

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-32
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 1 de 15

## LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN: ¿UN ABUSO RESPECTO A LA POSICIÓN DOMINANTE?

**ELENA PATRICIA ROJAS TORRES**  
[patriciarojas@transegovia.com](mailto:patriciarojas@transegovia.com)

**Resumen:** El presente artículo, tiene como finalidad analizar a profundidad el contrato de adhesión, recalcando de manera fehaciente el estudio de las herramientas necesarias para comprender de su aplicabilidad en las contrataciones, situación que contribuirá en la búsqueda de información respecto a los aspectos contenidos en las nuevas regulaciones que tratan los contratos atípicos en Colombia; así como al hecho de comprender las consecuencias jurídicas que se derivan del mal provecho que en ocasiones sacan de este tipo de contratos, en lo que tiene que ver puntualmente con la implementación de cláusulas abusivas, que repercute en beneficio para la posición dominante y por ende desventaja para el adherente.

**Palabras claves:** Atípico, Abuso, Clausula, Adhesión, Contrato, Dominante

**Abstract:** This article aims to analyze in depth the membership contract, stressing unmistakably the study necessary to understand its applicability in hiring tools, a situation that will help in finding information about the aspects of the new regulations dealing atypical contracts in Colombia; and the fact to understand the legal consequences of out bad sometimes removed from such contracts, in what you have to do on time with the implementation of unfair terms, which is of benefit to the dominant position and therefore disadvantage for the adherent.

**Keywords:** Atypical Abuse Clause, Accession Agreement, Parent

### 1. Introducción

Se intenta esbozar con el presente desarrollo investigativo, la problemática generada por la ausencia de una noción cierta del desarrollo legal y doctrinal que sobre las cláusulas abusivas se ha venido haciendo en el ordenamiento jurídico Colombiano, sobretodo, teniendo en cuenta que la mayoría

de las veces, estas cláusulas son usadas cuando de contratos de adhesión se trata.

Juega papel importante en este desarrollo temático, mencionar el concepto de autonomía de la voluntad y sus limitantes, los cuales han tenido que evolucionar al mismo ritmo de la vida social y económica; ejemplo vivo de tal progreso se ve reflejado en la estandarización de los contratos,

situación que pone al particular en la posición de decidir si contrata o no.

En este mismo orden de ideas, se evidenciará cómo las cláusulas contractuales resultan abusivas, si aún actuando de buena fe causan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en el contrato y han sido redactadas previamente por el predisponente y el adherente no tiene otra opción que aceptar sin lograr influir sobre su contenido.

Con base en lo anterior, puede decirse entonces que lo que se intenta es indagar, si existe una regulación para los contratos de adhesión que permita que aquella parte que goza de un poder contractual frente a la otra parte, no se aproveche de las necesidades y por ende no caiga en abuso o ventaja.

Para lograr la respuesta que se desea encontrar, se hace necesario comprender cabalmente el concepto de contrato de

adhesión, los elementos que lo componen y las características; a partir de ello se podrá abordar la autonomía de la voluntad, la posición dominante y concretar con las cláusulas abusivas que son finalmente los temas principales que se desean abordar.

## 2. Definición de contrato de adhesión

Los contratos por adhesión son aquellos contratos predispuestos que una empresa, usualmente proveedora de manera masiva de algún bien o servicio, le impone a otra u otras de manera unilateral para regular la relación jurídica que adelantan. (Rengifo, 2004).

En este sentido, podría decirse que los contratos de adhesión son usados como reglamentos; es decir, como una serie de parámetros normativos que determinan cómo deben actuar las partes en determinados escenarios. Se caracterizan por ser predispuestos, en el sentido en el que su contenido no surge de negociaciones con

cada particular o empresa contratante, sino que la empresa oferente los determina de manera unilateral, y suelen ser pre impuesto, de tal manera que la otra parte contratante no tiene otra opción que aceptar los términos preestablecidos, o rechazarlos.

Lo anterior, podría considerarse entonces la primera desventaja entre las partes contratantes, al corresponder a una de ellas la redacción de las cláusulas y a la otra la simple aceptación o rechazo de las mismas.

Por ello, mientras la parte oferente presenta una serie de cláusulas generales que no distinguen entre aquellas personas o empresas a quienes se les extiende la oferta, llamadas condiciones generales, aquellas otras partes solo pueden adherir o rechazar los términos que se les ofrecen.

Le Pera lo define como:

Un convenio entre una parte que, por una razón jurídica o de hecho, posee una posición de clara superioridad

respecto de la otra”(1974, p. 271) Ahora bien, una definición más moderna y completa, pero que llega al mismo punto es la siguiente: “acuerdo de voluntades en el cual una de las partes, que generalmente tiene poder de negociación superior, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de la empresa se realicen, de modo tal que la otra no puede sino acogerse a su clausulado o prescindir de contratar. (Laguado Giraldo, 2003) en (Caballero, et, al, 2013. p. 10).

La legislación colombiana por su parte en la ley 1328 del 2009, en su artículo 2° define esta tipología contractual como:

Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad.

El estatuto del consumidor, también maneja su propia definición, actualizado el 12 de octubre de 2011, mediante la ley 1480 de este mismo año, definiéndola como: Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas. (Art. 5°).

Se evidencia una similitud de definiciones, en lo que tiene que ver con la posición de las partes involucradas en el proceso contractual, que podría considerarse este de naturaleza problemática, dadas las condiciones de posición dominante.

### **3. Elementos constitutivos del contrato de adhesión**

“La predeterminación del contenido del contrato por una de las partes, mediante el recurso a condiciones generales que se emplean para celebrar un número

indeterminado de negocios o de formularios inmodificables. Y, el segundo, es la presentación de ese contenido al que se quiere contratar, con la opción única de aceptarlo o rechazarlo”. (Cepeda, 1985. p 63.).

Para Rakoff citado por (Castro 2006),”los elementos del contrato de adhesión son: i) documentos impresos, ii) condiciones redactadas por o en beneficio de unas de las partes, iii) son presentados al destinatario para que acepte sus términos, y) no pueden ser discutidos salvo excepcionalmente en el precio”.

Describir los elementos de acuerdo con los postulantes propuestos, contribuyó a la ratificación de las definiciones dadas en el acápite anterior, además situación que permite evitar ser confundida esta figura contractual con otras de similares condiciones.

#### 4. Características del contrato de Adhesión

Para autores como Stiglitz y Yury Vega las características de los contratos de adhesión son las siguientes:

La unilateralidad: Ya que como se desprende de la definición, la construcción del contrato viene estructurada por una de las partes, identificada como el predisponente.

La rigidez del esquema predeterminado por el empresario: a razón de que el adherente o consumidor no tiene oportunidad de negociar ninguna de las cláusulas del contrato.

La predisposición contractual es inherente al poder de negociación que concreta el “profesional” y que generalmente, coincide con la disparidad de fuerzas económicas.

La predisposición se complementa con su carácter abstracto y general, pues se

trata de condiciones a ser incorporadas en una pluralidad de negocios. (Vega, 2001).

#### 5. Autonomía de la Voluntad en el Contrato de Adhesión

Debe empezar mencionándose que la autonomía de la voluntad constituye un principio fundamental para los individuos; podría decirse incluso que constituye la base de toda la actividad humana. en el campo contractual, (Alessandri, et al, 1991); que es el tema que se ocupa en esta oportunidad, dicha voluntad se exterioriza a través de la libertad de realizar convenio o contratos, lo mismo que determinar su tiempo, contenido y efectos (López 1996).

Se habla de libertad contractual, situación que lleva a determinar que en el contrato de adhesión, tal libertad solo aplica para una de las partes, encontrándose en desventaja la parte representada por el adherente, al cual no

le queda otro camino que aceptar las cláusulas aunque estas incurran en abuso.

Si bien es cierto que la teoría contractual expuesta por varios postulantes menciona que para que haya contrato, basta con el acuerdo de la voluntad de las partes; sin embargo se ha dicho a lo largo de este proceso investigativo, en el contrato por adhesión, el contenido está predispuesto por una sola de las partes contratantes y la voluntad del consumidor solo se limita a aceptar o rechazar el contenido.

### **5.1. Posición dominante en el Contrato de Adhesión**

Se desarrolla este aparte temático con el fin de sustentar y argumentar lo que se viene mencionando en el punto inmediatamente anterior; además de tener en cuenta la falta de oportunidad de negociación de las condiciones expuestas en esta tipología contractual, al determinar que el contenido del contrato es propio de

la adhesión, situación que podría implicar una disparidad económica y de inferioridad psíquica para el contratante débil, por la que el contrato de adhesión llega a contraponerse al contrato que puede llamarse paritario (paritético) (Posada, 2015, p.380)

Lo anterior podría llegar a determinar que el equilibrio jurídico del contrato de adhesión se encentra en riesgo, teniendo en cuenta que el predisponente ostenta la calidad de empresario, la cual revela una posición de superioridad contractual frente al adherente que le permite diseñar el arquetipo negocial y establecer las reglas por medio de las cuales se regirán todas las relaciones jurídicas nacidas de los contratos de adhesión que celebre individual o masivamente en el mercado, para realizar todas las operaciones y transacciones en desarrollo de su actividad económica.

Surgen entonces nuevos cuestionamientos, como lo es si toda persona que ostente la calidad de parte más

fuerte del contrato de adhesión, también ostenta necesariamente una posición dominante en el mercado, ejerciendo con ello una presión negativa para otra partes con menor capacidad negocial; sin embargo, para resolver tal inquietud, es preciso comprender que el concepto de parte fuerte contractual está referido solo a un estado de superioridad jurídica en el marco del contrato que le permite a una parte establecer unilateralmente el contenido del mismo. mientras que la posición fuerte en el mercado corresponde a otra definición que cambiaría el rumbo de la investigación si se entrara en profundizaciones conceptuales.

## 6. Cláusulas Abusivas

El afán desmedido por la acumulación de riquezas, permitió que en el siglo XVII, permitió que los empresarios aplicaran al ciencia, tanto a los medios de producción como a los medios de transporte, estimulando la economía de una forma acelerada y el acercamiento de lugares para

dichas prácticas mercantiles (Ballesteros, 1999 en Posada, 2015).

Se persiguió así la elaboración de estrategias orientadas a la disminución de costos de producción, y en este contexto, los abusos cometidos contra la clase trabajadora y la producción en masa de bienes con desmedro de la calidad fueron apenas dos de las estrategias implementadas para multiplicar las ganancias.(Posada, 2015, p.151).

Podría considerarse la desventaja contractual que surgió en aquella época, mediante la implementación de convenios acomodados que beneficiaba a los poderosos dueños de maquinaria y con los contactos necesarios para sacar la mejor parte de dichas explotaciones.

A pesar que estas apreciaciones datan de tiempos remotos, puede mencionarse que hasta hace poco el marco legal aplicable a las cláusulas abusivas

contendías en los contratos de adhesión era escaso, debido a que en el esquema clásico es la autonomía de la voluntad el principio rector; por consiguiente, si las cláusulas han sido aceptadas por los contratantes en uso de su autonomía, son vinculatorias para todas las partes y en estricto sentido no admiten abusos. situación que alcanzaría toda su importancia en el contrato libremente discutido, pero tenido en cuenta que se habla del contrato de adhesión, se nota la falencia en el contenido de esta hipótesis.

### **6.1. Causas de la aparición de cláusulas abusivas en el contrato de adhesión**

La forma de celebrarse el contrato y la omisión de la fase de discusión son algunas de las causas de aparición de las cláusulas abusivas; sin embargo, no puede afirmarse que por tratarse de un contrato de adhesión, siempre se incurra en cláusulas abusivas, sino que por la naturaleza de su estructura, suele prestarse para que dentro de su

conformación se de este fenómeno de abuso, teniendo en cuenta la posición dominante que dentro de este se da.

La Ley 1480 de 2011 define las cláusulas abusivas como “aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos” (art. 42).

### **6.2. Características de las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión**

Para identificar las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión debe tenerse en cuenta lo siguiente:

Que la cláusula sea predispuesta; es decir, que sea impuesta por el predisponente al adherente, sin posibilidad alguna de discutirla ni modificarla.

Que la cláusula genere un desequilibrio jurídico en el contrato; esto es

que las partes, como consecuencia del perfeccionamiento del contrato, no adquieran derechos y contraigan obligaciones recíprocas y equivalentes entre sí.

Que el desequilibrio sea injustificado; este requisito hace referencia a que no cualquier desequilibrio jurídico que sufra el contrato implica la existencia de cláusulas abusivas, pues para que esta se pueda predicar es necesario que se trate de un desequilibrio relevante que altere el equilibrio que debe existir entre los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas por las partes como consecuencia de la celebración y perfeccionamiento del contrato (Rengifo, 2004).

Que la cláusula sea contraria al principio de la buena fe; tal principio no solo impone a las partes tener conciencia e intención de obrar correctamente durante todas las etapas del iter contractus, sino, adicionalmente, el deber de actuar con lealtad, confianza, honestidad y transparencia

en todas ellas para asegurar la satisfacción tanto de sus propios intereses individuales como de los del otro contratante.

### **6.3. Tipología de las Cláusulas Abusivas**

Con base en la ley 1480 de 2011 se describen las cláusulas más polémicas en lo que tiene que ver con el contrato de adhesión:

Cláusulas que limitan o exoneran la responsabilidad del predisponente

Cláusulas que implican la renuncia de los derechos del adherente que le corresponden por ley.

Cláusulas que trasladan al adherente o a un tercero que no sea parte en el contrato la responsabilidad del predisponente

Cláusulas que establecen que el predisponente no reintegrará el precio recibido en caso de ejecución total o parcial del objeto del contrato.

Cláusulas que imponen el pago de intereses no autorizados legalmente. Cláusulas que obligan al adherente a acudir a la justicia arbitral

Cláusulas que restringen o eliminan la facultad del adherente para hacer efectivas frente al predisponente las garantías del producto.

#### 6.4. Jurisprudencia

Debe iniciarse este punto, mencionando la importancia de la voluntad reciproca como constituyente principal del principio básico y elemental de derecho de todo contrato, así se trate de los contratos de adhesión, teniendo en cuenta que éste representa una modalidad de relación negocial aceptada por la ley.

Sin embargo, para muchos estudiosos de la jurisprudencia, entre ellos Marienhoff, en Becerra (2015); el cual se cuestiona dónde queda tal

voluntad de las partes si la elaboración y estipulación de las clausulas está dado sobre una de las partes, considerada la dominante.

Con base en lo anterior y en concordancia con lo que se ha querido exponer en esta investigación, en relación con la implementación de las cláusulas abusivas como manifestación de abuso lo cual exige que se implementen medidas de control por el sistema jurídico, bien sea mediante intervenciones legislativas, administrativas o judiciales. (Silva, 2001).

Al respecto, se tiene que la sentencia C- 909 de 2012 expone claramente el papel de las Superintendencias en la búsqueda de bienestar de los consumidores; se inspira en unión con la protección constitucional hacia el deber de fortalecer los derechos frente a los productores y distribuidores, dada la desigualdad y la asimetría en que se desenvuelve la persona que acude al mercado

de cualquier bien o servicio, para satisfacer sus necesidades.

En este mismo sentido, la corte ha sido reiterativa a la hora de pronunciarse sobre las diversas tutelas en contra de entidades que incluyen cláusulas abusivas, decisiones que han sido basadas en la vulneración de la buena fe; interpretación que no solo ayuda a unificar su jurisprudencia, sino también incentiva la seguridad jurídica y materializa el derecho a la igualdad. Entre las más representativas se encuentran: Sentencia T-152/06, T-158/10, T-098/11, T-136/13, T-222/14, T-398/14, entre otras.

La acumulación de jurisprudencia va abriendo un camino importante que permitirá a los jueces conocer con exactitud cuáles son las reglas aplicables a cada uno de los casos, permitiendo a la vez a los altos tribunales entender la vulneración o no, de los derechos fundamental que puedan surgir

mediante la aplicación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

## 7. Conclusiones y Recomendaciones

### 7.1. Conclusiones

La Carta Política de Colombia reconoce plenamente el derecho fundamental a la igualdad de los individuos; así mismo, su autonomía privada, su libertad contractual e insta por proteger a los ciudadanos del abuso de la posición dominante; sin embargo, tal lucha parece insuficiente, si se observa desde el ordenamiento jurídico, el cual no ofrece herramientas suficientes a la hora de hacer referencia a las condiciones generales de contratación a los contratos de adhesión ni a las cláusulas abusivas.

Lo que hasta aquí se ha dicho, permite mencionar que dentro de los contratos de adhesión, la teoría de las cláusulas abusivas se erige en un mecanismo eficaz para preservar el equilibrio jurídico de los contratos de adhesión, mediante la

restricción de la autonomía privada del predisponente en especial cuando dichas cláusulas se encuentran prohibidas absolutamente en un listado taxativo contenido en la ley.

La libertad contractual, sumado a la diversidad de opciones de negociación que la economía actual de las naciones ofrece, han llevado a los individuos a implementar tipologías contractuales que a pesar de ser legales, carecen de regulación jurídica, situación que en ocasiones conlleva a la implementación de cláusulas que permiten una ventaja visible de parte de uno de los contratantes sobre el otro.

## 5.2. Recomendaciones

Ofrecer recomendaciones acerca de los contratos atípicos, resulta tarea ardua, si se tiene en cuenta que dadas las condiciones en los que estos se estructuran, depende más de las partes

contractuales reconocer los riesgos y las características que estos encierran, donde la autonomía de la voluntad es el componente primordial a la hora de hacer parte de uno de estos negocios; por tanto la principal recomendación que se hace es siempre tener claridad sobre las cláusulas que dentro de ellos se configuren antes de comprometerse, solo así se lograra evitar el abuso y la desventaja.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que más que realizar un compilación de información y acomodarla en un formato preestablecido como requisito, no debe ser la finalidad real de este tipo de procesos investigativos, se debe observar con ojo crítico desde la condición de profesionales en formación para adquirir las herramientas necesarias que servirán de base para intervenir en procesos de índole contractual.

Del mismo modo, este proceso investigativo debe constituirse en la base para sugerir los elementos básicos para construir una doctrina diferente sobre la

interpretación de los contratos por adhesión en Colombia.

## 5. Referencias

Alessandri, R; A; Somarriva U.M; Vodanovic

H. A. (1991). Derecho Civil. Parte preliminar y General Chile Editorial Conosur LTDA. 547 pp.

Arrubla P; J. A.(2008). Contratos Mercantiles

(Décimo Segunda ed., Vol. I). Bogotá D.C., Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.

Arrubla P; J. A.(2006). Contratos Mercantiles,

Contratos Atípicos (Sexta ed., Vol. III). Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Dike.

Ballesteros G; J. A (1999). Las condiciones

generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad, tesis doctoral dirigida por Dr. Julio Carbajo González, Barcelona, Bosch.

Bernal F; M, & Villegas C; L. (2008).

Problemas de la Contratación Moderna y la Protección al Consumidor en las Tecnologías de información y comunicación. Recuperado el 25 enero de 2016 de: <http://www.scielo.org.co>.

Caballero C; A.F, García E; D.S, & Ramos

Peña, J.E (2013). Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión, Interpretación y sus Consecuencias Jurídicas a Favor del Consumidor. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, D.C. Recuperado el 20 de enero de 2016 de: [repository.javeriana.edu.co/.../1/CaballeroChavesAndresFelipe2013.pdf](http://repository.javeriana.edu.co/.../1/CaballeroChavesAndresFelipe2013.pdf).

Cepeda E; M. J. (1985). Los Contratos por

adhesión: problemas y soluciones. Revista de derecho Civil (3), 7-63.

Laguado G; C. A. (2003). Condiciones

generales de la contratación, cláusulas

abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro. Universitas Ciencias Jurídicas y Socioeconomicas (105), 237.

Ley 1328 del 15 de julio de 2009. Artículo 2º. Definición de contrato por adhesión.

Ley 1480 de 2011.

Le Pera, S; (1979). Cuestiones del derecho comercial Moderno. Buenos Aires Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Lepalma. 364 pp.

López, S, M; J. (1996). Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas. Cuadernos jurídicos Chile p73.

Posada, T; C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. Universidad del Rosario. Recuperado el 20 de enero de 2016 de:

[http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php  
p.pdf.](http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?p.pdf)

Rengifo G; E. (2004). *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición. Pg. 189 y ss

Saieilles, R; (1901) de la declaración de voluntad. Paris.

Stiglitz, R. & Stiglitz G (1985). Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor. Buenos Aires Argentina. pp283.

Vega, Y. (2001). EL derecho del consumidor y la contratación contemporánea; Consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo. Editorial Temis.

CvLAC: **Elena Patricia Rojas**, Nacida el 19 de septiembre de 1991 en Palmira

Valle del Cauda, Soltera, Estudiante  
de Derecho desde Junio de 2010,  
cursante de Diplomado de Contratos  
Atípicos en diciembre de 2015.  
Auxiliar jurídica de la empresa  
Trasportes Segovia y Compañía  
S.C.A.