**

*Si alguien pudiese convencerme y hacerme patente que no pienso ni obro rectamente, de grado cambiaría de conducta. Busco la verdad que no ha dañado nunca a ninguno; que es dañarse, por el contrario, obstinarse en su error y en su ignorancia.*

(Marco Aurelio, c. 170d. C.)

*\*Juan Camilo Betancourt Arbeláez*

## **Resumen**

En víspera de las elecciones presidenciales que se llevaron a cabo en Colombia para el año 2022, dentro de los distintos contratos y negocios jurídicos. Una columna periodística mencionó el hecho de que, se empezaba a implementar una cláusula condicional basada en que se resolvería el contrato, liberando a las partes de toda obligación, en el supuesto de que Gustavo Petro llegase a la presidencia, posteriormente la cláusula fue acuñada con el nombre de “Cláusula Petro”, dando de esta manera, una apertura al diálogo teórico en torno a este tipo de cláusulas. En el presente trabajo se analizará y estudiará los conceptos asociados tanto a la autonomía privada como los de la teoría de las cláusulas abusivas dentro de los contratos celebrados entre particulares que ostentan la calidad de profesionales exclusivamente, fundado en las normas jurídicas, los trabajos académicos y en los fallos jurisprudenciales más relevantes para la materia dentro del ordenamiento jurídico, para posteriormente confrontar los mencionados conceptos y con ello, determinar si una cláusula como la mencionada ostenta elementos que se puedan considerar como abusivos, o por el contrario, se encuentra dentro de un margen legal atribuido por la autonomía privada.

**Palabras claves:** Autonomía privada, límites, contratos, cláusulas abusivas, buena fe, condiciones, orden público económico, nulidad.

**Abstract:**

On the eve of the presidential elections that took place in Colombia in 2022, within the wide variety of contracts and legal business. A newspaper column mentioned the fact that a conditional clause was beginning to be implemented based on the fact that the contract would be terminated, releasing the parties from all obligations, in the event that Gustavo Petro became the country's president. Afterwards, the clause was given the name "Cláusula Petro", thus giving an opening to the theoretical dialogue around this type of clauses. This paper will analyze and study the concepts associated with both private autonomy and the theory of unfair terms in agreements made between individuals who are exclusively professionals, based on legal norms, academic works, and the most relevant jurisprudential rulings on the matter within the legal system, in order to subsequently confront the aforementioned concepts and thereby determine whether a clause such as the one previously mentioned has elements that may be considered abusive, or on the contrary, is within a legal margin attributed by private autonomy.

**Keywords:** Autonomy of the will, limits, contracts, unfair terms, goog faith, conditions, public economic order, nullity.

## TABLA DE CONTENIDO:

<b>1. Introducción.</b>	<b><u>6</u></b>
<b>2. Metodología.</b>	<b><u>11</u></b>
<b>3. Objetivos.</b>	<b><u>11</u></b>
3.1 Objetivo general.	<b>11</b>
3.2 Objetivos específicos.	<b>11</b>
<b>4. CAPÍTULO 1: Conceptualización de la autonomía de la voluntad privada, en conjunto con sus límites.</b>	<b><u>12</u></b>
4.1 Límites al principio de la autonomía de la voluntad privada.	<b><u>18</u></b>
<b>5. CAPÍTULO 2: Concepto y marco regulatorio de las cláusulas abusivas dentro del ordenamiento jurídico colombiano.</b>	<b><u>23</u></b>
5.1 Conceptualización general de las cláusulas abusivas.	<b><u>25</u></b>
5.2 Regulación de las cláusulas abusivas en contratos celebrados entre dos comerciantes profesionales dentro del ordenamiento jurídico colombiano.	<b><u>30</u></b>
<b>6. CAPÍTULO 3: Autonomía de la voluntad de los profesionales frente a la figura de las cláusulas abusivas. Análisis de la “Cláusula Petro”.</b>	<b><u>35</u></b>

6.1 Ejemplo de cláusula.	<a href="#"><u>36</u></a>
6.1.2 Escenarios donde se implementaría la cláusula.	<a href="#"><u>40</u></a>
<b>7. Conclusiones.</b>	<a href="#"><u>45</u></a>
<b>8. Referencias bibliográficas.</b>	<a href="#"><u>49</u></a>

## **1. INTRODUCCIÓN:**

Existen temáticas y conceptos dentro del campo del derecho privado que son absolutamente indispensables y, por esa misma razón, esos temas son referenciados en casi todos los escenarios académicos (y la presente investigación no será la excepción). Dentro de los temas comentados se podrían referenciar, por ejemplo, el principio de la autonomía de la voluntad privada, el negocio jurídico, el contrato, el abuso del derecho, la buena fe, las cláusulas abusivas, entre otros.

El fenómeno que específicamente concierne al presente trabajo de grado, no ha sido realmente abordado ni estudiado por los distintos juristas y académicos especializados en la rama privada del derecho, ello encuentra su razón de ser en que, es una práctica nueva y seguramente ni siquiera ha sido implementada dentro de las distintas estipulaciones contractuales. Lo cierto es que, tal y como se mencionará con mayor detalle posteriormente, fue un anuncio periodístico lo que generó revuelo en torno a este tema en específico y llevó a que ciertos juristas lo trataran escuetamente. Es por lo anterior que, la inquietud en abordar el tema que será objeto de estudio en el presente trabajo de grado nace a partir de la mencionada nota periodística, abriéndole la puerta a un posible diálogo teórico, entendiéndose por ello que, no se referenciarán casos fácticos y reales donde se visualice a

la cláusula en comento, sino que, se estudiará todo desde el ámbito teórico y se trabajará en un supuesto de que llegase a existir para futuras elecciones.

Contextualizando un poco, se debe hablar respecto de los empresarios, los comerciantes y demás agentes dentro del comercio donde se suscitan los negocios y consecuentemente se desarrollan los distintos contratos. Conceptualizando al comerciante, al menos desde una perspectiva legal, se entendería como todas aquellas personas que realicen profesionalmente una de las actividades que la ley considera como mercantiles (según lo establecido por el artículo 10 del Código de Comercio).

Asimismo, estos comerciantes hacen parte de la economía, por lo cual, ya desde nociones por fuera de lo jurídico y más centradas en lo económico, donde se pueda globalizar más el concepto en particular. Así pues, un agente económico es “un operador que ejerce alguna acción en el mercado” (González de Cossio, 2005, 445). A su vez, es importante tener en cuenta que, “para adoptar una decisión, los agentes económicos no tienen en cuenta sólo los valores actuales y pasados de las variables relevantes, sino que formulan y consideran predicciones sobre valores futuros” (García, 1995, p. 2).

Dicho en otras palabras, y ya asociando esta información al ámbito jurídico, los agentes del mercado, ante la posibilidad de que llegue a suceder algún hecho en específico, toman ciertas decisiones en aras de salvaguardar su patrimonio, amparados en la autonomía de la voluntad privada, la cual se manifiesta en estos casos mediante la libertad contractual, sea para decidir si contratan o no con su par, qué tipo de cláusulas y elementos accesorios incorporarán dentro de los contratos y hasta el hecho de determinar si las prestaciones jurídicas dependan de una condición o plazo.

Para ir particularizando correctamente la problemática que compete al presente estudio, resulta menester traer a colación la situación que se presencié dentro de los meses

precedentes a la elección de Gustavo Petro como nuevo presidente de Colombia para el período comprendido entre el 2022 y 2026, situación que se encuentra intrínsecamente relacionada con esta temática. Puesto que, el mencionado suceso político tuvo gran repercusión para los anteriormente referenciados agentes económicos y, consecuentemente, también tuvo repercusiones en el ámbito jurídico.

Por otro lado, aunque el presente estudio se centre mayormente en los aspectos relevantes que puede aportar el ordenamiento jurídico colombiano desde su normativa, jurisprudencia y doctrina, aunado a que, el fenómeno teórico objeto de estudio yace a partir de la nota periodística publicada en las épocas precedentes a las elecciones presidenciales de Colombia, si se debe aclarar que, este es un hecho que puede llegar a visualizarse en cualquier Estado. Además, los inversores y comerciantes en todo el mundo se encuentran sumamente preocupados, debido a que, según lo establecido por el Fondo Monetario Internacional en el informe sobre la estabilidad financiera (2022) la crisis económica es una preocupación mundial, la economía cada vez se torna menos estable y, por ende, más volátil. Si se compara con los informes emitidos el año pasado, los cuales ya eran desalentadores, los riesgos que ostenta la economía han aumentado y, por si no fuese poco, la inflación está en cifras sumamente altas en todas las regiones del mundo.

Fundando aún más la anterior argumentación, si la situación mundial se encuentra debilitada, claramente el escenario latinoamericano no será muy alentador. Para tener un panorama más detallado de lo que es la situación actual de Latinoamérica, es importante tener en cuenta lo que establece el Centro de Estudios Internacionales UC et al., (CEIUC, 2022), en su investigación, donde narra lo siguiente:

Más allá de la pandemia, ALC presenta condiciones estructurales que dificultan el flujo de capitales desde el exterior. México es uno de los casos emblemáticos, con su presidente Andrés López Obrador enfrentado con instituciones claves; episodios de



inestabilidad política en Perú o Ecuador; Argentina, con controles de precios e incumplimiento de deudas; problemas con el narcotráfico y seguridad en Honduras y Guatemala, entre otros. Del mismo modo, se avecina un nuevo ciclo electoral en un polarizado Brasil y en Colombia los sondeos son liderados por un ex guerrillero de izquierda. La incertidumbre permanece en niveles altos y el Estado de Derecho no atraviesa por su mejor momento en la región. (p.28)

Para resumir lo anterior, puede afirmarse que el escenario económico en el mundo, en Latinoamérica y en Colombia se encuentra para la fecha en una situación de grave riesgo, lo cual, preocupa enormemente a los agentes del mercado. Además, sumado a todo lo anterior respecto de la economía, dentro del Estado colombiano, tal y como se mencionó por el CEIUC, el ambiente político se encontraba para la fecha de su redacción, en una tensión latente debido a las elecciones presidenciales, las cuales elegirían el nuevo rumbo del país y por supuesto de la economía colombiana.

De esta manera, se debe aclarar que, la realidad es que las elecciones las ganó el “ex guerrillero de izquierda”, como es llamado por el Centro de Estudios. No obstante, como se mencionó previamente, en los meses anteriores a las elecciones presidenciales la incertidumbre desbordó a los economistas e inversores, donde según lo planteado por el artículo periodístico, estos en aras de proteger su patrimonio (no es claro si actuando a la luz de la legalidad y validez jurídica o no, lo cual, es objeto de estudio), empezaron a desarrollar tipos contractuales y específicamente, clausulados dentro de sus negocios jurídicos que ataban el despliegue y la ejecución de las prestaciones jurídicas a los resultados de la contienda presidencial.

Debido al poco estudio por parte de los distintos académicos que se tiene respecto de este tipo particular de cláusulas y, consecuentemente, el vacío académico que hay respecto del tema en comento, se aumenta el interés por investigar el tema. Lo anterior,

teniendo en cuenta que, muy seguramente como sucede en muchas de las estipulaciones e instituciones creadas en materia de derecho comercial, dichas cláusulas pudiesen ser reiteradas no solo en Colombia en elecciones futuras, sino en diversos Estados mediante la costumbre. En ese sentido, resulta necesario traer a colación, lo dicho por el Dr. Ramiro Bejarano Guzmán (2022), en su columna periodística, donde esclarece con mayor énfasis la situación que se presenció:

En algunos sectores económicos y empresariales, de los que andan temblando ante la eventualidad de que Petro llegue a la Presidencia, se ha puesto en marcha la estrategia sucia de incluir una estipulación en los grandes contratos que se vienen suscribiendo, por medio de la cual las partes, dizque en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pactan que el contrato solo empezaría a ejecutarse si Petro resulta vencido en las elecciones presidenciales, o que se deje sin efectos si llegare a convertirse en presidente. A este esperpento negocial ya le tienen nombre: la cláusula Petro. (par. 2).

Es pues esta, la nota periodística que da apertura al análisis teórico que se tiene planteado para el presente trabajo, donde, amparados en la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual, los distintos particulares previendo la victoria de Gustavo Petro en las elecciones presidenciales, establecerían dentro de sus negocios jurídicos cláusulas con obligaciones condicionales, tanto suspensivas como resolutorias, donde el contrato se terminaría unilateralmente y sin derecho a indemnizaciones, si aquel posible acontecimiento sucedía o sencillamente, suspendiendo y supeditando los efectos jurídicos del mencionado negocio al devenir electoral, dependiendo la ejecución de dicho contrato de lo que decidan los sufragantes.

En virtud del problema esbozado, el presente trabajo plantea como pregunta de investigación: ¿Las distintas cláusulas condicionales que se asemejen a la llamada “Cláusula Petro” se encuentran amparadas bajo la tutela de la autonomía privada y la

libertad contractual o por el contrario se tornarían en abusivas y consecuentemente, en ineficaces o inválidas?

Para desarrollar la pregunta en mención, el presente trabajo se dividirá en tres capítulos distintos, donde en el primero de ellos, se iniciará presentando el contexto histórico en el cuál surgió el principio de la autonomía de la voluntad privada, para posteriormente desarrollar su concepto y el alcance de este dentro de la figura del negocio jurídico y por último, terminar con los límites que la autonomía ostenta dentro del ordenamiento jurídico. En el segundo capítulo, se analizará la figura de las cláusulas abusivas, así como las bases existentes dentro de los ordenamientos que sirven de sustento jurídico para regular a ese tipo de cláusulas, donde se mencionarán figuras como el abuso del derecho y la buena fe y posteriormente, terminar con el marco regulatorio que tienen aquellas cláusulas en los negocios llevados a cabo entre dos comerciantes profesionales dentro del ordenamiento jurídico colombiano, dejando claro que el presente trabajo versará sobre este tipo de relaciones y no aquellas donde la parte débil es un consumidor. Por último, en el tercer capítulo, se aplicará conjuntamente todo lo que se haya estudiado hasta el momento con un ejemplo de la cláusula y con ello, lograr responder la pregunta general señalada en el párrafo anterior.

## **2. METODOLOGÍA:**

De esta manera, para dar respuesta a la pregunta central sobre la investigación planteada se utiliza una metodología cualitativa, donde se investigarán y analizarán las fuentes normativas y doctrinarias que hayan analizado los temas relevantes asociados dicha investigación, asimismo, se ahondará en autores de corte internacional, sin embargo, se enfatizará en los autores nacionales, en especial a la hora de conceptualizar la figura de las cláusulas abusivas, además, se referenciarán las fuentes jurisprudenciales más importantes para la materia, donde algunas de las sentencias citadas son de tal relevancia

que han determinado el marco jurídico o han sido consideradas como sentencias hito en su campo específico.

Así, se plantearon los siguientes:

### **3. OBJETIVOS:**

#### ***3.1 Objetivo general***

Contrastar el principio de la autonomía de la voluntad privada con la figura de las cláusulas abusivas y así determinar si, una cláusula condicional como la “Cláusula Petro” se le puede dar la connotación de abusiva.

#### ***3.2 Objetivos específicos***

- Conceptualizar la autonomía privada en conjunto con los límites que ostenta el mencionado principio, aunado al alcance que tienen los mencionados conceptos dentro del negocio jurídico.
- Exponer la noción de la figura de las cláusulas abusivas así como los conceptos relacionados a esta, a la luz de la doctrina nacional e internacional y la jurisprudencia colombiana.
- Analizar la mencionada cláusula relacionando los conceptos vistos y considerarse como abusivos y de serlo, qué consecuencia jurídica acarrearía.

### **4. CAPÍTULO 1: Conceptualización de la autonomía de la voluntad privada, en conjunto con sus límites.**

El comercio y la economía han acompañado al ser humano a lo largo de toda su historia. Así, el humano ha intercambiado bienes, servicios y ha realizado negocios con sus

pares. Lo anterior, es debido a un instinto natural arraigado a la raza humana que no ostenta ningún otro tipo de animal, aquel instinto es el de mutar, intercambiar o negociar. La historia demuestra que la economía se desarrolló mediante tratos. Así, si alguien no tenía y necesitaba de un bien o servicio que otro sí tenía y viceversa, es decir, el otro a su vez, necesitaba de algo que el primero de los individuos le podía proveer, realizaban el intercambio. Así, todo se zanjaba mediante un intercambio de estos bienes o servicios (Smith, 1776).

Posteriormente, pasando unos años por el desarrollo de la historia, aproximadamente entre tres a cuatro siglos atrás, se dice que existían cuatro distintos tipos de convenciones o negocios, los cuales se podrían resumir en:

las que se dan recíprocamente una cosa por otra, hace alguna cosa cada uno por el otro, o bien el uno hace y el otro da, o en fin, uno solo hace o da y el otro no hace ni da nada (Domat como se citó en Hineirosa, 2015, p.48).

De esta manera, a partir de la evolución de las civilizaciones, se han ido desarrollando y tecnificando los convenios entre particulares. Así, debido a la importancia que cobraron los convenios, los Estados a través del Derecho empezaron a introducirse en la esfera privada y consecuentemente, regularon las relaciones entre particulares en aras de establecer límites y reglas para desarrollo de vínculos negociales. En consecuencia, con el transcurrir del tiempo comenzó a existir una mayor variedad de tipos contractuales en materia negocial, adaptándose de esta manera el derecho a las nuevas y cada vez más complejas necesidades económicas.

Según lo planteado por los autores Ospina y Ospina (2000), con el pasar de los años, los Estados empezaron a delegar el poder que ostentaban aquellos para regular y legislar a los propios individuos. Lo anterior, con el fin de que estos empezaran a moldear

sus vínculos conforme a sus propias preferencias. Esta atribución concedida a los particulares es justamente el postulado de la autonomía de la voluntad privada, principio de grandísima importancia y relevancia en la esfera del humano, adquiriendo para gran parte de la doctrina una connotación de institución natural del Derecho. Por otro lado, una de las primeras y más importantes fuentes formales a la cual se remonta dicho postulado, es el Código de Napoleón de 1804. Asimismo, este código surgió en un clima social, donde predominaba el racionalismo, el ultra individualismo, y el liberalismo político, donde el individuo era entonces, juez y amo supremo de sus propias relaciones e instituciones, con lo cual, es fácil interpretar que, los redactores del mencionado Código propendieron por la búsqueda de la mayor libertad posible en las transacciones particulares.

Habiendo realizado un breve recuento en torno al escenario en el cual surgió el principio de la autonomía de la voluntad privada, es necesario en este momento, conceptualizar el mencionado principio, basándose en nociones que resulten más recientes. De esta manera, la autonomía de la voluntad privada para el maestro Hinestrosa (2014) se puede entender como un:

Poder reconocido a los particulares para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos, autonomía negocial que explica la concurrencia del poder de disposición particular con el poder normativo del ordenamiento y la colaboración entre ellos. (p.7)

A su vez, este al ser un principio que guarda tanta relevancia en el mundo jurídico, ha adquirido ciertas connotaciones o características, dotadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, es por ello que, vale la pena referenciar algunas de ellas, para ello se citará al autor español Alfonso de María Casado.

Bien, Casado (2018) aduce que este principio se puede entender como un poder de gobierno otorgado por el ordenamiento jurídico al individuo para ordenar y reglamentar sus propias relaciones jurídicas, donde podrá llevar a cabo negocios y contratos y a las mismos, implementarle normas de carácter inter-partes para regularlos conforme a sus necesidades. Además, sugiere que la autonomía de la voluntad es una regla de eficiencia económica especialmente en Estados donde predominan las libertades económicas, en otras palabras, los negocios suelen llevarse a cabo con mayor eficiencia si los partícipes del mercado ostentan la facultad de reglamentar sus intereses y decidir sobre la asignación de sus propios recursos. Además, es una regla moral, dado que cada individuo debe asumir con responsabilidad las consecuencias de su propio actuar y acarrear los efectos jurídicos que ello conlleva. Por último, el autor trata la dimensión normativa de este principio, mencionando que, de antaño a los convenios y negocios se les ha otorgado el mismo posicionamiento que ostenta la ley para los partícipes del contrato.

Ahora bien, es importante en este instante referenciar otra figura de grandísima relevancia para el derecho, como lo es el negocio jurídico. En ese sentido, en el ámbito económico-social, esta figura nace a la vida jurídica como el mecanismo técnico o herramienta para que se pueda desarrollar eficazmente aquel reconocimiento que da el ordenamiento jurídico a los particulares para que estos regulen sus propios intereses cuando se encuentran en la búsqueda de diversos efectos jurídicos. El negocio jurídico constituye entonces, el medio o canal más propicio para la materialización de la autonomía privada (Fraga & Cosme, 2012).

Siguiendo la misma línea, respecto del mencionado negocio jurídico, podría establecerse lo dicho por Ascarelli, (como se citó en Ferrer, 2011):

Lo que caracteriza el negocio jurídico y lo que hace de él, el instrumento fundamental de la autonomía de la voluntad es la posibilidad de que las partes, aun cuando sea dentro

de determinados límites, regulen las consecuencias del negocio en conformidad a los propios intereses (...). (p.64)

Asimismo, se debe mencionar que, aunque existan otras tipologías de negocios jurídicos, por excelencia el principal y más reiterado por los particulares es el contrato. En ese sentido, este poder jurídico o facultad que ostentan los individuos (autonomía privada) dentro de la contratación, podría entenderse de diversas maneras, tales como: tomar la respectiva decisión de si se lleva a cabo un contrato o no; escoger a la otra parte con la cual se llevará a cabo el negocio jurídico; establecer todo el contenido que llevará el contrato, entendiendo ello como, cláusulas o distintas determinaciones accesorias al mismo que se hayan pactado en medio de la negociación, entre otras. En ese sentido, es menester dejar claro que, se está hablando en este caso de la autonomía privada materializada en la libertad de contratación, la cual, se clasifica en dos tipos, una como libertad de contratar o libertad de conclusión y la otra, como libertad contractual o libertad de configuración interna (Sotto & Vattier, 2011).

Llegados a este punto, se debe aclarar respecto de este postulado de la autonomía privada y todas las libertades anteriormente mencionadas que se desprenden de aquel que, aun en contraposición a lo que ciertos autores han creído (lo cual, se mencionó cuando se referenció a los autores Ospina y Ospina (2000)), no son postulados originarios y absolutos, por ende, se encuentran dentro de una virtualidad jurídica con límites preestablecidos. A todo esto, el jurista italiano Ferri (1959), entiende que, el poder o facultad que se otorga a los individuos basado en el principio de la autonomía privada no es un poder originario, en otras palabras, no es un derecho natural que se le atribuye al humano per se por su condición. Por el contrario, esta es una facultad atribuida a los individuos por parte de una norma superior, la cual dota de tal autonomía, pero a su vez también fija los límites.



En otras palabras, el autor establece que, esta autonomía privada es un poder creador, aquel poder se manifiesta en el negocio jurídico o contrato, con lo cual, este negocio o contrato como manifestación integral de la voluntad de las partes se encuentra dentro de un campo de juego (si cabe el uso de tal analogía), el cual ostenta el nombre de ordenamiento jurídico, dentro del cual, el mencionado negocio jurídico encontrará su nacimiento, punto de partida y límites, teniendo entonces que desenvolverse en el margen atribuido por este. En conclusión, el jurista italiano entiende a la autonomía privada como un poder normativo limitado.

Para reforzar la argumentación anteriormente esbozada, es menester citar lo dicho por las autoras Fraga y Cosme (2012), quienes afirman que:

Todo acto jurídico, y dentro de él, por supuesto, el contrato, surge dentro de un contexto legal preexistente, que le da virtualidad jurídica y eventualmente lo completa. El principio de autonomía de la voluntad no es, por tanto, absoluto e ilimitado, sino que encuentra actualmente notables restricciones que han condicionado un rediseño de dicho principio, manifestado en la llamada crisis o decadencia de la autonomía de la voluntad. (p.33)

Siguiendo con la misma línea, resulta importante traer a colación los límites como anteriormente se empezó a mencionar, que ostenta el principio de la autonomía privada.

Así pues, según lo expuesto por el maestro Hinestrosa (2015), el negocio jurídico y con él, todo su contenido, debe respetar inexorablemente ciertas reglas de conducta, las cuales se estiman fundamentales y se tornan de obligatorio cumplimiento por los individuos. Dichas reglas señalan lo que es correcto y lo que ofende a los sentimientos colectivos de una sociedad en determinada etapa cronológica, este derecho infranqueable por parte de los individuos se le conoce como el *ius Cogens*, normativa que se expresan en leyes de

carácter imperativo. No obstante, en otras ocasiones las limitaciones no resultan tan claras de entender, o mejor dicho, no están estipuladas positivamente dentro de un código o una ley. Por el contrario, se encuentran remitidas en criterios, sentires o ideologías sociales (buenas costumbres, orden público).

Por otra parte, los límites que se acaban de mencionar, no sólo se expresan en el contenido del negocio, sino también en aspectos extrínsecos a él, por ejemplo, en la causa. Pues bien, menciona Hineirosa (2015) que, recientemente la jurisprudencia francesa dentro de sus decisiones se ha referido al basto alcance que pueden llegar a tener los deberes de lealtad y corrección, hasta el punto de decretar la nulidad por la ilicitud del negocio jurídico en su totalidad o de alguna cláusula en particular, precisamente con fundamento en la causa ilícita, aduciendo que, los individuos que hacen parte de la negociación deben conocer de antemano que existen ciertas reglas de conducta que deben de ser respetadas y si se pasan por alto dichas reglas, no pueden ser sorprendidas las partes posteriormente, si el aplicador de la norma invalida su vínculo negocial. En suma, un negocio puede ser declarado nulo, no solo por cuestiones relacionadas al contenido y objeto del negocio jurídico, sino también por la causa.

Evidentemente todo lo expuesto hasta el momento se puede visualizar dentro del ordenamiento jurídico colombiano, es decir, dentro de códigos se estipula al principio de la autonomía privada y a su vez, en el mismo cuerpo normativo se le crean sus propios límites (al menos los clásicos). Es así como dentro del artículo 1602 del Código Civil colombiano, se establece el principio del *Pacta Sunt Servanda*, (El contrato será ley para las partes y no puede ser invalidado sino por causas legales).

Por otro lado, dentro de la misma Ley 57 de 1887, se puede observar la manifestación del principio de la autonomía privada en artículos como el 15 y 16, donde en el último se hace especial alusión a los límites clásicos de este postulado, preceptuando lo

siguiente: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”; la misma referencia podría hacerse del Código de Comercio, donde artículos como el 4 y el 871 preceptúan situaciones similares, dándole un margen de importancia muy grande a las estipulaciones privadas que se pacten conformes a derecho, cuando por ejemplo, el artículo 4 anteriormente mencionado establece: “Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.”

#### **4.1 Límites al principio de la autonomía de la voluntad privada:**

El primero y más importante de los límites es la ley. Pues bien, la ley establece de diversas maneras límites a la autonomía privada. Al respecto de ello, afirma el autor Alfonso Casado (2018) que, dentro de estas formas de limitación se encuentran las siguientes: Cuando la ley prohíbe la constitución de relaciones o negocios jurídicos; también cuando la finalidad de la ley no es prohibir, sino la imposición de los llamados ‘Contratos Forzosos’, es decir, los individuos deberán llevar a cabo tales negocios o relaciones de manera inexorable; también la ley puede aparecer como límite a la autonomía de la voluntad, cuando prohíbe la implementación de una cláusula en particular dentro del contenido negocio jurídico o cuando esta reglamenta todo el contenido que ostentará el negocio y las partes se ciñen exclusivamente en escoger el tipo de negocio que llevarán a cabo.

Claramente existen diversos ejemplos dentro de la ley colombiana donde se puede ilustrar lo previamente mencionado, tal y como se expuso en líneas precedentes, no obstante, se realizará un breve recuento sobre algunas de las normas que fundamentan lo argumentado por el autor. El primero de los ejemplos se encuentra dentro del artículo 1740 del Código Civil, el cual, establece la nulidad de los actos y contratos establecidos por las partes:

Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos **que la ley** prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.

Otro de los ejemplos donde se puede ilustrar cómo el ordenamiento repudia ciertos actos que contraríen la ley o les falten los requisitos establecidos por dicho precepto normativo, se encuentran en el artículo 1995 del Código Civil colombiano: “No valdrá como donación revocable sino **aquella que se hubiere otorgado con las solemnidades que la ley prescribe** para las de su clase, o aquella a que la ley da expresamente este carácter.”

Un ejemplo claro donde la ley prohíbe parte del contenido o cláusulas establecidas por los individuos dentro de un negocio y no su totalidad, se encuentra en el Código Civil colombiano, donde se prohíbe el anatocismo, tal y como lo establece el artículo **2235**: “**Se prohíbe** estipular intereses de intereses.”

Por otro lado, un modelo de límite a la autonomía impuesto por la ley, donde la normativa impone que el individuo lleve a cabo un negocio jurídico o contrato se encuentra en la Ley 769 de 2002. Dicha ley impuso la obligatoriedad a todas las personas que ostenten la propiedad de un vehículo, de adquirir un SOAT (Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito) vigente.

El segundo de los límites a la autonomía privada son las buenas costumbres, pues bien, Cabanellas, 2002, citado por Kuyeng (2017), define a las buenas costumbres como “la conformidad que debe existir entre los actos humanos y los principios de la moral” (p.19)

Algunos autores no tratan dentro de los tres límites clásicos de la autonomía a las buenas costumbres, sino a la moral, o sencillamente ambos conceptos son trabajados de manera independiente junto con la ley y el orden público. Así pues, analizando el texto de Fraga y Cosme (2012), la moral sería todas aquellas convicciones, ideologías,

cosmovisiones y creencias de corte ético-social (diferenciándolas tajantemente del ámbito religioso) que ostenta una sociedad en un momento dado. En ese sentido, la moral que realmente interesa al derecho es aquella moral socialmente aceptada, proveniente de la misma civilización o Estado donde fue concebida, además, este es un criterio contingente, con lo cual, aunque en diversas sociedades puedan encontrarse puntos comunes, lo normal es que este sea un concepto que varíe conforme a las distintas civilizaciones que puedan existir dentro de una ubicación geográfico-temporal.

Por otro lado, las autoras diferencian el concepto de moral y buenas costumbres, en el sentido de que, el primer concepto son aquellos principios y valores que inspiran y en los que cree dicha sociedad y las buenas costumbres, serían justamente la manifestación exteriorizada y reiterada de dichas creencias.

El último de los límites a la autonomía de la voluntad es el orden público. Para poder definir dicho límite, es de gran ayuda la definición desarrollada por el maestro Fernández Novoa (2004), la cual es sumamente citada por doctrina y jurisprudencia, el orden público es un conjunto de principios de corte jurídico, económico, social, moral y políticos, que se tornan de obligatorio cumplimiento porque en ellos se encuentra determinado lo que es correcto o no para una sociedad en un lapso determinado.

En resumidas cuentas, la esencia y finalidad del orden público, es velar por la protección de los intereses de la colectividad contrapuestos con el interés individual (Superintendencia de Industria y Comercio, Rad. 00039337 de 2016). Dentro de su jurisprudencia, sentada a partir de la sentencias de 2 diciembre de 1980 y reiterada en varias ocasiones, la honorable Corte Suprema de Justicia establecía en torno a la noción y desarrollo del concepto del orden público que: este es dinámico, mutable y cambiante, aunque no esencialmente variable, con lo cual, este es un límite del cual su concepto se va transformando conforme a los mismos cambios que va presenciando la sociedad, es decir,

lo que era considerado como orden público hace un tiempo, muy seguramente hoy día ha cambiado y lo que hoy es considerado como orden público, no será lo mismo en los ordenamientos jurídicos de las sociedades futuras.

Es así como florecen nuevas concepciones de orden público, entre ellas, el orden público económico. Pues bien, en la Sentencia C-083 de 1999, proferida por la Corte Constitucional, con Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, se estipuló en torno a la noción del Orden Público Económico lo siguiente:

Al Estado corresponde desplegar una actividad orientada a favorecer el cabal cumplimiento de las prerrogativas inherentes a la libre iniciativa y la libertad económica y, a la vez, procurar la protección del interés público comprometido, en guarda de su prevalencia sobre los intereses particulares que pueden encontrar satisfacción, pero dentro del marco de las responsabilidades y obligaciones sociales a las que alude la Constitución.

Aunado a lo anterior, también existía, tal y como ha sido reiterado en líneas precedentes, la necesidad de que aquel “poder dispositivo individual” fuese regulado por el Estado, es decir, que el Estado interviniera y vigilara aquellos convenios y negocios privados de mayor índole económico-productiva, como por ejemplo, los negocios de intercambio de bienes, suministro de servicios, inversión nacional o extranjera, entre otros. Así, entendiendo que cada vez más, este tipo de convenciones deben tajantemente estar en consonancia y armonía con los preceptos establecidos por la Constitución. De esta manera, todo lo anterior dio origen a la noción de orden público económico. Es así como la libertad de contratación y con ella, la libertad de empresa y la iniciativa privada, encaminadas a la producción de diversos efectos jurídicos, se encuentran especialmente vigiladas por el Estado para cerciorarse de que están cumpliendo satisfactoriamente con su función social (Constitución Política, artículo 333, 1991).

Puede decirse entonces que, noción del orden público económico encuentra su fundamentación jurídica en que, armónicamente con lo preceptuado por el artículo 334 ibídem, en el Estado recae la dirección general de la economía y este se encontrará en toda la potestad y deber de intervenir en la misma, para garantizar el interés general sobre el particular, estableciendo límites al actuar privado y además, que cuando existan vínculos contractuales en los cuales sea notable la asimetría y disparidad de las dos partes que contratan y una de ellas saca provecho de tal situación, el Estado estará compelido para nivelar las respectivas cargas y restaurar el equilibrio contractual (Gómez, 2016).

En suma, la autonomía de la voluntad privada es un poder gubernativo que se le atribuye a los particulares para que estos dispongan de sus propios intereses, asimismo, el negocio jurídico se constituye como la herramienta o medio idóneo para la materialización de aquel principio, sin embargo, la autonomía privada no es una facultad ilimitada, al contrario, presenta límites que toda convención privada deberá respetar y acatar como la ley, el orden público, las buenas costumbres y recientemente han surgido nuevos conceptos como el de orden público económico.

## **5. CAPÍTULO 2: Concepto y marco regulatorio de las cláusulas abusivas dentro del ordenamiento jurídico colombiano.**

El inicio de la presente temática se debe remontar a las épocas donde se vislumbró el auge de la revolución industrial. Lo anterior debido a que, con toda la producción que comenzó a desarrollarse de una forma tan masiva, los negocios jurídicos debían ir a la par. Así, los contratos también tuvieron que masificarse para prestar celeridad y eficiencia en el desarrollo de la economía, ello debido a que, el contrato tal y como hasta la fecha se venía elaborando, con dos o más partes que se sentaban a negociarlo y elaborarlo, entorpecía el desarrollo económico.

Todo lo anterior, justificó el nacimiento del contrato de adhesión como una respuesta a las necesidades de la sociedad y de la economía, despersonalizando los negocios y mecanizándolos cada vez más, con lo cual, aquel contrato terminó convirtiéndose hasta el día de hoy, en el tipo contractual mayormente usado dentro de los negocios (Gual Acosta, 2016).

Al respecto de la importancia que ostenta esta tipología contractual para los negocios y las empresas actuales, la autora Rodríguez (2002) estableció lo siguiente:

Las ventajas que ofrece esta forma de contratación para la empresa son innumerables, a saber: “el perfil de la conclusión (rapidez, uniformidad) y de la ejecución del contrato (posibilidad de control, prevención de litigios, previsibilidad de éxito), el cálculo de riesgo y costes, y la elaboración de una regulación contractual más funcional que legal.” (p.18)

Pues bien, este es un contrato donde versan dos partes, una que es la que impone las condiciones, reglas y los distintos clausulados que llevará dicho contrato (usualmente es la parte fuerte o que ostenta mayor poder dentro de la relación contractual), llamado predisponente y el otro llamado adherente (usualmente es la parte débil dentro de la relación contractual), del cual, su libertad contractual y su autonomía privada se circunscribirán exclusivamente en decidir si contrata o no.

Es por lo anterior que, la ley y el ordenamiento jurídico en general, vedan y restringen la autonomía del predisponente, esto con la finalidad de equiparar las cargas entre las dos partes y que no sean vulnerados los derechos de los adherentes, ya que, excluir del ordenamiento esta tipología contractual sería imposible, gracias a la practicidad, eficiencia y facilidad que este instrumento jurídico presta a los individuos, argumentos ya expuestos en el párrafo anterior (Posada Torres, 2015).



Justamente esta contratación masiva y en consecuencia el contrato de adhesión, fueron los propiciadores de atropellos y abusos por parte de las personas que ostentaban el poder de imponer las condiciones (o en los términos anteriormente mencionados, por parte del predisponente), con lo cual, en aras de salvaguardar los intereses de las partes menos favorecidas, a partir de la década de los 60's se comenzó a emitir normas de protección a los contratantes débiles, normas de consumo y con todo ese movimiento proteccionista, se comienza a hablar de la figura de las cláusulas abusivas, hasta llegar a lo que hoy se tiene de la figura (Gual Acosta, 2016).

Lo cierto es que los negocios, los contratos y hasta los ordenamientos jurídicos estaban hasta la fecha anteriormente referenciada, sumamente influenciados (tal y como se mencionó en el capítulo anterior), por el Código Napoleónico y un liberalismo sumamente fuerte, lo cual, era propicio para desarrollar atropellos y vulneraciones fundadas en la eficiencia económica y en dicha autonomía de la voluntad privada. No obstante, con el pasar del tiempo y con el advenimiento de nuevas figuras jurídicas, entre ellas, las mismas cláusulas abusivas, se estaba propendiendo por alcanzar cada vez más, una igualdad material dentro de las relaciones contractuales. En torno a esto, se refiere Pérez Salas (2005):

Hoy en día no es suficiente la igualdad formal de los contratantes, ni la presunta libertad contractual que se ejercita al momento de celebrar un contrato. La igualdad y libertad entendidas formalmente -como en la época de la codificación decimonónica-no satisfacen las aspiraciones de justicia material y equilibrio económico en las relaciones contractuales del presente, caracterizadas por la globalización en el tráfico y producción de bienes y servicios. (pp. 5-6)

### **5.1 Conceptualización general de las cláusulas abusivas:**

Es en todo el escenario anteriormente esbozado que, nace la figura jurídica de las cláusulas abusivas, justamente en aras de proteger a los contratos, los individuos y hasta a los ordenamientos de los efectos jurídicos que estas puedan desplegar, buscando entonces, una paridad más material que formal dentro de los negocios jurídicos. Pues bien, dichas cláusulas, según lo establecido por el Code de la consommation, art. L. 132-I, como se citó en Hineirosa (2015) “son abusivas las cláusulas que tienen por objeto crear, en detrimento del profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato” (p. 163).

Asimismo, buscando tener un entendimiento más holístico en torno a las cláusulas abusivas y traer a colación otros puntos de vista, es menester referenciar la definición la autora Prada (como en citó en Zapata et al., 2016):

Las cláusulas abusivas son estipulaciones antijurídicas que no se compadecen con el ordenamiento jurídico por comportar una inobservancia del principio de la buena fe y de la equidad en materia contractual, desconociendo con ello “la función económica y social del contrato. (p.43)

En ese sentido, posterior a haber referenciado ciertas definiciones relacionadas a la noción de las cláusulas abusivas, se debe hacer hincapié en dos conceptos que han sido tanto para la doctrina como para la jurisprudencia y para los ordenamientos jurídicos en general, el sustento o fundamento para regular, controlar y entender la naturaleza jurídica de las mencionadas cláusulas abusivas. Las dos figuras jurídicas son el abuso del derecho y el principio de la buena fe.

La primera figura es el abuso del derecho, este se encuentra regulado mediante el artículo 95 constitucional en su numeral 1° y por el artículo 830 del Código de Comercio,

donde al tenor de lo preceptuado por el mencionado artículo, quien abuse de sus derechos, estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

Para Rengifo (2004) el marco de regulación que aporta la figura anteriormente mencionada se centra en aquellas situaciones donde se establecieron ciertas condiciones generales, las cuales fueron impuestas por uno de los sujetos de la relación comercial o que por ejemplo, el contrato se lleve a cabo mediante un contrato de adhesión y por ende, la incursión de las cláusulas abusivas sería una consecuencia del ejercicio abusivo de los derechos (derecho a contratar) y de la autonomía privada que ostenta el predisponente o contratante fuerte.

Asimismo, para gran parte de la doctrina y la jurisprudencia, las cláusulas abusivas no encuentran su naturaleza jurídica en la noción del abuso del derecho, entendiendo que estos dos conceptos son sumamente diferenciables. Lo anterior, lo establece el autor Suescún de Roa (2009), donde para él, el abuso del derecho y las cláusulas abusivas son dos instituciones totalmente distintas y con consecuencias jurídicas totalmente diferentes.

Puesto que, mientras que en el primero el individuo actúa con la intención de causarle un perjuicio a su contraparte sin la necesidad de que la cláusula adolezca de algún tipo de vicio, abusando así de su propio derecho, en la segunda figura, es decir, las cláusulas abusivas, existen cláusulas que “per se” son abusivas, debido a que su contenido contraría normas generales del derecho, atentando contra el principio de la buena fe y generando un desequilibrio injustificado. No obstante, a pesar de su clara diferenciación conceptual, el autor acepta que el abuso del derecho ha servido para entender la noción de las cláusulas y para regular las mismas.

Siguiendo la misma línea, Arango (2016), menciona los tres elementos del abuso del derecho, los cuales son: la culpa, el daño y un nexo causal. En el sentir del autor, esta

es una de las mayores razones por las cuales una cláusula abusiva no puede tener como sustento de regulación el abuso del derecho, debido a que, en palabras del autor, una cláusula abusiva es como una ilusión, en otras palabras, una cláusula abusiva es algo que al menos en el plano de la realidad, no se ha ejecutado, es decir, no se han puesto en marcha sus efectos jurídicos.

Lo anterior, quiere decir que el daño aún no se ha realizado y sería muy escaso de fundamento, prescindir de uno de los elementos del abuso del derecho que como se mencionó precedentemente, es el daño. No obstante, también tiene en cuenta que, para alguna parte de la doctrina y la jurisprudencia, basta con que exista una simple potencialidad de causarle un daño a la contraparte mediante ese uso abusivo del derecho de contratar.

Por otra parte, la otra figura que sirve de sustento para entender la naturaleza jurídica de las cláusulas abusivas es el principio constitucional y legal de la buena fe. El artículo 83 de la Constitución Política de 1991 establece que, “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

Según este precepto constitucional, se impone no solo a las autoridades públicas, sino también a los particulares, el basar su conducta y su actuar (dentro de dicho actuar entiéndase claramente, el contratar y entablar negocios jurídicos) en los postulados de la buena fe. A su vez, el artículo 871 del Código de Comercio impone la misma carga de celebrar y ejecutar los contratos con buena fe, sin embargo, ¿cuál es el concepto de esa buena fe y qué relevancia conlleva a la hora de entender las cláusulas abusivas?

Este principio “se erige en regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado” (Neme Villarreal, 2009, p.49).

La buena fe impone a las partes que participan dentro del contrato mantener todo su actuar dentro del negocio bajo unos esquemas de conducta social, donde tal y como se mencionó anteriormente, bien serían la rectitud, la honradez, la fidelidad y el más básico e importante deber que impone la buena fe dentro de cualquier negociación, que es, la lealtad. Es por todo lo anterior que, este principio al estar caracterizado como una normativa de orden público y al imponerle deberes al individuo de carácter positivo y negativo, se constituye (si se lleva a cabo un empalme con el capítulo precedente) en un límite a la autonomía de la voluntad privada de suma relevancia e importancia para el ordenamiento jurídico (Monsalve, 2008).

Así pues, la buena fe en el sentir de la Corte Suprema de Justicia, exactamente en la Sentencia que se profirió el 14 de diciembre de 2011, con magistrado ponente Jaime Arrubla Paucar y con radicado No. 1100131030142001-01489-01, significa realizar todas las actuaciones y en este caso, los negocios jurídicos con una actitud íntegra, sin defraudar la confianza que le ha depositado su contraparte a la hora de llevar a cabo el contrato, lo cual, conlleva a no abusar de la posición de dominio que se ostente dentro de dicha negociación y consecuentemente a no introducir cláusulas abusivas que generen una ventaja adicional a la posición que ya ostenta.

Por todas las razones y los argumentos expuestos hasta el momento es que, la buena fe es el sustento más aceptado y utilizado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para regular a las cláusulas abusivas dentro de los contratos, tanto en su etapa de negociación como en su ejecución; con lo cual, según el autor Arango (2016) “el

efecto en el uso de la buena fe como corrector de cláusulas abusivas es la nulidad absoluta por violación de un principio constitucional” (p. 248).

Debido a lo anterior, resulta de gran relevancia presentar al menos escuetamente, ciertos parámetros o criterios para identificar cuándo un profesional podría predicarse como “débil”. Así pues, del análisis del texto de Gómez (2016) se pueden extraer dos tipos de criterios que se podrían usar para identificar cuándo un comerciante es débil. Así, criterios pueden ser de carácter objetivo y otros subjetivo. Respecto de los criterios objetivos se dice que, en un inicio debe de existir una asimetría en la información, a su vez, debe haber una carencia de estrategia respecto de cómo llevará a cabo la negociación de dicha convención y posiblemente también respecto del contenido del contrato mismo, lo cual llevaría al último de los criterios objetivos, que sería, la imposibilidad por parte del comerciante débil, de poder participar en la elaboración las cláusulas y condiciones que llevará el contrato. En otras palabras, la existencia de un contrato como el que se analizó en líneas precedentes, o sea, un contrato de adhesión. Por otra parte, los criterios subjetivos serían: primero, que el poder económico del comerciante débil sea notablemente inferior al de la otra parte y, por otro lado, que existan unas asimetrías culturales y técnicas, lo que claramente puede suceder, porque aunque a veces se hable de que el comerciante profesional debe ser experto en los negocios que lleva a cabo, siempre existirá la posibilidad de que por ejemplo, un comerciante que apenas se encuentra iniciando en el mundo de los negocios, contrate con una empresa que lleva trabajando en el mismo rubro por más de 30 años o con una multinacional y esta última tenga mucho mayor conocimiento técnico que el comerciante que apenas se encuentra dando sus primeros pasos.

Asimismo, en torno al tajante rechazo que presentan la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos respecto de esta figura, el autor Laguado (2013) afirma que:

Las cláusulas abusivas resisten todo el reproche del derecho pues violan la equidad natural y generan un desequilibrio manifiesto entre las obligaciones, cargas y derechos de las partes. La función del legislador y del juez es rebalancear el desequilibrio que existe en estas relaciones jurídicas, para lo cual puede acudir a diversos mecanismos, como son los controles administrativos y judiciales, los registros, las listas negras, las acciones judiciales, entre otros. (p. 215)

## **5.2 Regulación de las cláusulas abusivas en contratos celebrados entre dos comerciantes profesionales dentro del ordenamiento jurídico colombiano.**

Conviene ahora estudiar el tratamiento específico que ha tenido el ordenamiento jurídico colombiano frente a las cláusulas abusivas en negocios jurídicos llevados a cabo entre dos partes que son comerciantes profesionales. Lo primero que se debe mencionar es que, este tipo de relación no tiene una legislación específica dentro del ordenamiento jurídico nacional (a diferencia de la relación donde la parte débil es un consumidor). Así pues, ante la inexistencia de un régimen propio que reglamente el tema concerniente a la protección de los profesionales frente a las cláusulas abusivas y dadas las condiciones que podrían predicarse como similares entre un comerciante débil y un consumidor, para algunos autores, cabría la analogía o la aplicación extensiva de algunas de las normativas que protegen al consumidor, por ejemplo, las establecidas en los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011, así pues, según Beltrán (2021):

Que conforme a la fórmula de estar inscritos en un estado social de derecho, y a la nueva visión del derecho, consistente en la constitucionalización del mismo, ese comerciante débil también deba de ser adecuadamente protegido, al encontrarse en un momento dado, en el mismo nivel de inferioridad que los consumidores, y por ende también requiera en estos eventos de un régimen especial de protección, el cual, mientras este no

exista, en aras de una efectiva realización de la igualdad y la justicia material, pueda acudir al régimen de protección que concede el estatuto del consumidor. (p.25)

Lo cierto es que la anterior, no es una postura muy aceptada ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia, ello debido a que, las características subjetivas y las condiciones en las cuales se encuentran ambos sujetos son sumamente personalísimas, como, por ejemplo, la calidad del consumidor, que per se ya es un gran diferenciador. Así lo dice el autor Gómez (2016) “tampoco creemos que sea posible la aplicación analógica de las normas de consumo a los comerciantes, pues, la situación del consumidor dista de la del empresario en una relación interempresarial” (p.33). Lo anterior lleva a interpretar que, la protección que tienen los empresarios débiles frente a la existencia de una cláusula vejatoria es hacer uso de las normas y principios generales del derecho y en ese sentido. Ello es establecido por Posada Torres (2015) cuando dice lo siguiente:

No quedará desprotegido, porque se le aplicarán las normas del derecho común, dentro de las cuales sobresale el artículo 1624 C.C, de acuerdo con el cual, “se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor”, y “las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella. (p. 155)

Ello sin contar que, también existe la posibilidad de que haya cláusulas abusivas en contratos entre profesionales donde el negocio jurídico no se desarrolló mediante un contrato de adhesión, ni una de las partes se pueda considerar como débil, lo cual desvirtuaría de plano las posibles semejanzas que abrían paso a regular la presente temática mediante la analogía.



Lo anterior, fue determinado en la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia 02 de febrero de 2001 con Rad. 5670 y magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo (otra de las más relevantes sentencias en la presente materia), donde se menciona que, estos tipos de clausulados pueden ser encontrados en cualquier tipo de contrato y no solo en los contratos por adhesión o donde una parte se considerara como débil, con lo cual, para la Corte, también pueden existir cláusulas abusivas en contratos donde las dos partes negociaron conjuntamente. No obstante, si es cierto que, esta abusividad se acrecentará y será mucho más evidente, si el clausulado en específico partió de unas condiciones generales impuestas por una de las partes mediante un contrato de adhesión y la otra solo tuvo la opción de contratar o no.

Aunado a lo anterior, en la Sentencia 5670 del 02 de febrero de 2001, que a su vez, es considerada como hito en la materia, se mencionaron las características con las que debe contar una cláusula para que la misma sea considerada como abusiva y se citarán a continuación:

a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe comercial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes.

Asimismo, en aras de seguir ilustrando la protección jurídica que ostenta el comerciante, se debe traer a colación una de las sentencias más importantes en torno a la teoría de las cláusulas abusivas, es decir, la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 14 de diciembre de 2011, con magistrado ponente Jaime Arrubla Paucar y con radicado No. 1100131030142001-01489-01, donde dicha Corte estableció el marco general de protección ante las cláusulas abusivas, habiendo regulación específica o no, ello debido a que, para la fecha en la cual se estuvo elaborando la sentencia, aun no entraba en

vigencia el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), con lo cual, toda su normativa y específicamente su artículo 43 (lista negra), no podía entrar a regular aun las relaciones de los consumidores, por ende, lo que la sentencia realizó fue establecer las reglas y los parámetros que el juez debía seguir a falta de estas llamadas “listas negras”, acudiendo a la teoría general. A continuación, se resumirán los puntos resaltados por la Corte:

Una de las cuestiones más importantes resulta del análisis de los artículos 333, 334 y 335 de la Constitución Política, los cuales, facultan al Estado para intervenir en determinados casos, en aquellas relaciones y contratos negociales de carácter netamente privado, en aras de proteger la economía, puesto que, al estos hacer parte de dicha economía, contienen intrínsecamente una función social que conlleva responsabilidades.

Como segundo punto, se estableció que se debía realizar especial hincapié en las prohibiciones y consecuencias que se desprenden del **artículo 871 del Código de Comercio** (principio de la buena fe), con lo cual, si se inserta una cláusula que transgrede este principio, desequilibrando injustificadamente la relación negocial, en palabras de la Corte, la consecuencia legal, no podrá ser otra que sancionar con invalidez la cláusula.

Posteriormente, la Corte hace un recuento de la importancia del artículo 13 de la Constitución Política, refiriéndose específicamente en torno a la labor del juez, pues este precepto constitucional, obliga al juzgador y en general al Estado, a proteger a las personas que se encuentran en debilidad manifiesta, que para este caso en específico, serían las partes débiles de los contratos y a sancionar los abusos que se lleven a cabo en contra de estas.

Por último, también se menciona lo dicho anteriormente en torno a la interpretación, en donde, las distintas estipulaciones y las condiciones generales, deberán ser

interpretadas por el aplicador de la norma, a favor del adherente y en el sentido que más le favorezca a este.

En suma, recopilando todo lo que se ha establecido hasta el momento en torno a las cláusulas abusivas, se tiene que, para que una cláusula pueda predicarse como abusiva, es necesario que cumpla con ciertas características, dichas características son las que le revestirán de tal calidad. De tal manera, una cláusula abusiva es aquella que genera un desequilibrio injustificado sobre las cargas y obligaciones que ostentan las partes dentro del negocio jurídico, violentando de esta manera con el principio de la buena fe, principio que ha adquirido tanta relevancia dentro del ordenamiento jurídico que, se le ha dado según lo establecido por el autor Monsalve (2008), la connotación y jerarquía de orden público, es decir, un límite clásico a la autonomía de la voluntad privada, tal y como se mencionó en el capítulo precedente.

Por tanto, aun a pesar de que la normativa y el juez deberán ser más rigurosos al momento de calificar una cláusula como abusiva, si esta fue impuesta por el profesional con mayor poder o se estableció en el marco de un contrato de adhesión, lo anterior no obsta a que una cláusula abusiva pueda darse también en el marco de un contrato que fue libremente negociado por ambos comerciantes, debido a que, al individuo violentar los límites que ostenta el principio de la autonomía de la voluntad privada (orden público-buena fe) mediante la inclusión de una cláusula abusiva, el ordenamiento jurídico mediante el aplicador de la norma tiene la facultad de interferir en el contrato negociado libremente entre los particulares, para aplicar las consecuencias y los efectos jurídicos correspondientes a dicha cláusula y para ello, deberá tener en cuenta las características anteriormente mencionadas y la normativa general del derecho contractual.

Para finalizar este capítulo queda por establecer las consecuencias jurídicas de dicha cláusula abusiva que, según un análisis conjunto de la jurisprudencia y doctrina

referenciada precedentemente, se deduce que, la consecuencia es la nulidad absoluta de dicha cláusula o lo que es lo mismo, la “nulidad parcial” por contrariar normas imperativas de jerarquía constitucional y legal. En ese sentido “el juez ordenará la exclusión de la cláusula desproporcionada o exorbitante del contenido del contrato, sin que tal “nulidad parcial” produzca una metástasis invalidante en el resto del contenido del negocio” (Rengifo, 2004, p. 202). Aunado a lo anterior, y en consonancia con lo preceptuado por el artículo 1742 del Código Civil, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley.

## **6. CAPÍTULO 3: Autonomía de la voluntad de los profesionales frente a la figura de las cláusulas abusivas. Análisis de la “Cláusula Petro”.**

Es necesario analizar un ejemplo de la “Cláusula Petro”, para poder concluir si las demás cláusulas que se asemejen a esta tendrán la calidad de abusivas o por el contrario serán conformes a derecho. Así, lo que se debe de realizar es, en primer término, diseccionar la cláusula por partes y de esta manera poder estudiarla con los conocimientos adquiridos y las cuestiones más relevantes de los anteriores capítulos con una mayor rigurosidad y precisión, para posteriormente, lograr llegar a una respuesta respecto de si, realmente tiene elementos que se puedan considerar como abusivos y de ser así, cuáles serían.

### **6.1 Ejemplo de cláusula:**

DECIMA: CONDICIÓN RESOLUTORIA. - Manifiestan las partes contratantes que el presente contrato queda sujeto a la condición de que el doctor GUSTAVO PETRO no sea elegido presidente para el período 2022-2026. En el evento de ser elegido, el presente

contrato quedará resuelto de ipso-facto, quedando las partes liberadas de las obligaciones aquí contraídas, volviendo a su estado precontractual. (Revista Semana, 2022)

- **Manifiestan las partes contratantes**

Cuando los clausulados inician con la oración “Manifiestan las partes”, es justamente la materialización de todo lo visto y analizado en el primer capítulo, es decir, los individuos plasman su autonomía de la voluntad privada en el clausulado y dicha manifestación es la creadora de los contratos o elementos que más satisfagan sus propias necesidades. En suma, la autonomía “cumple un papel esencial, siendo expresada a través de la declaración de voluntad, creando vínculos jurídicos y normas jurídicas que se agregan al ordenamiento que rige entre las partes siendo reconocidas por el derecho” (Ángel, 2016, p. 74). “Sin embargo, esta facultad es limitada porque no pueden acordarse asuntos que violen la ley, el orden público y las buenas costumbres” (Serrano, 2008, p. 28).

- **que el presente contrato queda sujeto a la CONDICIÓN de que el doctor GUSTAVO PETRO no sea elegido presidente para el período 2022-2026.**

Del anterior apartado, resalta la figura de condición como el concepto con mayor importancia, debido a eso, se analizarán algunos aspectos en torno a las obligaciones condicionales.

Bien, el marco jurídico colombiano que regula a las obligaciones condicionales se encuentra en el Código Civil a partir de los artículos 1530 y subsiguientes, con lo cual, se citarán las normas que más interesen en el presente caso.

En primera medida se encuentra el artículo **1530 del código civil**:

Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no.

La anterior es la definición general de una obligación condicional, por tanto, para seguir con la misma coherencia, se pueden referenciar los elementos que debe contener una condición para que adquiriera la calidad de tal, de manera que, lo primero es que única y exclusivamente la condición debe versar sobre hechos que sucederán en el futuro, claramente no se pueden establecer condiciones sobre hechos que hayan sucedido en el pasado o que se estén presenciando en el presente. Asimismo, debe existir cierta incertidumbre en torno a la realización del determinado hecho y además la incertidumbre debe ser objetiva. (Forero & Delvalle, 2003).

En este tipo específico de condiciones como la establecida en la “Cláusula Petro”, existía la certidumbre en el cuándo, esto significa que, se sabía la fecha exacta en la cuál podría realizarse el hecho (fecha de las elecciones donde se eligiese al candidato sobre el cual versa la condición), en cambio, la incertidumbre versa realmente en si se llevará a cabo el determinado hecho (sea electo el candidato).

En segundo término, se encuentra el artículo **1531** ibídem, donde preceptúa lo siguiente:

La condición es positiva o negativa.

La positiva consiste en acontecer una cosa; la negativa en que una cosa no acontezca.

En el caso específico de una cláusula como la “Cláusula Petro”, se crea una condición de carácter negativo, debido a que, la condición yace en que el candidato NO sea electo por los sufragantes en las elecciones y de ello dependerán los efectos jurídicos del contrato.

A todo esto, un artículo que resulta de suma relevancia para determinar si la presente cláusula es conforme a derecho, puesto que, la misma se refiere respecto de los

límites que ostenta el principio de la autonomía privada y además, el artículo podría dar los indicios para saber si, la “Cláusula Petro” realmente contiene elementos que podrían considerarse como abusivos y consecuentemente acarrear con los efectos jurídicos que ello conlleva, se visualiza en el artículo **1532 del Código Civil**, donde establece lo siguiente:

La condición positiva debe ser física y moralmente posible.

Es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público.

Se mirarán también como imposibles las que están concebidas en términos ininteligibles.

El artículo anteriormente citado aduce que, la condición debe ser física y moralmente posible. El aspecto que realmente interesa para analizar la presente cláusula yace en la posibilidad moral de la condición, o sea, que no sea contraria a los límites de la autonomía de la voluntad privada (leyes, buenas costumbres y orden público).

Analizando con mayor detalle este apartado de la cláusula, a la luz del artículo 1532 del código civil y de los elementos estudiados hasta el momento, adquiere una soberbia importancia el principio de la buena fe que, como ya se ha reiterado anteriormente, el mismo posee “la característica de norma de orden público” (Monsalve, 2008, p.37). Por otro lado, además de ser un límite al principio de la autonomía de la voluntad privada, también es la figura mayormente usada por la doctrina y la jurisprudencia (así como fue mencionado en el segundo capítulo) para determinar si una cláusula se considera abusiva y que en añadidura de todo lo anterior, el concepto de la buena fe, también hace parte de la definición de las cláusulas abusivas, con lo cual, se analizará tanto la condición específica, como la

cláusula en general, a la luz de los lineamientos que establece el concepto del principio previamente mencionado y así poder identificar si se encuentran conformes a derecho.

Sería de gran ayuda volver a analizar de una manera muy sucinta, los aspectos más importantes del mencionado principio. Con lo cual, recordando lo ya estudiado en torno a la buena fe dentro del segundo capítulo, el principio comentado establece ciertos deberes de carácter positivo y negativo, de los cuales se podría resaltar la rectitud, la honradez, la fidelidad y la lealtad.

En ese sentido, el principio de la buena fe se puede interpretar a la luz de los negocios jurídicos como un “conjunto de criterios valorativos, que, desde el punto de vista ético, pueden conducir a un enjuiciamiento de la justicia interna del contrato. La buena fe en este sentido es lo que el contratante normal espera de la otra parte contratante” (Rengifo, 2004, 196).

Asimismo, la buena fe limita a los individuos tanto en la etapa de negociación como en la de la ejecución del negocio jurídico, para que aquellos particulares (en este caso los comerciantes profesionales) se abstengan de llevar a cabo actos o de incorporar elementos accesorios al contrato que agraven la situación de su contraparte (deberes negativos), y a su vez, las partes no deben ceñir su actuar única y exclusivamente a lo establecido en las legislaciones y los pactos privados que ellos mismos realicen, en otras palabras, estos deben además de lo anterior, actuar más de lo formalmente solicitado si las circunstancias lo piden, todo esto, en aras de satisfacer los intereses o necesidades legítimos de ambas partes, sin importar si aquello no se encontraba pactado (deberes positivos). El último concepto, es decir, el interés legítimo es un criterio de suma importancia, debido a que, la buena fe no busca crear un cuerpo cerrado de reglas y conductas predicables indistintamente a todos los contratos, al contrario, los mencionados criterios valorativos o reglas de conducta social podrán cambiar o moldearse conforme al contrato que se esté



llevando a cabo y a las circunstancias en las cuales se haya realizado la convención y se deben de interpretar acorde a aquellas. (Monsalve, 2008).

En ese orden de ideas, si este principio es un criterio cambiante conforme a las distintas características o circunstancias en las cuales se presenta el contrato y además, la buena fe se podría entender en palabras del autor anteriormente referenciado como; actuar conforme a lo que se esperaría, es decir, no defraudar las expectativas legítimas que la contraparte tiene al llevar a cabo dicha negociación, la lógica establece que, aunque se puedan encontrar similitudes en los distintos negocios, lo normal sería que las expectativas y lo que realmente esperan los contratantes varíe en todos los negocios, aun hasta cuando, por ejemplo, un mismo individuo, se encuentra realizando dos contratos distintos.

#### **6.1.2 Escenarios donde se implementaría la cláusula:**

Para reforzar la anterior argumentación, a continuación, se citarán distintos escenarios sobre los cuales podrían darse las negociaciones, ello para lograr identificar si tanto la cláusula como la condición en específico ostentan aspectos contrarios a este principio consagrado en la Carta Política y en la ley, es decir, la buena fe.

Por ejemplo, si el contrato se da en un plano de igualdad no solo formal, sino también material, es decir, ambos comerciantes manifiestan plenamente su autonomía privada y como consecuencia de ello, se encuentran negociando conjuntamente las distintas disposiciones que llevará el contenido del negocio, en una especie de paridad. Así, ambos profesionales dentro de la negociación que realizaron, consintieron en estipular una cláusula como la “Cláusula Petro”, porque ambos como profesionales y expertos en su ramo, ven riesgoso para su negocio el que el candidato sobre el cual recaiga la condición quede electo, en un inicio, no se estarían defraudando las expectativas legítimas de los contratantes, ni irrumpiendo con los deberes que esperan uno del otro dentro del negocio,

es decir, no se estaría violentando el principio de la buena fe, lo que conlleva a que, la cláusula en esta circunstancia específica no podría predicarse como abusiva, debido a que, ambas partes manifestaron su autonomía de la voluntad (principio de tantísima importancia para el derecho, ya reiterado y analizado en reiteradas ocasiones) en la inclusión de una cláusula, con la cual, los dos están de acuerdo.

Por otra parte, si se cambia la situación fáctica, es decir, se pone un escenario donde el contrato se llevó a cabo mediante el ya reiterado y analizado contrato de adhesión, donde una de las partes, es decir, el predisponente impuso las condiciones, dentro de las cuales, se encontraría una cláusula como la “Cláusula Petro”, y la autonomía del comerciante adherente se ciñó en contratar o no. En el escenario anteriormente esbozado no parece tan fácil presentar la misma respuesta y, por ende, para poder responder se necesita de un mayor análisis.

Según lo referenciado previamente, basándose en lo establecido en la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia 02 de febrero de 2001 con Rad. 5670 y magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo, está claro que las cláusulas abusivas no se encuentran única y exclusivamente en los contratos de adhesión, sino en cualquier tipo contractual, sin embargo, según lo establecido por el autor Posada Torres (2015), los controles y las restricciones que contiene el contratante predisponente suelen ser mucho más rigurosos y estrictos que los que tiene un comerciante que negoció en condiciones de paridad con su similar, esto encuentra su razón de ser y fundamentación en que, el adherente no goza de plena autonomía para negociar y discutir los distintos elementos accesorios que llevará el negocio, por ende, el empresario predisponente tiene una mayor facilidad de llevar a cabo atropellos mediante cláusulas y condiciones que generen un desequilibrio injustificado en contra del mencionado adherente.

Un claro ejemplo de lo anterior, bien podría ser, una cláusula como la “Cláusula Petro” en estas condiciones dadas, debido a que si, “la buena fe en este sentido es lo que el contratante normal espera de la otra parte contratante” (Rengifo, 2004, 196), el hecho de terminar unilateralmente un contrato mediante una condición que dependerá de lo que decidan los sufragantes y este adherente no tuvo ni siquiera la posibilidad de negociar la inclusión de esa cláusula, ello iría en contravía de sus expectativas legítimas, en especial en los contratos comerciales de larga duración como, por ejemplo, los contratos de suministro o agencia comercial, pues lo que menos esperaría el adherente es que este contrato se termine o ni siquiera se desplieguen sus efectos jurídicos, si la condición era suspensiva.

Otro ejemplo que podría llegar a suceder con consecuencias que podrían variar, se daría en el caso de que la inclusión de la cláusula como la “Cláusula Petro”, se de mediante un contrato de adhesión, no obstante, a diferencia del anterior ejemplo, el predisponente irrumpiendo con el principio de la buena fe, ni siquiera cumplió con su deber de información de señalar la existencia y de ser necesario (debido a lo nuevo que puede llegar a ser esta cláusula) explicársela al contratante adherente, lo cual, daría margen a otro tipo de cláusulas abusivas, es decir, unas cláusulas “sorpresivas” que, para el profesor Laguado (2003) son:

Cuando los efectos que de ellas se derivan, resultarían, además de desfavorables, notoriamente inesperados para un cliente común (Überrumpelungseffekt) y que en todo caso lo son para el adherente a quien se le aplica, de manera que existe una discrepancia entre los efectos esperados o previsibles de éstas y los jurídicamente procedentes según su formulación, a juzgar según lo desacostumbrado de la cláusula en general, de acuerdo con las circunstancias y especialmente según su configuración externa tomada aisladamente o en conjunto con el resto de las cláusulas.

En palabras de STIGLITZ: “Se trata de cláusulas tan insólitas que el adherente no contaba con su existencia”. (p. 248)

Para el profesor Laguado, autor que trajo a colación esta vertiente de las cláusulas abusivas, una cláusula “sorpresiva” debe regularse de manera igual a la forma en la cual se regulan las cláusulas abusivas normales dentro de los contratos que no versan sobre relaciones de consumo y consecuentemente, se le aplicaría también, la nulidad absoluta a la cláusula en específico. No obstante, para Zapata et al., (2016) esta consecuencia jurídica no es la correcta, y establecen lo siguiente:

Puesto que nunca hubo una manifestación expresa por parte del adherente para incluir tales disposiciones en el clausulado del contrato, las cuales no eran en forma alguna predecibles dadas las circunstancias, y por este motivo la sanción ya no debería ser la nulidad absoluta sino la inexistencia por ausencia del elemento consentimiento. (p.51)

En ese orden, en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia el 14 de diciembre de 2011, con magistrado ponente Jaime Arrubla Paucar y con radicado No. 1100131030142001-01489-01 (Sentencia que presenta el marco regulatorio de las cláusulas abusivas ante la inexistencia de una legislación específica como resulta ser en las relaciones entre comerciantes profesionales), se establece parte de la labor del juez en estos casos específicos donde el contrato se desarrolló mediante un contrato de adhesión, diciendo que “el sentenciador, en todo caso, en su labor interpretativa, deberá mantener como norte, precisamente, que las condiciones generales en el contrato por adhesión deben interpretarse a favor del adherente y en el sentido más favorable, por razones de equidad”(p.36). Lo anterior fundamenta con mayor fuerza la argumentación que se esbozó previamente, donde se establece que, aun a pesar de que los contratos de adhesión no sean los únicos susceptibles de cláusulas abusivas, en ellos si habrá una regulación y actividad jurisdiccional más estricta.

De todo lo que se ha analizado hasta el momento en este apartado, podría llegarse a una primera conclusión en torno a la respuesta que se pretende llegar sobre el problema jurídico planteado y es que, como muchas cuestiones en el derecho, no puede haber una única respuesta y en ese sentido, la tarea de determinar si, a una cláusula como las “Cláusulas Petro” puede dársele o no, la connotación de abusiva, recae en el aplicador de la norma, donde este será el representante del Estado y estará totalmente compelido y facultado por los preceptos constitucionales, en específico el 334 y 335 para revisar, controlar y regular los distintos convenios privados y por consiguiente, deberá examinar el contrato o negocio jurídico a plenitud y estudiar todas sus vértices, como por ejemplo, las circunstancias en las cuales se llevó la negociación, o las calidades subjetivas de los comerciantes contratantes, para así determinar con toda la normativa general del derecho y los parámetros establecidos por la jurisprudencia, si la cláusula en mención resultaría abusiva, esto debido a que, la cláusula como la “Cláusula Petro”, per se, no contiene elementos que puedan considerarse abusivos y la abusividad dependerá entonces, de las distintas condiciones y circunstancias objetivas y subjetivas que acompañen al negocio jurídico.

- **En el evento de ser elegido, el presente contrato quedará resuelto de ipso-facto, quedando las partes liberadas de las obligaciones aquí contraídas, volviendo a su estado precontractual.**

En torno a esta última parte de la cláusula se puede reseñar el artículo **1544 ibídem**, donde establece que:

Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere.

En este punto, cabe aclarar que las cláusulas como la “Cláusula Petro” pueden tener dos modalidades, lo anterior quiere decir que, no se diseña única y exclusivamente en la forma que tiene la cláusula que se utilizó en el ejemplo, por tanto, también las “Cláusulas Petro” pueden elaborarse mediante condiciones suspensivas, es decir, pausando los efectos jurídicos de la convención hasta tanto no se confirmara que el hecho no se llevó a cabo.

## **7. CONCLUSIONES:**

Así pues, del primer capítulo, donde se conceptualizó al principio de la autonomía de la voluntad privada, se resalta que, ese principio es de suma relevancia para el derecho privado, el ordenamiento jurídico, la economía y en general, para la sociedad, debido a que, es gracias a la facultad que atribuye la autonomía a los individuos que, los particulares pueden disponer de sus propios intereses, lo anterior se lleva a cabo mediante el negocio jurídico, el cual, es el mecanismo o canal idóneo para la materialización y formalización de dicha autonomía, en otras palabras, al negocio jurídico o específicamente al contrato, se le puede entender como, “la herramienta empleada por los ciudadanos para pactar sus acuerdos sobre determinados puntos. Sin embargo, esta facultad es limitada porque no pueden acordarse asuntos que violen la ley, el orden público y las buenas costumbres” (Serrano, 2008, p. 28). A su vez, aquel principio puede ser tomado como un poder normativo o un poder jurídico, debido a que, los particulares pueden constituir negocios o relaciones jurídicas y reglamentarlas, dándole un carácter de ley a los convenios que pacten entre sí.

La autonomía dota de un gran margen para actuar y desenvolverse, no obstante, este poder se encuentra en un contexto legal preexistente. En otras palabras, aquel poder es atribuido por el ordenamiento, donde este dota a los individuos de la mencionada autonomía, no obstante, también crea y establece los parámetros que establecerán los límites del mencionado principio. Los límites clásicos a la autonomía privada son la ley, las

buenas costumbres y el orden público, sin embargo, los límites que resultan más elocuentes para que el aplicador de la norma haga uso de ellos y así determine si una cláusula como la “Cláusula Petro” incorporada dentro de un contrato llevado a cabo entre dos comerciantes profesionales es contraria a derecho o no, son; la ley, el orden público y la nueva vertiente de este último, el orden público económico.

Por el momento se realizará mayor énfasis en los dos últimos conceptos. En ese sentido, dentro del segundo capítulo se comienza a estudiar la figura de las cláusulas abusivas, donde lo más resaltable del capítulo comentado yace en que, para lograr determinar la abusividad de una cláusula dentro de los negocios llevados a cabo por comerciantes, se debe hacer uso de la normativa general del derecho contractual privado (ello encuentra su razón de ser en que no existe una legislación específica para la presente relación y tampoco cabe la analogía con la relación de consumo), donde aparecen y adquieren especial relevancia los dos conceptos anteriormente referenciados y tratados en el primer capítulo, es decir, el orden público y el orden público económico.

Asimismo, los mencionados conceptos propenden por la salvaguarda del interés general sobre el particular y que, aunado a lo anterior, el segundo concepto, es decir, el orden público económico de la mano con los preceptos constitucionales establecidos en los artículos 333, 334 y 335 facultan al Estado a intervenir en los convenios particulares cuando existan desequilibrios y disparidades que generen ciertos traumatismos significativos a la relación negocial y en general a la economía, convirtiéndose entonces aquel concepto, en una posible solución a la falta de normatividad propia que ostenta el tema de las cláusulas abusivas dentro de los contratos entre dos comerciantes profesionales. (Gómez, 2016)

El otro concepto es el orden público, donde este se puede entender como, todas aquellas normas y principios de grandísima importancia para una sociedad en determinado

momento, determinando lo que es correcto e indispensable para aquella y estableciendo también, los pilares de su política económica (Zavaleta, 2016).

El anterior concepto, crea un empalme entre lo establecido en el primer capítulo con el segundo que, es de grandísima ayuda para poder dar respuesta al problema planteado, debido a que, uno de los principales conceptos analizados en el segundo capítulo y que tanto para la doctrina como para la jurisprudencia ha servido para regular y entender la naturaleza de las cláusulas abusivas, es el principio de la buena fe. La relación o el empalme que lleva a cabo este concepto con lo analizado en el primer capítulo versa en que, el principio de la buena fe se ha establecido como una norma con característica de orden público, es decir, un límite a la autonomía de la voluntad privada y es justamente ello lo que le da tanta significación al mencionado principio, atribuyéndole una importancia especial dentro del ordenamiento jurídico colombiano, tanto así que, “se sitúa por encima de las estipulaciones contractuales de las partes” (Rengifo, 2004, p. 191).

Además, otra de las reglas aplicables para determinar la abusividad de una cláusula dentro de un contrato entre dos comerciantes profesionales, sería que; si una de las partes estableció una cláusula y esta puede tornarse ambigua o al menos difícil de entender, el aplicador de la norma deberá interpretar la mencionada cláusula en contra de esta (Rengifo, 2004).

Luego de haber desarrollado todos los anteriores conceptos y posterior a ello, analizado el ejemplo de la cláusula como la “Cláusula Petro” haciendo uso de los conocimientos adquiridos, se puede llegar a la conclusión de que, en primera medida, la cláusula en sí, no tiene elementos que la vuelvan abusiva de ipso-facto, en todo momento y circunstancia, sin embargo, existen otras situaciones en las cuales, el juez amparado en el concepto de orden público económico y en los artículos 334 y 335 de la Carta Política, deberá revisar el negocio jurídico y todos los aspectos tanto objetivos como subjetivos



relacionados a este, como por ejemplo, la forma en la cual se llevó a cabo el negocio, si este realizó mediante un contrato de adhesión, la misma negociación, las calidades subjetivas de las partes contratantes y demás aspectos que conjugados con el esquema de la cláusula y los efectos jurídicos que esta genera, puedan volver a la cláusula en abusiva.

En suma, no puede haber una única respuesta para el interrogante, lo que si es cierto es que, si el contrato fue libremente negociado por las partes en condiciones de igualdad y ambas consintieron en incluir la cláusula, nada limita la autonomía privada de estos particulares para incluir tal elemento accesorio al negocio, no obstante, si el contrato se desarrolló mediante un contrato de adhesión, además, el adherente nunca estuvo de acuerdo en la inclusión de la misma y aunado a ello, dadas las circunstancias, la inclusión de la cláusula genera un agravio injustificado en el adherente, la cláusula como la “Cláusula Petro” será abusiva y consecuentemente tendrá los efectos jurídicos ya estudiados, es decir, la nulidad absoluta de la cláusula en particular.

#### **8. Referencias bibliográficas:**

- Ángel, L. K. (2016). Autonomía de la voluntad ¿Decadencia o auge? *Revista Verba Iuris*, 11(36), pp. 71-91.
- Arango, M. (2016). La causa jurídica de las cláusulas abusivas. *Estudios Socio-Jurídicos*, 18(1), 243-266. [dx.doi.org/10.12804/esj18.01.2016.08](https://doi.org/10.12804/esj18.01.2016.08)
- Beltrán Valencia, G.A. (2021). Aplicación extensiva del derecho del consumo a las relaciones jurídico-comerciales. *Revista e-mercatoria*. 19, 2, 3–34. <https://doi.org/10.18601/16923960.v19n2.01>.
- Casado, A. de M. (2018, abril). *LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS*. Facultad de Derecho - Universidad Pontificia Comillas. <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/146253/retrieve>

- FERNÁNDEZ-NÓVOA, C. (2004). *Tratado sobre derecho de marcas* (2 ed). Marcial Pons.
- Fraga, K. H., & Cosme, D. G. (2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época)*, (6), 27-46.  
<https://doi.org/10.24310/REJIE.2012.v0i6.7773>
- Ferrer, A. (2010). Contrato y libertad contractual Una visión desde el derecho comercial. *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, 6, 59-74.
- Ferri, L. (1959). L'autonomia privata. En *Seminario giuridico della Università di Bologna* (20.<sup>a</sup> ed.). Giuffrè.
- Forero-Prieto, C. H. F., y Chacón, M. A. D. (2003). *Obligaciones Sometidas a Modalidad*. LaSabana.  
<https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5409/129345.pdf;jsessionid=8863F4C9E5CB45C102881626090802EC?sequence=1>
- García Artilles, M. (1995). *Contribuciones del caos determinista a la dinámica del comportamiento especulativo* (Doctoral dissertation). Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.
- Gual Acosta, J. M. (2016). Las cláusulas abusivas - Evolución hacia una noción Revista *Verba Iuris*, 11(36), pp. 113-134.
- Guzmán, R. B. (2022, 30 enero). La cláusula Petro. *El Espectador*.  
<https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/ramiro-bejarano-guzman/la-clausula-petro/>
- Gómez, G. A. (2016). *De la protección de los consumidores a la protección del empresario*

débil. De las cláusulas abusivas. <http://hdl.handle.net/20.500.11912/2933>.

Gómez, R. S. (2008). Límites legales a la Autonomía de la Voluntad Privada. *Revista UIS Humanidades*, 36(2).

<https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/view/485>

González de Cossío, F. (2005). ¿Es lo "económico" lo mismo que lo "mercantil"?:

comentario sobre la definición de "agente económico" de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *OPENAIRE*.

Hinestrosa, F. (2014). Función, límites y cargas de la autonomía privada. *Revista De*

*Derecho Privado*, (26), 5–39.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3794>

Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las obligaciones II: De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico vol. I*. Universidad Externado.

Kuyeng, C. (2017). *Reformulando la prohibición de orden público: el orden público constitucional y la necesidad de una lista de supuestos que limite la interpretación de esta prohibición* [Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia]. Pontificia Universidad Católica de Perú. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/9261>

Laguado Giraldo, C. A. (2013). Presupuestos de un sistema de control de las

condiciones generales del contrato de seguro. *Revista De La Maestría En Derecho Económico*, 2(2), 213–260.

<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/revmaescom/article/view/7231>

Laguado Giraldo, C. A. (2003). CONDICIONES GENERALES, CLÁUSULAS

ABUSIVAS Y EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL CONTRATO DE SEGURO. *Vniversitas*, 52(105), 231–251.

<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14847>

Aurelio, M. (c. 170d. C.). *Meditaciones*. Penguin Random House Grupo Editorial.

Monsalve Caballero, V., (2008). LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DE LOS

DEBERES PRECONTRACTUALES DE CONDUCTA: UNA DOCTRINA EUROPEA EN CONSTRUCCIÓN. *Revista de Derecho*, (30),30-74.

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85112306003>

Neme Villarreal, M.L. 2009. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. *Revista de Derecho Privado*. 17, 45–76.

Ospina, G., & Ospina, E. (2000). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis.

Posada Torres, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (29), 141-182.  
<https://doi.org/10.18601/01234366n20.07>

Prada-Márquez, Y. (2010). *De las cláusulas abusivas, Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*. Temis.

Rodríguez, A. S. (2002). *Cláusulas abusivas en la contratación: en especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*. Alianza Editorial.

Sahd, J., Zovatto, D., Rojas, D., & Fernández, M. (2022). *Riesgo Político América Latina*. Centro UC Estudios Internacionales CEIUC.

<http://centroestudiosinternacionales.uc.cl/publicaciones/publicaciones-ceiuc/4751-riesgo-politico-america-latina-2022>

Suescún de Roa, F. (2009). Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad. *Revista de Derecho Privado*, (41), 3-17.  
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033199002>

Salas, D. O. P. (2005). Las cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano. *Revista Jurídica Piélagus*, 4(1), 31-39. <https://doi.org/10.25054/16576799.560>

Smith, A. (2020). *La riqueza de las naciones*. Alianza Editorial.

Soto Coaguila, C., & Vattier Fuenzalida, C. (2011). *LIBERTAD DE CONTRATAR Y LIBERTAD CONTRACTUAL*. Grupo Editorial Ibáñez.  
<https://www.ipa.pe/pdf/Libertad-de-Contratar-y-Libertad-Contractual.pdf>

Zapata, J., et al. (2016). Sanciones jurídicas a la estipulación de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión en Colombia. *Rev. CES Derecho*, 7(2), 42-54.  
<http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v7n2/v7n2a04.pdf>