

Las cláusulas abusivas en el contrato estatal*

Unconscionable Clauses in the State Contract

Camilo Andrés Rodríguez Yong^{a*}

Universidad del Rosario, Colombia

camilo.rodriguez@urosario.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3897-5404>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj72.cace>

Recibido: 10 enero 2023

Aceptado: 08 agosto 2023

Publicado: 06 octubre 2023

Samuel Yong Serrano^{**}

Universidad Santo Tomás, Colombia

samuelyong@usantotomas.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0310-8573>

Resumen:

El artículo analiza, a partir de fuentes primarias y secundarias, la aplicación de la doctrina de las cláusulas abusivas en los contratos estatales. Con este objetivo, se dividió el documento en dos partes. En la primera, se exponen algunas consideraciones generales sobre las cláusulas abusivas. En la segunda, cuál es el alcance de estas cláusulas en el ámbito particular de la contratación estatal en Colombia, en especial, su finalidad, características y la sanción jurídica a la cual están sometidas.

Palabras clave: cláusulas abusivas, contratos estatales, autonomía privada, buena fe.

Abstract:

The article analyzes, based on primary and secondary sources, the application of the doctrine of unconscionability in state contracts. For this purpose, the paper is divided into two parts. In the first part, some general considerations on unfair terms are presented. In the second part, it is exposed the scope of these clauses in the field of government contracting in Colombia, in particular, their purpose, characteristics and the legal sanction to which they are subject.

Keywords: Unconscionable clause state contract.

Introducción

En la época actual, una comunidad política que se valore como un Estado social de derecho debe hacer su mayor esfuerzo con miras a realizar tanta justicia social como sea posible para tratar de asegurar el mínimo existencial de cada persona¹. De allí que los Estados categorizados como sociales de derecho, bajo diferentes modalidades de actuación, procuran crear las condiciones para que los integrantes de la colectividad puedan alcanzar el plan de vida que se han trazado.

En desarrollo de ese cometido, los Estados, según los medios disponibles, generalmente se organizan para llevar a cabo, sin la colaboración de un tercero, la ejecución de obras, la prestación de servicios y la producción de bienes. Otras veces, cuando la vía del autoabastecimiento no es la pertinente para proveer bienes requeridos por la comunidad, se ejercita el poder, especialmente en aquellos casos en los que el mercado no los ofrece de modo espontáneo o voluntario (*v.gr.* se acude a la expropiación de bienes inmuebles por motivos de utilidad pública sobre los que sus propietarios no quieren perder su dominio). En otras ocasiones, y por razones de oportunidad y conveniencia, el Estado se comporta como un consumidor y acude a la figura del contrato para proveerse de bienes y servicios², hasta el punto de ser considerado “el primero de los clientes del mercado nacional”³.

Notas de autor

* Profesor asociado, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, Colombia. LLM y SJD, Indiana University Maurer School of Law, Bloomington, Estados Unidos

** Profesor de tiempo completo, Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia

^a Autor de correspondencia: camilo.rodriguez@urosario.edu.co

Esta última forma de actuación bilateral ha ido *in crescendo*, no solo por la falta de recursos del Estado para hacer frente a las necesidades de la comunidad, lo que llevó a recurrir al particular para que colaborara en las tareas de aquel, sino también por el fenómeno de la globalización. Esta última facilitó y aumentó la relación con otras naciones para, entre otros aspectos, obtener bienes, productos y servicios de otros países, fomentar la inversión extranjera y la transferencia de nuevas tecnologías y mejorar la competencia a la hora de las compras públicas.

La forma de contratar del Estado ha evolucionado hasta el punto que, hoy día, el contrato estatal se entiende como un instrumento del que se sirven las partes de este, con el fin de desarrollar cada una sus objetivos bajo una empresa común y relaciones de coordinación y cooperación. En la actualidad, a diferencia de lo que sucedía en el pasado, el contratista no está sujeto a formas de jerarquía y subordinación, en las que la Administración contratante, por el hecho de ser Estado, se consideraba en una situación de superioridad⁴. En todo caso, vale la pena destacar que, bajo esta nueva concepción del contrato, no desaparecen las prerrogativas de las entidades estatales⁵ y su compromiso con la comunidad.

Una revisión del proyecto que dio lugar al estatuto contractual, que derogó la Ley 222 de 1983, permite observar que, si bien se otorgó al administrador público mayor autonomía para contratar, a la Administración se le restringieron sus facultades con el fin de defender los derechos del contratista y de darle un trato más igualitario, lo que, en los términos de la exposición de motivos, se traduce en hacer retornar el contrato a su noción original⁶. Con esto, se genera más confianza al contratista del Estado, quien podrá prestar su colaboración bajo las reglas acordadas y con la certeza de que, si bien la Administración goza de prerrogativas, no podrá abusar de estas. Solo las podrá aplicar cuando se den las condiciones establecidas en la ley.

Los contratos sin importar si son públicos o privados, con prerrogativas o sin ellas, no solo deben servir a los intereses de las partes que lo celebran, sino también adelantarse bajo condiciones que permitan dentro de las reglas pactadas un trato justo. En esta línea, similar a la protección que se da al contratante tratado injustamente en el derecho privado, se advierte que en el derecho público se justifica también tener en cuenta la doctrina de las cláusulas abusivas. Lo anterior, para proteger a la parte del contrato estatal cuando el otro contratante, desconociendo el principio de la buena fe, abusa de su libertad contractual y somete a su colaborador a relaciones desventajosas⁷.

El presente artículo, precisamente, tiene como objetivo analizar, con base en fuentes primarias como secundarias, la aplicación de la doctrina de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por las autoridades públicas colombianas. Con este propósito, se divide en dos partes principales. En un primer acápite, el texto se refiere a algunas consideraciones generales sobre las cláusulas abusivas. En el segundo, se analiza cuál es el alcance de estas cláusulas en el ámbito particular de la contratación estatal.

Algunas consideraciones generales sobre las cláusulas abusivas

En la lógica del liberalismo clásico, se consideraba que, bajo los ideales de libertad e igualdad defendidos por la Revolución francesa, era posible evitar la explotación privada y la celebración forzada de negocios desventajosos⁸. Esas premisas permitieron concebir al contrato como un acuerdo de voluntades de dos o más personas libres e iguales⁹, “que no dejaba lugar a injusticia alguna”, pues, como lo expresaba la frase acuñada por Fouillée, “quien dice contractual dice justo”¹⁰. Por lo tanto, no se consideraba, salvo que fuese necesario, la injerencia del soberano para asegurar un trato justo. En esta relación solo intervenía la autoridad pública, cuando el acreedor reclamaba la intervención de aquella para obligar al deudor a cumplir el contrato¹¹, lo que, a su vez, generaba una sensación de seguridad en el tráfico jurídico.

Con todo, la aparición de la contratación adhesiva mostró situaciones de abuso, lo que demostraría que ese ideal de justo equilibrio de intereses era una falacia. Esta realidad motivó la adopción de importantes medidas

dirigidas a proteger a la parte débil del contrato que por las circunstancias debía adherirse al clausulado propuesto por el otro contrayente¹².

Entre las medidas adoptadas para su protección, se encuentran la expedición de normas especiales, la creación de reglas dirigidas a favorecer al adherente ante contenidos ambiguos y la imposición de cláusulas obligatorias o imperativas. A lo anterior, debe agregarse la aparición de la doctrina de las cláusulas abusivas, considerada por algunos como una doctrina de carácter inherentemente moral y para otros un asunto de política pública¹³.

Las cláusulas abusivas también se conocen con el nombre de cláusulas leoninas, denominación que tiene su origen en la fábula recogida por Esopo en el siglo VI a. C, titulada "Las partes del león". En este relato, se cuenta la historia de un león, una zorra y un asno que salieron de caza. Al momento de repartir el botín, el cual fue dividido en tres piezas, el león mató al asno y le dijo a la zorra: "La primera para mí, que soy el rey de la selva; quedan dos: una para mí, pues vamos a medias en la caza, y la otra también, si no quieres que te pase lo mismo que al asno"¹⁴.

La doctrina de las cláusulas abusivas cuenta tanto con defensores como detractores. Así, para los primeros, esta doctrina representa una respuesta moral a una "falsa conciencia" y un instrumento para promover el bienestar humano y redistribuir los recursos materiales¹⁵.

Por su parte, quienes se oponen a esta, consideran que se trata de una doctrina paternalista que desconoce la "santidad"¹⁶ del negocio jurídico y permite a los contratantes eludir las consecuencias de sus propios errores. Asimismo, promueve la inseguridad en las transacciones debido a que, en su implementación ocupa un espacio importante la subjetividad del fallador, lo que la hace impredecible e inconsistente. Por otra parte, consideran que esta doctrina no debería existir, pues no corresponde al derecho de contratos inmiscuirse en la distribución de la riqueza¹⁷.

En lo que respecta a su entendimiento, las cláusulas abusivas han sido objeto de múltiples definiciones por parte del legislador¹⁸, la jurisprudencia¹⁹ y la doctrina²⁰. Dentro de este marco, una cláusula abusiva puede entenderse como una disposición contractual que,

"siendo redactada e impuesta por una de las partes del contrato, genera un desequilibrio relevante e injustificado en la relación contractual, como consecuencia del reconocimiento de prerrogativas irrazonables o injustificadas en favor del predisponente, o la imposición de cargas de la misma naturaleza en contra del adherente."²¹

Esta definición permite identificar las siguientes características esenciales de una cláusula abusiva²². Así, en primer lugar, se trata de una disposición contractual configurada e impuesta por una de las partes del contrato. En otras palabras, la parte afectada por la cláusula no debe haber intervenido en la determinación de su contenido.

En segundo lugar, la cláusula debe generar un desequilibrio: (a) normativo, pues recae sobre los derechos y las obligaciones asumidas por las partes en el contrato²³, (b) significativo, en el entendido de que debe ser de una magnitud importante²⁴, y, finalmente, (c) injustificado, por no existir razones o motivos legales, comerciales, económicos, etc., que lo legitime o justifique de manera suficiente²⁵.

Es importante anotar que, si bien las cláusulas abusivas se manifiestan principalmente en contratos de consumo y adhesión, lo cierto es que no se limitan a estos²⁶. Así, la doctrina de las cláusulas abusivas puede aplicarse en contratos celebrados entre comerciantes²⁷ o de libre discusión. En este último caso, será necesario demostrar que la cláusula considerada como abusiva fue impuesta.

La doctrina de las cláusulas abusivas como límite al principio de la autonomía privada y respeto a la buena fe

Los contratos son considerados acuerdos libres y voluntarios que, por seguridad jurídica, si no cambian las condiciones de manera imprevista y grave, deben cumplirse por ser una ley para las partes. El vínculo contractual, como generador de confianza, ha de honrarse²⁸. Por esto, los contratos, incluso aquellos de contenido predispuesto, deben no solo celebrarse bajo condiciones justas, sino también ejecutarse de la misma manera, de tal suerte que no tengan cabida comportamientos que afecten su conmutatividad, como sería el hecho de que una de las partes, sin razones legítimas, se aproveche de su posición dominante o abuse del derecho en detrimento de la otra, desnaturalizando la esencia del mismo contrato²⁹.

En este contexto, resulta claro que existen unos límites infranqueables para no afectar los principios rectores de la actividad contractual como son la autonomía privada y la buena fe. Justamente, entre los instrumentos jurídicos existentes para salvaguardar dichos principios se encuentra la doctrina de las cláusulas abusivas.

Una de las nociones básicas del derecho privado moderno es el principio de la autonomía privada, que constituye una clara manifestación de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y la libertad económica y de empresa, que permite a las personas decidir si quieren contratar o no, con quién hacerlo y en qué condiciones³⁰. De esta manera, se otorga al individuo la potestad para dar nacimiento al contrato³¹.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia, la autonomía privada:

“[E]n cuanto libertad contractual, comporta el razonable reconocimiento legal a toda persona de un cúmulo de poderes o facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), seleccionar el sujeto con quien dispone (libertad de elegir parte o contratante), escoger o crear el tipo contractual (libertad de optar en el catálogo Legis o en los usos y prácticas sociales por la especie singular de contrato o crearlo), celebrarlo de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa (libertad de celebrar el contrato en forma inmediata o progresiva), hacerlo directamente o por mandatario, representante o apoderado, expresar el acto dispositivo (libertad de expresión o de forma), determinar el contenido (libertad de estipular el contenido), asegurar el cumplimiento, prevenir la terminación o disponerla, y garantizar, atenuar o ampliar la responsabilidad.”³²

Ahora bien, cuando en una relación jurídica solo uno de los contrayentes es quien fija unilateralmente el contenido del contrato, resulta válido afirmar que este ostenta una posición dominante en la etapa de formación del negocio jurídico³³, situación que en principio no rechaza el ordenamiento jurídico.

Con el propósito de garantizar, entre otros objetivos, relaciones justas y libres³⁴, las partes se sujetan a importantes limitaciones³⁵ para evitar que se haga un mal uso de la autonomía privada y del ejercicio de la posición dominante que, en ciertos casos, se puede presentar. Entre esas restricciones, se encuentra la prohibición de abusar del derecho, lo que, en el ámbito de los contratos, se traduce en no incluir cláusulas abusivas.

El abuso del derecho, en el contexto de las cláusulas abusivas, es un ejercicio antifuncional del derecho de una de las partes³⁶ que, facultada por el ordenamiento jurídico, impone a la otra cláusulas que la afectan por ser injustas, inequitativas e irrazonables.

Según la jurisprudencia:

“[L]a regla denominada del “abuso del derecho” que de manera genérica señala que los derechos deben ejercerse en consonancia con los fines que les son propios, fines que están determinados por la función específica que cumplen en la convivencia humana, y en virtud de los cuales el derecho objetivo los regula y tutela [...]. Así, pues, es preciso destacar que aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económicos-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo.”³⁷

En ese contexto es claro que pueden existir relaciones asimétricas, como sería que una de las partes ostente una posición dominante³⁸, la cual de por sí no se considera reprochable o ilegítimo. Si fuera así, se imposibilitaría la celebración de contratos, especialmente de adhesión³⁹, lo que, por supuesto, iría en contravía del desarrollo económico y social. Lo no tolerable por el ordenamiento jurídico es el hecho de que un individuo, so pretexto de ejercer la autonomía de la voluntad, intervenga en una relación jurídica contractual y afecte a la parte débil de manera abusiva por la facilidad que le propicia su posición dominante, la que, si bien por razones de política jurídica se permite, no puede ser utilizada para tratar en esa relación de manera injusta a la otra.

Se actúa de esta forma cuando el predisponente impone al adherente una cláusula abusiva⁴⁰, pues si bien aquel puede preparar y disponer la forma como se adelantará la ejecución del contrato, no se le permite insertar cláusulas que rompan de manera injustificada o irrazonable el equilibrio contractual⁴¹. Su deber de lealtad para con el otro contratante le fuerza a configurar libremente el contenido del negocio jurídico, de tal manera que puedan ser satisfechos el interés o la necesidad perseguida por ambas partes.

Es una carga que le asiste a quien redacta las cláusulas, sino quiere asumir las consecuencias que le puede acarrear su conducta reprochable de introducir, abusando de su derecho, condiciones contractuales desventajosas e injustas en detrimento del otro contratante. La libertad del predisponente no debe excluir la de quien se vincula con él, habida cuenta que existen “[r]estricciones y exigencias positivas sobre la autonomía individual” para efectos de mejorar las condiciones de vida de quienes se encuentran en las esferas sociales más vulnerables⁴².

De ahí que el Consejo de Estado haya señalado que la teoría del abuso del derecho opera como instrumento de corrección ante contenidos definidos por quien ostenta una posición de dominio que afectan a la parte débil de la relación jurídica⁴³.

Ahora bien, es importante anotar que el abuso del derecho puede derivarse tanto de una cláusula abusiva como de aquella que no lo es.

Así, en una cláusula abusiva, el derecho abusado es la potestad de configurar el contrato de una manera que solo le genere ventajas al predisponente. En consecuencia, insertar una cláusula abusiva es desconocer por parte del predisponente los límites bajo los que se puede ejercer la autonomía privada, en particular, la libertad contractual, por afectar al adherente de esa relación sin causa justificada. Por el contrario, en el caso de una cláusula no leonina, el abuso del derecho no recae sobre dicha libertad, sino sobre el ejercicio del derecho específicamente reconocido en la disposición contractual.

De esta suerte, una cláusula no puede calificarse de abusiva porque el derecho contenido en ella se ejerza de manera contraria a sus fines o con la intención de dañar a otro. En este caso, habrá un ejercicio abusivo del derecho otorgado por la disposición contractual, más no una cláusula abusiva.

A manera de ejemplo: supongamos que en un contrato se otorga únicamente a quien lo ha redactado e impuesto, la facultad de modificarlo unilateralmente por causas expresamente señaladas en la cláusula y permitidas por el derecho, por considerarlas dentro del contexto razonables y justificadas. En esta hipótesis, a pesar de que la cláusula establece un desequilibrio, reconoce únicamente a una de las partes la importante facultad de modificar de manera unilateral el contrato, no podría calificarse de abusiva.

Con todo, aunque la cláusula no sea abusiva, puede tener lugar la figura del abuso del derecho si el titular de la prerrogativa la ejerce con el propósito de causar daño al otro contrayente, o con una finalidad distinta a la que justificó su otorgamiento. Por ejemplo, modifica el contrato con el objetivo de forzar su terminación o afectar económicamente al otro contratante, etc.

Por otra parte, una cláusula abusiva, además de constituir un abuso de la posición dominante y de la autonomía privada, deriva en un desconocimiento del principio de la buena fe.

En efecto, en la actividad contractual, el principio de la buena fe impone a las partes la obligación de actuar con rectitud y honradez. Igualmente, sirve de “criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse

en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos⁴⁴.

El principio de la buena fe desempeña importantes funciones durante todas las etapas del contrato. Entre estas se destaca la función de lealtad, en virtud de la cual las partes deben actuar de manera leal y cooperar de manera permanente y constante para lograr la satisfacción de los intereses perseguidos por la otra⁴⁵. Asimismo, el principio de la buena fe cumple una función de equilibrio en el contrato, que tiene como propósito evitar o corregir situaciones de asimetría o disparidad entre los contrayentes. Además de las funciones anteriores, el principio de la buena fe constituye un límite al ejercicio abusivo de los derechos subjetivos⁴⁶.

En este marco, introducir una cláusula abusiva en un contrato atenta contra el principio de la buena fe⁴⁷, pues, sin lugar a duda, cuando una de las partes del contrato establece una cláusula de esta naturaleza no actúa de forma honesta, leal o correcta, no tiene en cuenta la satisfacción de los intereses de la otra parte, únicamente los propios, y genera un grave desequilibrio en la relación contractual⁴⁸.

En esta dirección, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que las cláusulas abusivas

“erosionan la justicia negocial y la buena fe, principios rectores en la materia (art. 1603 CC), y, en consecuencia, dignas de censura por el ordenamiento, quien las priva, *in radice*, de toda eficacia (arts. 42 y 43 L. 1480 de 2011; 11 L. 1328 de 2009; y 897 CCo).”⁴⁹

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha reconocido que la doctrina de las cláusulas abusivas encuentra fundamento, entre otros, en el principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 superior, pues las autoridades públicas deben comportarse en las negociaciones de forma razonable, equilibrada y proporcional, evitando que, so pretexto de atender el interés público, impongan cargas excesivas o irrazonables a su colaborador⁵⁰.

En suma, la doctrina de las cláusulas abusivas es una herramienta importante para salvaguardar el principio de la buena fe y evitar el ejercicio de la autonomía privada y de la posición dominante en términos no consentidos por el derecho.

La finalidad de la doctrina de las cláusulas abusivas

La doctrina de las cláusulas abusivas persigue importantes objetivos o finalidades, tales como castigar el ejercicio abusivo de la autonomía privada, proteger al contratante que no ha podido intervenir en la determinación del contenido del contrato y asegurar el equilibrio en la relación contractual⁵¹.

Por consiguiente, no tiene como propósito salvaguardar a los contrayentes de una mala negociación⁵², sino ser un mecanismo de intervención del Estado que resulta necesario ante la imposibilidad del mercado de corregir por sí solo las conductas abusivas y violatorias del principio de la buena fe⁵³.

Las cláusulas abusivas y el contrato estatal

El contrato estatal como acto jurídico creador de obligaciones, similar a lo que acontece en las relaciones contractuales privadas, debe gobernarse por normas justas, sin importar si se trata de contratos regidos por el estatuto contractual (contratos estatales propiamente dichos) o de contratos a los que solo se les aplique de dicho estatuto el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, los que por demás como cualquier contrato estatal se rigen por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política (contratos estatales especiales)⁵⁴.

Los contratos estatales, sea que gocen de prerrogativas o no, conforme con la Corte Constitucional, por ser generalmente sinalagmáticos dado el principio del gasto público que los cubre, se encuentran sometidos

al principio de reciprocidad de prestaciones, en el entendido de que por virtud del principio de justicia conmutativa, se debe mantener una equivalencia según el criterio objetivo de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones, para que el valor recibido por el contratista como contraprestación, corresponda al justo precio imperante en el mercado. De este modo, además de fijar un límite al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad para controlar la posición dominante de la Administración, se conserva el equilibrio del contrato y, de contera, garantiza los derechos del contratista, parte débil⁵⁵, en muchas ocasiones de la relación contractual.

Llegados a este punto, es pertinente anotar que, por la función social que en la era actual caracteriza los contratos⁵⁶, y con más veras al contrato estatal, estos son verdaderos actos de cooperación mediante el cual, como señala la doctrina privatista, cada parte pretende obtener un beneficio compatible con el de la otra⁵⁷. Lo anterior, tratándose de contratos públicos, se expresa en que el Estado contratante, al procurar satisfacer necesidades de la comunidad por medio de la operación, cumple su gestión (beneficio de interés general) y el contratista obtiene un provecho económico, fruto de su esfuerzo (beneficio particular), derivado de la colaboración para lograr ese cometido por parte del Estado.

Esta forma de entender la relación entre los participantes de un contrato estatal descansa en el hecho de que el contratista es una pieza clave en el desarrollo de las tareas del Estado, de tal suerte que sacrificarlo con una cláusula leonina no solo afectaría de manera patrimonial al contratista, sino que, además, impediría que el objeto contractual se cumpliera, con las consecuencias nefastas que esto conllevaría para la comunidad que espera beneficiarse con la ejecución del contrato.

Es por ello que el principio de buena fe, si bien es relevante en las relaciones contractuales, pues como señala la doctrina, “la función social del contrato se relaciona directamente con el principio de buena fe, que impone a cada parte [...] el deber de lealtad y corrección frente a la otra, durante todo el iter contractual”⁵⁸, cobra aún más fuerza en materia de derecho público contractual por las implicaciones que tiene su transgresión dentro de este negocio jurídico.

Si es el Estado contratante su transgresor, además de faltar con su comportamiento a lo dispuesto en la norma constitucional que le demanda ceñirse a los postulados de la buena fe, como muestra el artículo 83 C.P., desconoce, entre otros principios y valores, los fines de la contratación estatal. De comportarse el Estado contratante por fuera de los cánones de este principio, difícilmente se podría llevar a feliz término lo buscado con la celebración y ejecución de esta operación como es “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”⁵⁹. Es decir, no solo se afecta la buena marcha de la Administración para alcanzar los objetivos proyectados, sino también se perjudica al colaborador contratista que podría ver comprometido su patrimonio y hasta su propia actividad.

Y si es el colaborador contratista el que no se ciñe a los postulados de la buena fe, además de violentar la norma constitucional mencionada, con este comportamiento se desprecia el objetivo que hace al Estado contratante ir en su búsqueda, como es el de colaborar para lograr los fines estatales y de actuar en función social, función de la que se derivan obligaciones, que se muestran en el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993, y de las que no se puede sustraer el contratista sin una causa justificada. No debe olvidarse que

“el contrato se ha convertido en una herramienta útil para que el Estado con la colaboración del particular pueda cumplir sus cometidos en áreas que difícilmente podría cubrir de manera adecuada por falta de recursos económicos, tecnológicos, humanos, de conocimiento, etc.”⁶⁰

Ahora, en materia de contratos, quien podría transgredir la norma fundamental de buena fe al insertar una cláusula leonina, en principio, sería el Estado contratante, que generalmente es el encargado de redactar el contrato o los *otro sí* en la etapa de ejecución. Esa cláusula en ocasiones se presentaría porque el particular no tiene la oportunidad de discutir las condiciones que se pactaron o existe una falsa apariencia de haberse adelantado la negociación, observando los cánones legales, tal como se pasa a explicar a continuación.

Características de una cláusula abusiva en el contrato estatal

Frente a los requisitos que deben satisfacerse para considerar una cláusula abusiva, al no existir norma especial que regule la materia en los contratos estatales, son aplicables los criterios adoptados por la jurisprudencia y la doctrina en el ámbito del derecho privado, sin perjuicio de los ajustes que en su aplicación deba realizarse en la órbita del derecho público.

En este marco, en un contrato estatal será abusiva una cláusula que (i) ha sido redactada e impuesta por una de las partes del contrato, es decir, no ha sido negociada individualmente; que (ii) establece un desequilibrio relevante e injustificado en los derechos y obligaciones surgidas del contrato, en perjuicio de la parte a la que le ha sido impuesta la cláusula. Esta situación deviene como consecuencia del reconocimiento de prerrogativas o condiciones irrazonables o injustificadas en favor del predisponente de la cláusula, o la imposición de cargas que no debe soportar quien ha tenido que adherirse a ella.

En esta línea, ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“Como puede verse, en el Derecho Colombiano existe una clara tendencia a proscribir y limitar los acuerdos que contengan cláusulas abusivas, vejatorias, leoninas, esto es aquellas que muestren de manera evidente, injustificada e irrazonable una total asimetría entre los derechos, prestaciones, deberes y/o poderes de los intervinientes, en especial cuando uno de ellos sea el mismo Estado [...].⁶¹

En lo que respecta al primero de dichos requisitos, esto es, la ausencia de negociación individual de la cláusula, es importante señalar lo siguiente:

Bajo la vigencia del anterior estatuto contractual era clara la asimetría de poder a favor de la entidad pública, al tener esta la facultad de determinar las condiciones del negocio jurídico y, por tanto, predisponer unilateralmente el contenido de sus cláusulas⁶². En este escenario, la satisfacción del requisito analizado resultaba más pacífica.

En la actualidad, dadas las reformas del estatuto contractual, en el sentido de permitir que en la etapa anterior a la celebración los interesados en participar en el proceso de selección presenten observaciones al prepliego y al mismo pliego de condiciones, sería difícil que, con frecuencia, en los contratos estatales propiamente dichos, el requisito relativo a la ausencia de negociación individual de la cláusula resulte satisfecho.

Con todo, puede suceder que después de realizarse cuestionamientos serios y justificados, en las oportunidades previstas, la entidad que convocó e invitó a ofertar los estime infundados por considerar que la cláusula o cláusulas cuestionadas no contienen situaciones injustas generadoras de un desequilibrio contractual, sino que obedecen a riesgos propios que se deben asumir por el futuro contratante. En este caso, sin perjuicio de la necesidad de analizar cada caso en concreto, resultaría válido aplicar la doctrina de las cláusulas abusivas.

En los contratos estatales especiales podría también presentarse el caso en los que no es posible la discusión por parte del contratista sobre cláusulas del contrato redactadas por entidades del Estado que se encuentren, por ejemplo, en competencia del mercado (v.gr. cuando tienen el carácter de instituciones financieras —Banco Agrario— y utilicen contratos de contenido predispuesto para realizar prestamos) e inserten en el contrato una cláusula leonina, como sería aquella que límite los medios de prueba que de acuerdo con la legislación goce el contratista para realizar sus reclamos.

En lo que concierne al segundo de los requisitos de una cláusula abusiva, relacionado con la existencia de un desequilibrio relevante e injustificado, la Sección Tercera del Consejo de Estado en su jurisprudencia ha señalado que insertar una cláusula abusiva por parte del Estado contratante conculca el principio de buena fe⁶³, lo que ha llevado a nuestro sistema jurídico a proscribir aquellas cláusulas de un contrato estatal que de manera evidente, injustificada e irrazonable establezcan “una total asimetría entre los derechos, prestaciones, deberes y/o poderes de los intervinientes”⁶⁴ para favorecer a quien las impuso⁶⁵.

Cabe anotar que para el análisis que debe adelantarse con miras a establecer si el desequilibrio en la relación contractual es irrazonable o injustificado, se requiere tomar en consideración todas las circunstancias particulares que rodean el contrato⁶⁶, por cuanto puede ocurrir perfectamente que una misma cláusula sea abusiva en un determinado negocio jurídico, pero no lo sea en otro⁶⁷.

En línea con lo anterior, en el caso específico del contrato estatal, en la evaluación para determinar lo injustificado o irrazonable de la cláusula, podrán considerarse aspectos propios de dicho ámbito, que no necesariamente tienen lugar en la contratación privada (la satisfacción del interés general, el derecho del contratista al equilibrio económico del contrato, etc.). La consideración de estos elementos puede llevar a que una misma cláusula sea calificada como abusiva en un contrato celebrado entre particulares, pero ajustada al ordenamiento jurídico cuando hace parte de un contrato estatal.

Sanción de una cláusula abusiva en el contrato estatal

Identificada la presencia de una cláusula abusiva en un contrato, resulta válido preguntarse acerca de la sanción jurídica a la que puede quedar sometida. En el ámbito colombiano, pueden presentarse dos posibilidades.

Una primera alternativa consiste en sancionar la cláusula abusiva con la ineficacia de pleno derecho, en aquellos casos en los que el legislador así lo haya determinado expresamente. Esta sanción es la que tiene lugar en el caso de los estatutos del consumidor financiero y ordinario. Así, el artículo 11 de la Ley 1328 de 2009 señala que “cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero”. En el mismo sentido, el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 determina que “los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho”.

Otra alternativa es considerar nula la cláusula abusiva, cuando la ley no establezca la ineficacia de pleno derecho. Lo anterior, debido a que dicha disposición, como se indicó, implica un abuso del derecho, y, por lo tanto, una violación a una norma imperativa como lo es el artículo 95 de la Constitución Política de Colombia, que daría lugar al retiro de la cláusula del ordenamiento jurídico.

En el ámbito de la contratación estatal, para definir la sanción jurídica de una cláusula abusiva, en contratos regidos por el estatuto contractual, es necesario acudir al numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, disposición que establece:

ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

[...]

5o. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

[...]

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o ~~concurso~~.

[...]

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados. (El aparte tachado fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, subrayas fuera del texto)

Como se advierte, el numeral referido señala expresamente que la ineficacia de pleno derecho opera cuando las estipulaciones de los pliegos y de los contratos desatiendan lo dispuesto en este o impongan la renuncia a una reclamación por los hechos indicados en la disposición.

Ahora bien, teniendo en cuenta que (i) la nulidad absoluta y la ineficacia de pleno derecho son sanciones diferentes, que implican también consecuencias jurídicas disímiles⁶⁸ y (ii) en la jurisprudencia nacional es posible encontrar decisiones que han aplicado una u otra sanción⁶⁹, resulta pertinente referirse al alcance del citado numeral 5.º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Así, una primera postura, que podría calificarse de “estricta” sería la que estima que una cláusula abusiva en un contrato estatal debe sancionarse con la ineficacia de pleno derecho solo cuando el negocio jurídico haya estado precedido por un pliego de condiciones. En los demás casos, tendría lugar la nulidad absoluta. Esta aproximación encuentra justificación en el hecho de que el señalado numeral 5.º se refiere a los “pliegos de condiciones”.

Por su parte, una segunda postura, que podría denominarse “amplia”, y por la que nos inclinamos, sería aquella que considera la ineficacia de pleno derecho como la sanción que debe imponerse a una cláusula abusiva incorporada en un contrato estatal regido por la Ley 80 de 1993, sin importar si este ha sido reglado por un pliego de condiciones. Lo anterior, debido a que el numeral 5.º señala que dicha sanción es la que resulta aplicable en el caso de “contratos” que contravienen lo dispuesto en este, lo que ocurriría cuando el negocio jurídico incorpora una cláusula abusiva, estipulación contractual contraria a la justicia.

Es importante destacar, que si bien lo dispuesto en el numeral 5.º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 tiene lugar en el caso de contratos estatales sujetos a la Ley 80 de 1993, respecto de aquellos que no lo están, la sanción de una cláusula abusiva será, por regla general, la nulidad absoluta. Esto, por cuanto la ineficacia de pleno derecho está reservada a situaciones en las que exista una norma expresa que la imponga.

Por otra parte, frente al alcance de los efectos de la decisión que declara una cláusula abusiva, es importante señalar que, en principio, se limita a la disposición contractual, entendida esta en su sentido material⁷⁰. En virtud de lo anterior, y con fundamento en el principio de la conservación del contrato, el apartado abusivo desaparece, pero el resto del negocio jurídico conserva su validez⁷¹. De manera excepcional, puede llegar a desaparecer todo el contrato en la medida en que este no pueda subsistir sin la cláusula catalogada como abusiva, sin que esto implique la supresión de “las consecuencias materiales, particularmente los hechos jurídicos nacidos con ocasión del contrato anulado y regidos por el derecho de la responsabilidad o de las restituciones”⁷².

Mantener la vigencia del contrato, con exclusión del apartado abusivo o leonino, encuentra sustento en los siguientes argumentos:

La doctrina de las cláusulas abusivas busca que el contrato se ejecute en términos equilibrados. En este marco, dicho objetivo no podría alcanzarse si con la declaratoria del carácter abusivo de la cláusula desapareciera todo el contrato del mundo jurídico. Lo anterior, habida cuenta que, aunque se eliminaría el desequilibrio, ya no existiría un contrato a ejecutar.

Asimismo, limitar el alcance de la nulidad o ineficacia de pleno derecho a la eliminación de la cláusula considerada abusiva resulta razonable, pues una aproximación contraria perjudicaría gravemente al afectado por la cláusula, al no permitirle satisfacer la necesidad que buscaba solventar por medio de la celebración del negocio jurídico. Esta situación puede provocar, además, que el afectado, para evitar la pérdida del contrato, prefiera no alegar el carácter abusivo de la cláusula y quedar sometido a sus efectos⁷³.

Además, y de particular importancia en el campo de la actividad contractual del Estado, la nulidad de todo el contrato implicaría que el contratista no continúe ejecutando sus obligaciones, lo que afectaría negativamente la prestación del servicio público y, en consecuencia, la satisfacción del interés general.

En concordancia con lo anterior, la nulidad total del contrato sería contraria al artículo 3 de la Ley 80 de 1993, disposición que establece como fines de la contratación estatal “la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

Conclusiones

En virtud del principio de la buena fe, los contratos, ya sean privados o públicos, deben propender por la satisfacción de los intereses de todos los contrayentes, lo cual exige que su contenido este provisto de condiciones justas. De allí que se encuentren proscritas conductas abusivas, como lo sería la inclusión de cláusulas abusivas, que provocan un desequilibrio injustificado o irrazonable en los derechos y obligaciones del contrato, desequilibrio que afecta a la parte del contrato a la que se le impone la estipulación leonina o vejatoria.

Por otro lado, las cláusulas abusivas, además de violentar el principio de la buena fe, implican un abuso de la autonomía privada y de la posición dominante.

Aunque la doctrina de las cláusulas abusivas es propia del derecho privado, es perfectamente posible su estudio en el contrato estatal, pues los principios de autonomía privada y buena fe, aplicables ambos en la contratación pública, requieren también ser salvaguardados en este ámbito. Adicionalmente, la necesidad de proteger a la parte que se adhiere a la cláusula, garantizar el equilibrio del contrato y evitar el ejercicio abusivo de la libertad contractual son también finalidades imperativas cuando el Estado participa en estas operaciones.

En el contrato estatal, una cláusula podrá considerarse abusiva cuando se redacta e impone por una de las partes del contrato (ausencia de negociación individual) y genera un desequilibrio relevante e injustificado en los derechos y obligaciones contractuales, en contra de la parte a la que se le impone la cláusula.

Dicha cláusula, ya sea con fundamento en las sanciones de nulidad absoluta o ineficacia de pleno derecho, debe ser excluida del negocio jurídico, sin que, en todo caso, en principio, este desaparezca. La conservación del resto del contrato encuentra justificación, entre otras razones, en la imperiosa necesidad de evitar la paralización del servicio y asegurar la satisfacción del interés general, en concordancia con lo señalado en el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993.

Bibliografía

- Ahmet Cemil Yildirim, *Equilibrium in International Commercial Contracts* (Wolf Legal Publishers, 2011).
- Álvaro Pérez Vives, *Teoría general de las obligaciones*, vol. I, 4.ª ed. (Ed. Doctrina y Ley, 2009).
- Antonio De Cabo de La Vega, *Lo público como supuesto constitucional* (Universidad Nacional Autónoma de México, 1997).
- Cristóbal Alzate Hernández, *Fundamentos del contrato* (Ibáñez, 2009).
- Blake D. Morant, *The Salience of Power in the Regulation of Bargains: Procedural Unconscionability and the importance of Context*, n.º 4 Michigan State Law Review (2006).
- Camilo Andrés Rodríguez Yong, *Una aproximación a las cláusulas abusivas* (Universidad del Rosario, Legis Ed., 2013).
- Carlos René Morales Quintanilla, *Las condiciones generales de los contratos y el control del contenido frente a las cláusulas abusivas*, Colección de Tesis Doctorales (Universidad de Salamanca, 2014).
- Carmen González León, *Control de condiciones generales: las cláusulas abusivas entre empresarios*, en Fernando Carbajo Cascón, coord., *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo. Repercusiones en el derecho español y en la práctica contractual* (Tirant Lo Blanch & Ediciones Universidad de Salamanca, 2015).
- Catherine Thibierge, *Nulidad, restituciones y responsabilidad* (Universidad Externado de Colombia, 2009).
- Colleen McCullough, *Unconscionability as a Coherent Legal Concept*, vol. 164, Issue 3 University of Pennsylvania Law Review (2016).
- Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos Fundamentales* [trad. Raúl Sanz Burgos & José Luis Muñoz de Baena] (Ed. Trotta, 2006).

- Edith R. Warkentine, *Beyond Unconscionability: The Case for Using "Knowing Assent" as the Basis for Analyzing Unbargained-For Terms in Standard Form Contracts*, vol. 31, Issue 3 Seattle University Law Review (2008).
- Elena D'Agostino, *Contracts of Adhesion between Law and Economics. Rethinking the Unconscionability Doctrine* (Springer, 2015).
- Elena Sanz, *De dónde viene la expresión "condiciones leoninas"*, Revista Muy interesante. <https://www.muyinteresante.es/cultura/arte-cultura/articulo/ide-donde-viene-la-expresion-condiciones-leoninas>
- Enrique Guadarrama López, *Contratos de adhesión y cláusulas abusivas* (Universidad Nacional Autónoma de México, 2014).
- Ernesto Benda, *El Estado social de derecho*, en Manual de derecho constitucional (Marcial Pons, 2001).
- Fernando Alarcón Rojas, *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, (Universidad Externado de Colombia, 2011).
- Fernando Hinestrosa, *Función, límites y cargas de la autonomía privada*, n.º 26 Revista de Derecho Privado (2014, enero-junio).
- Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones* (Ed. Temis, 2001).
- Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso & Marisa Herrera, *Comentario al artículo 10*, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, t. I, (Infojus, 2015).
- Gustavo Valbuena Quiñonez, *Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia*, en Perspectivas del derecho del consumo (Universidad Externado de Colombia, 2013).
- Hila Keren, *Guilt-Free Markets? Unconscionability, Conscience, and Emotions*, n.º 2 Brigham Young University Law Review (2016).
- Ignacio Galindo Garfio, *Las cláusulas inequitativas en los contratos* (Universidad Nacional Autónoma de México, 1981).
- Jaime Alberto Arrubla Paucar, *La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano*, en Perspectivas del derecho del consumo (Universidad Externado de Colombia, 2013).
- Javier Mauricio Rodríguez Olmos, *Más allá del contrato por medio del contrato: las transformaciones del mecanismo contractual en la era de la globalización*, en Autonomía privada: perspectivas del derecho contemporáneo (Universidad Externado de Colombia, 2018).
- Jennifer Nadler, *Unconscionability, Freedom, and the Portrait of a Lady*, vol. 27, n.º 2 Yale Journal of Law & the Humanities (2015).
- Jesús Alfaró Águila-Real, *Las condiciones generales de la contratación* (Civitas, 1991).
- John-Paul Bogden, *On the Agreement Most Foul: A Reconsideration of the Doctrine of Unconscionability*, vol. 25, n.º 1 Manitoba Law Journal (1997).
- John Phillips, *Protecting those in a Disadvantageous Negotiating Position: Unconscionable Bargains as a Unifying Doctrine*, vol. 45, n.º 3 Wake Forest Law Review (2010).
- José Félix Chamí, *Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato*, n.º 14 Revista de Derecho Privado 113-138 (2008).
- José Ignacio Monedero Gil, *Doctrina del contrato del Estado* (Universidad Complutense de Madrid, 1976).
- José Luis Benavides, *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*, 2.ª ed. (Universidad Externado de Colombia, 2004).
- José Manuel Gual Acosta, *Las cláusulas abusivas - evolución hacia una noción*, vol. 36 Revista Verba Iuris (2016).
- Juan J., Benítez Caorsi, *Solidaridad contractual* (Ed. Ubijus, Ed. Reus, 2013).
- Juan Pablo Cárdenas Mejía, *Justicia y abuso contractual*, en Fabricio Mantilla Espinosa & Francisco Ternera Barrios, Dir., Los contratos en el derecho privado (Universidad del Rosario, Legis Ed., 2009).
- Keith William Diener, *The Doctrine of Unconscionability: A Judicial Business Ethic*, vol. 8 University of Puerto Rico Business Law Journal (2016).
- Larry A. DiMatteo & Bruce Louis Rich, *A Consent Theory of Unconscionability: An Empirical Study of Law in Action*, vol. 33, Issue 4 Florida State University Law Review (2006).

- Lucía Moreno García, *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal* (Tirant Lo Blanch, 2019).
- Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *La doctrina de los propios actos* (Ed. Bosch, 1963).
- Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I (Ed. Civitas, 1993).
- Manuel García Caracuel, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, (Ed. Dykinson, 2014).
- Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (Alianza Ed., 2009).
- María Elisa Camacho López, *Las cláusulas abusivas en los contratos entre empresarios* (Universidad Externado de Colombia, 2022).
- María Elisa Morales Ortiz, Pamela Andrea Mendoza Alonzo & Renzo Esteban Munita Marambio, *Cláusulas abusivas entre empresas. Evolución en los principales sistemas de derecho comparado*, 69 *Vniversitas* (2020).
- María José Reyes López, *Manual de derecho privado de consumo*, 3.º ed. (Ed. La Ley, 2022). <https://laleydigital.laleynext.es/>
- M. Neil Browne & Lauren Biksacky, *Unconscionability and the Contingent Assumptions of Contract Theory*, n.º 1 *Michigan State Law Review* (2013).
- Miguel Ruíz Muñoz, *Cláusulas abusivas y morosidad en las operaciones comerciales*, en María Isabel Candelario Macías & Bárbara de la Vega Justribó, coords., *Estudios e interpretación práctica de la legislación sobre morosidad* (Tirant Lo Blanch, 2013).
- Neil Andrews, *Contract Law* (Cambridge University Press, 2011).
- Nicolas Cornell, *A Complainant-Oriented Approach to Unconscionability and Contract Law*, vol. 164, n.º 5 *University of Pennsylvania Law Review* (2016).
- Samuel Yong Serrano, *El contrato estatal contemporáneo*, en *Las compras públicas al descubierto* (Ed. Ibáñez, 2020).
- Teodora Felipa Torres García, *La autonomía privada: luces y sombras*, en Esther Muñoz Espada, Dir., *Derecho de obligaciones y contratos. En homenaje al profesor Ignacio Serrano García* (Wolters Kluwer, 2016).

T3 Legislación

Código Civil
Código de Comercio de Colombia
Constitución Política de Colombia
Ley 80 de 1993
Decreto-ley 222 de 1983
Ley 1150 de 2007
Ley 1328 de 2009
Ley 1480 de 2011

T3 Jurisprudencia

- United States District Court for the Southern District of Mississippi. *Bank of Indiana, Nat'l Asso. v. Holyfield*. 476 F. Supp. 104, 1979, [EE. UU.].
- Court of Appeal of California, *A & M Produce Co., v. FMC Corporation*, 135 Cal. App. 3d 473, 1982, [EE. UU.].
- United States District Court for the District of Kansas, *John Deere Leasing Co. v. Blubaugh*, 636 F. Supp. 1569, 1986, [EE. UU.].
- Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala de Casación Civil, M.P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia del 9 de agosto de 2000. Expediente: 5372, [Colom.].
- Supreme Court of California. *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc.*, 24 Cal. 4th 83, 2000, [EE. UU.].

- Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Expediente: 5670, [Colom.].
- Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala de Casación Civil, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 2 de agosto de 2001. Expediente: 6146, [Colom.].
- Corte Constitucional [C.C.], M.P. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia del 22 de agosto de 2001, C-892/01, [Colom.].
- Cámara de Comercio de Bogotá. Tribunal de Arbitramento Herpaty Limitada v. Sociedad de Concesionarios S.A. (Concesa S.A.). Laudo del 16 de diciembre de 2005, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. julio 7, 2006, Sentencia T-517/06, [Colom.].
- Cámara de Comercio de Bogotá. Tribunal de Arbitramento, Concelular S.A. —en liquidación— v. Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., Laudo del 1 de diciembre de 2006, [Colom.].
- Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de Arbitramento, Punto Celular Ltda. v. Comunicación Celular S.A. - Comcel S.A., Laudo del 23 de febrero de 2007, [Colom.].
- Court of Appeal of California, Walnut Producers of California v. Diamond Foods, Inc, 187 Cal. App. 4th 634, 2010, [EE. UU.].
- Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala de Casación Civil, M.P. William Namén Vargas. Sentencia del 30 de agosto de 2011. Expediente: 11001-3103-012-1999-01957-01, [Colom.].
- Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala de Casación Civil. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Sentencia del 14 de diciembre de 2011. Expediente: 1100131030142001-01489-01, [Colom.].
- Supreme Court of Appeals of West Virginia, Brown v. Genesis Healthcare Corp., 228 W. Va. 646, 2011, [EE. UU.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 18 de julio de 2012. Radicación número: 50001-23-31-000-1992-03966-01(21573), [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Radicación número: 76001-23-31-000-1996-03577-01 (20524), [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sala de Consulta y Servicio Civil, M.P. Álvaro Namén Vargas. Concepto del 10 de octubre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157), [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 29 de enero de 2014. Radicación número 18001-23-31-000-2010-00165-01(46482), [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 28 de abril de 2014. Radicación número: 20001-23-31-000-2009-00199-01(41834), [Colom.].
- Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, M.P. Ignacio Sancho Gargallo. Sentencia número 36/2018 del 24 de enero de 2018, [España].
- Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala de Casación Civil, M.P. Ariel Salazar Ramírez. Sentencia del 19 de diciembre de 2018. Expediente: SC5679-2018, [Colom.].
- Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala de Casación Civil, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Decisión del 30 de abril de 2019. Radicación número: 11001-02-03-000-2018-04033-00, [Colom.].
- Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala de Casación Civil, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Auto del 29 de julio de 2019. Expediente: AC2957-2019, [Colom.].

Notas

- * Este artículo se realizó en desarrollo del trabajo de los grupos de investigación en Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y de la Universidad Santo Tomás.
- 1 E. Benda, *El Estado social de derecho*, en Manual de derecho constitucional 532-533 (Marcial Pons, 2001).
 - 2 J. I. Monedero Gil, *Doctrina del contrato del Estado* 172-175 (Universidad Complutense de Madrid, 1976).
 - 3 M. García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo* 73 (Alianza Ed., 2009).

- 4 S. Yong Serrano, *El contrato estatal contemporáneo*, en Las compras públicas al descubierto 78-79 (Ed. Ibáñez, 2020).
- 5 J. L. Benavides, *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*, 2.ª ed., 373 (Universidad Externado de Colombia, 2004).
- 6 Gaceta del Congreso n.º 75 de 1992.
- 7 Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2014, Radicación Número: 20001-23-31-000-2009-00199-01(41834), [Colom.].
- 8 D. Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales* 162 [trad. R. Sanz Burgos & J. L. Muñoz de Baena (Ed. Trotta, 2006)].
- 9 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, 122 (Ed. Civitas, 1993). En el mismo sentido, véase M. Neil Browne & L. Biksacky, *Unconscionability and the Contingent Assumptions of Contract Theory*, n.º 1 Michigan State Law Review 212-214 (2013).
- 10 Frase que refleja la importancia del contrato como manifestación de libertad de los individuos en su máxima expresión, durante la época del liberalismo clásico. Sobre el sentido de la expresión para explicar el contrato durante el liberalismo clásico, puede leerse J. M. Rodríguez Olmos, *Más allá del contrato por medio del contrato: las transformaciones del mecanismo contractual en la era de la globalización*, en Autonomía privada: perspectivas del derecho contemporáneo 149 ss. (Universidad Externado de Colombia, 2018).
- 11 A. De Cabo de La Vega, *Lo público como supuesto constitucional* 81 (Universidad Nacional Autónoma de México, 1997).
- 12 Así, por ejemplo, la doctrina ha señalado: “La presuposición de que los seres humanos son maduros, responsables y suficientemente íntegros desde el punto de vista moral como para entablar intercambios justos se ha revelado recurrentemente como una regla con vicisitudes de excepción. Tal vez sea la naturaleza de la humanidad o tal vez se deba a circunstancias desafortunadas de crianza que algunos seres humanos se vuelvan tan interesados que intenten obtener ventajas por medios sin escrúpulos a costa de otros seres humanos más vulnerables. Cuando dicha ventaja se obtiene a través de un contrato y el grado de dicha ventaja se vuelve lo suficientemente inmoral, injusto o inequitativo, la doctrina de las cláusulas abusivas se convierte en un mecanismo de protección de los vulnerables” [trad. propia]. K. W. Diener, *The Doctrine of Unconscionability: A Judicial Business Ethic*, vol. 8 University of Puerto Rico Business Law Journal 104 (2016).
- 13 “La doctrina de las cláusulas abusivas es una doctrina inherentemente moral. Permite a los jueces invalidar contratos moralmente repugnantes. La doctrina de las cláusulas abusivas es necesaria para garantizar un estándar mínimo de decencia dentro de las circunstancias fácticas únicas de las relaciones contractuales y comerciales. Los jueces la utilizan para invalidar contratos que, de otro modo, serían válidos y que violan las normas éticas de la sociedad” [trad. propia]. *Id.* En otra oportunidad, también se indicó: “La explotación contractual es un comportamiento de mercado que resulta de los juicios morales de los seres humanos. La parte más fuerte en una situación de mercado determinada tiene la oportunidad no sólo de beneficiarse de un acuerdo, sino también de explotar a la otra parte mucho más allá de los términos justos y rentables de un acuerdo similar realizado entre partes más iguales. Pero, como sugirió el juez Posner en una ocasión, el hecho de que exista una oportunidad no significa que haya que aprovecharla al máximo. El espacio entre el reconocimiento de la oportunidad de explotar, y la decisión de hacerlo, es un espacio para los juicios morales” [trad. propia]. H. Keren, *Guilt-Free Markets? Unconscionability, Conscience, and Emotions*, n.º 2 Brigham Young University Law Review 454 (2016). Con todo, es importante destacar que para otra parte de la doctrina, el derecho de los contratos y sus doctrinas son un asunto diferente a la moral, pues el primero refleja objetivos de política pública y no normas morales. Así, se ha indicado: “El punto de vista opuesto sostiene que el derecho contractual se aparta sistemáticamente de la moral porque sirve para fines diferentes. El derecho contractual no es simplemente un análogo de nuestras obligaciones promisorias, sino un conjunto distinto de obligaciones impuestas por el Estado. Dado que el derecho contractual se concibe como una política pública, se considera que sus doctrinas reflejan objetivos de política pública más que normas morales particulares” [trad. propia]. N. Cornell, *A Complainant-Oriented Approach to Unconscionability and Contract Law*, vol. 164, n.º 5 University of Pennsylvania Law Review 1138 (2016).
- 14 Citada en E. Sanz, Revista Muy Interesante. <https://www.muyinteresante.es/cultura/arte-cultura/articulo/ide-donde-viene-la-expresion-condiciones-leoninas>
- 15 J. Nadler, *Unconscionability, Freedom, and the Portrait of a Lady*, Vol. 27, n.º 2 Yale Journal of Law & the Humanities 221-222 (2015).
- 16 “Un acuerdo libremente celebrado no se anulará sólo porque una parte lo considere desagradable después de haberlo alcanzado. Los acuerdos deben ser respetados, y el tribunal debe esforzarse por no interferir en los acuerdos de quienes han acordado libremente estar obligados por los términos que ellos mismos han negociado. Este concepto se ha denominado ‘inviolabilidad del contrato’” [trad. propia]. J.-P. Bogden, *On the Agreement Most Foul: A Reconsideration of the Doctrine of Unconscionability*, vol. 25, n.º 1 Manitoba Law Journal 189 (1997).
- 17 Neil & Biksacky, *supra* nota 9, págs. 226-228, Véase igualmente: J. Phillips, *Protecting Those in a Disadvantageous Negotiating Position: Unconscionable Bargains as a Unifying Doctrine*, vol. 45, n.º 3 Wake Forest Law Review 846-849 (2010); B. D. Morant, *The Salience of Power in the Regulation of Bargains: Procedural Unconscionability and the*

- importance of Context*, n.º 4 Michigan State Law Review 942 (2006); C. McCullough, *Unconscionability as a Coherent Legal Concept*, vol. 164, Issue 3 University of Pennsylvania Law Review 782 (2016); E. R. Warkentine, *Beyond Unconscionability: The Case for Using “Knowing Assent” as the Basis for Analyzing Unbargained-For Terms in Standard Form Contracts*, Vol. 31, Issue 3 Seattle University Law Review 484 (2008); J. Nadler, *supra* nota 15, pág. 213.
- 18 Ley 1480 de 2011, artículo 42.
- 19 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Expediente 5670; Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2018. Expediente: SC5679-2018; Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Radicación número: 76001-23-31-000-1996-03577-01 (20524).
- 20 Véase, entre otros, J. M. Gual Acosta, *Las cláusulas abusivas - evolución hacia una noción*, vol. 36 Revista Verba Iuris 120 (2016).
- 21 C. A. Rodríguez Yong, *Una aproximación a las cláusulas abusivas* 52 (Universidad del Rosario, Legis Ed., 2013).
- 22 Para la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, las cláusulas abusivas tienen las siguientes características: “...se advierten como características arquetípicas de las cláusulas abusivas —primordialmente—: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial [...] c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes”. Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de febrero de 2001, Expediente 5670, [Colom.].
- 23 De esta suerte, el desequilibrio no recae sobre aspectos como el precio del contrato. Así, por ejemplo, se ha señalado: “De este modo, el desequilibrio que se evaluará para determinar la existencia de una cláusula abusiva no será analizado en términos económicos atinentes al precio, sino más bien en términos jurídicos relacionados con los derechos y obligaciones asumidos por las partes, esto es, las posiciones que cada una de ellas asume en la relación contractual entablada”. Resolución n.º 198-2016/CPC-INDECOPI-LOR de Comisión de Protección al Consumidor, de 17 de Mayo de 2016. En el mismo sentido, el artículo 1121 del Código Civil y Comercial de Argentina señala: “ARTÍCULO 1121.-Límites. No pueden ser declaradas abusivas: a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado. Sobre la naturaleza del equilibrio exigido por la norma también se ha pronunciado la doctrina, entendiéndose que se trata de un ‘equilibrio jurídico’ relativo a los derechos y obligaciones y que, por tanto, no es un ‘equilibrio económico’, pues entienden que no es posible controlar el contenido de las cláusulas referidas a elementos esenciales del contrato”. L. Moreno García, *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal* (Tirant Lo Blanch, 2019). Con todo, en Europa, de manera excepcional, resulta posible aplicar la doctrina de las cláusulas abusivas en casos de falta de transparencia en la cláusula del precio. Así, por ejemplo, véase España. Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, Sentencia n.º 36/2018 del 24 de enero de 2018.
- 24 Cámara de Comercio de Bogotá. Tribunal de Arbitramento Herpaty Limitada v. Sociedad de Concesionarios S.A. (Concesa S.A.). Laudo del 16 de diciembre de 2005 [Colom.]. En el caso de la doctrina española, esta ha señalado: “En todo caso, el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes ha de ser —exartículo 82.1 de la LGDCU— un ‘desequilibrio importante’”. Sin embargo, la ley no establece las pautas para discernir cuando dicho desequilibrio es relevante; tampoco lo prevé la Directiva europea 93/13. El TJUE, en cambio, sí se ha pronunciado a este respecto. En particular, en la Sentencia de 16 de enero de 2014, en la que el Tribunal de Justicia interpreta el artículo 3.1 de la referida Directiva y considera que: “La existencia de un ‘desequilibrio importante’ no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales” (apartado 30). L. Moreno García, *supra* nota 23.
- 25 En relación a este punto, la jurisprudencia norteamericana ha señalado: “Como se ha reconocido, “el carácter abusivo no sólo depende de un resultado ‘unilateral’, sino también de la ausencia de ‘justificación’ para ello”. “...Hacemos hincapié en que si un empleador tiene una justificación razonable para el acuerdo —es decir, una justificación basada en algo más que el deseo del empleador de maximizar su ventaja basada en la superioridad percibida del foro judicial— tal acuerdo no sería abusivo. Sin dicha justificación, debemos asumir que lo es” (trad. propia). Estados Unidos. Supreme Court of California. Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc., 24 Cal. 4th 83, 2000. Adicionalmente, en otra oportunidad se indicó: “Para demostrar que una cláusula es abusiva, la parte que pretende mantenerla debe demostrar que la cláusula guarda una relación razonable con los riesgos y necesidades de la empresa” (trad. propia). Estados Unidos. United States District Court for the Southern District of Mississippi. Bank of Indiana, Nat’l Asso. v. Holyfield. 476 F. Supp. 104, 1979.
- 26 G. Valbuena Quiñonez, *Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia*, en Perspectivas del derecho del consumo 430 (Universidad Externado de Colombia, 2013). Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Decisión del 30 de abril de 2019. Radicación n.º 11001-02-03-000-2018-04033-00, [Colom.].

- 27 “En principio, la doctrina de las cláusulas abusivas se ha aplicado a las relaciones contractuales con consumidores, pero en teoría nada se opone a que se dé la situación abusiva en contratos celebrados entre profesionales”. Colombia. Cámara de Comercio de Bogotá. Tribunal de Arbitramento, Concelular S.A. — en liquidación— v. Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., Laudo del 1 de diciembre de 2006. De otra parte, la aplicación de la doctrina de las cláusulas abusivas a contratos celebrados entre comerciantes también ha sido reconocida por decisiones judiciales en los Estados Unidos: “La doctrina de las cláusulas abusivas es una doctrina fundamental para el funcionamiento del derecho contractual, con independencia de su aplicación concreta”(…) “[E]l concepto de abusividad se aplica tanto a las empresas como a los consumidores” (trad. propia). Estados Unidos. Court of Appeal of California, Walnut Producers of California v. Diamond Foods, Inc, 187 Cal. App. 4th 634, 2010. Asimismo, en otra oportunidad se indicó: “Cada vez con mayor frecuencia, los tribunales han empezado a reconocer que los empresarios experimentados pero jurídicamente poco sofisticados pueden verse injustamente sorprendidos por cláusulas contractuales abusivas [...], y que incluso las grandes entidades empresariales pueden tener un poder de negociación relativamente escaso, dependiendo de la identidad de la otra parte contratante y de las circunstancias comerciales que rodeen al acuerdo” (trad. propia). Estados Unidos. Court of Appeal of California, A & M Produce Co., v. FMC Corporation, 135 Cal. App. 3d 473, 1982. Desde el punto de vista de la doctrina española, se ha señalado: “En el ámbito de la distribución comercial es habitual la utilización de condiciones generales de la contratación, porque la mayoría de los contratos que se celebran son contratos de adhesión en los que el predisponente establece una lista de condiciones generales que la contraparte raramente puede negociar o modificar. Esta limitación de la autonomía de la voluntad del adherente puede propiciar la inclusión de cláusulas abusivas, especialmente en los contratos con consumidores, pero también en las relaciones entre empresarios. En la distribución comercial se dan relaciones verticales que implican situaciones de dependencia en las que la posición dominante del proveedor o franquiciador facilita que impongan cláusulas abusivas al distribuidor o al franquiciado”. C. González León, *Control de condiciones generales: las cláusulas abusivas entre empresarios*, en F. Carbajo Cascón, coord., *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo. Repercusiones en el derecho español y en la práctica contractual* (Tirant Lo Blanch & Ediciones Universidad de Salamanca, 2015). Igualmente, pueden revisarse los siguientes trabajos: M. E. Morales Ortiz, P. Andrea Mendoza Alonzo & R. E. Munita Marambio, *Cláusulas abusivas entre empresas. Evolución en los principales sistemas de derecho comparado*, 69 *Vniversitas* (2020) y M. E. Camacho López, *Las cláusulas abusivas en los contratos entre empresarios* (Universidad Externado de Colombia, 2022).
- 28 M. García Caracuel, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales* 24 (Ed. Dykinson, 2014).
- 29 “Quien somete al otro contratante al imperio de su designio en la celebración del negocio jurídico, está negando la esencia del contrato, y está aprovechando su fuerza vinculatoria y coercible de ese instrumento jurídico en favor de su exclusivo interés...”. I. Galindo Garfio, *Las cláusulas inequitativas en los contratos* 329 (Universidad Nacional Autónoma de México, 1981).
- 30 Á. Pérez Vives, *Teoría general de las obligaciones*, vol. I, 4.^a ed., 129 (Ed. Doctrina y Ley, (2009). Véase también: Neil Andrews, *Contract Law* 6 (Cambridge University Press, 2011); Elena D’Agostino, *Contracts of Adhesion between Law and Economics. Rethinking the Unconscionability Doctrine* 3 (Cham, Springer, 2015).
- 31 Respecto al principio de la autonomía privada, véase G. Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones* 39 (Ed. Temis, 2001).
- 32 Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de agosto de 2011, Expediente: 11001-3103-012-1999-01957-01, [Colom.].
- 33 Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de Arbitramento, Punto Celular Ltda. v. Comunicación Celular S.A. - Comcel S.A., Laudo del 23 de febrero de 2007, [Colom.].
- 34 Corte Constitucional de Colombia [C.C.], julio 7, 2016, Sentencia T-517/06, [Colom.].
- 35 Frente a este punto, véase: T. F. Torres García, *La autonomía privada: luces y sombras*, en Muñiz Espada, Esther, Dir., *Derecho de Obligaciones y Contratos. En homenaje al profesor Ignacio Serrano García* 63-95 (Wolters Kluwer, 2016).
- 36 G. Caramelo, S. Picasso & M. Herrera, *Comentario al artículo 10*, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, t. I, 37 (Infojus, 2015).
- 37 Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de agosto de 2000, expediente: 5372, [Colom.].
- 38 J. A. Arrubla Paucar, *La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano*, en *Perspectivas del derecho del consumo* 368 (Universidad Externado de Colombia, 2013).
- 39 Frente a los beneficios de los contratos de adhesión, véase E. Guadarrama López, *Contratos de adhesión y cláusulas abusivas* 23 (Universidad Nacional Autónoma de México, 2014).
- 40 Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de Arbitramento, Concelular S.A. — en liquidación— v. Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., Laudo del 1 de diciembre de 2006, [Colom.].
- 41 En esta dirección, la doctrina ha señalado: “Se trata, por consiguiente, de asegurar que las partes puedan adoptar la decisión que más les convenga, que lo hagan libremente, que en aquello sobre lo cual no existe deliberación se preserve la justicia y que durante la ejecución del contrato se conserve el reequilibrio querido por los contratantes, incluyendo

- los riesgos que cada uno haya asumido”. J. P. Cárdenas Mejía, *Justicia y abuso contractual*, en F. Mantilla Espinosa & F. Ternera Barrios, Dir., *Los contratos en el derecho privado* 693-720, 693 (Universidad del Rosario, Legis Ed., 2009).
- 42 F. Hinestrosa, *Función, límites y cargas de la autonomía privada*, n.º 26 Revista de Derecho Privado 5-39 (2014, enero-junio).
- 43 Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de julio de 2012. Radicación n.º 50001-23-31-000-1992-03966-01(21573), [Colom.].
- 44 L. Díez-Picazo y Ponce de León, *La doctrina de los propios actos* 137 (Ed. Bosch, 1963).
- 45 Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de agosto de 2001, expediente: 6146, [Colom.].
- 46 J. F. Chamié, *Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato*, n.º 14 Revista De Derecho Privado 113-138, 114 (2008).
- 47 “[U]na cláusula abusiva es aquélla que se estipula de mala fe, o presumiendo la mala fe de la otra parte contratante, o que rompe el equilibrio contractual”. Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2018, Expediente: SC5679-2018, [Colom.].
- 48 En relación a este punto, la doctrina española ha señalado: “Es decir, el examen objetivo del equilibrio de las cláusulas se refiere a que el tribunal debe determinar si la reglamentación contractual contempla una distribución de los derechos y obligaciones que respete y atienda los intereses de ambas partes, y no solo los interés del predisponente”. C. R. Morales Quintanilla, *Las condiciones generales de los contratos y el control del contenido frente a las cláusulas abusivas*, Colección de Tesis Doctorales 291 (Universidad de Salamanca, 2014).
- 49 Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala de Casación Civil, Auto del 29 de julio de 2019, Expediente: AC2957-2019, [Colom.]. Véase también: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2011, expediente: 100131030142001-01489-01, [Colom.].
- 50 Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de abril de 2014, Radicación Número: 20001-23-31-000-2009-00199-01(41834), [Colom.].
- 51 Frente al equilibrio contractual como principio, véase Ahmet Cemil Yildirim, *Equilibrium In International Commercial Contracts* 1 (Wolf Legal Publishers, 2011).
- 52 “En resumen, la doctrina de las cláusulas abusivas es utilizada por los tribunales para vigilar los excesos de ciertas partes que abusan de su derecho a contratar libremente. Se dirige contra los contratos unilaterales, opresivos e injustamente sorprendentes, y no contra las consecuencias *per se* de un poder de negociación desigual o incluso de una simple mala negociación” [trad. propia]. Estados Unidos. US District Court for the District of Kansas, *John Deere Leasing Co. v. Blubaugh*, 636 F. Supp. 1569, 1986.
- 53 Así, la doctrina ha señalado: “Las denominadas cláusulas abusivas de la contratación son cláusulas contractuales no negociadas individualmente (por lo general, condiciones generales de la contratación) y contrarias a las exigencias de la buena fe, que tienen su causa de ser en las típicas situaciones de información asimétrica y en los correspondientes costes de transacción. Este tipo de situaciones provoca comportamientos oportunistas por parte de aquellos empresarios que ostentan una posición de privilegio en el mercado y tienen cierto poder de mercado. Este fenómeno se produce tanto frente a los consumidores como frente a los empresarios que no ostentan dicha posición, esto es, frente a los denominados de manera genérica partes débiles del contrato, o acreedores o contratantes ignorantes. Ciertamente se trata de una situación anómala, que podría en principio corregirse de manera autónoma por el propio mercado mediante la competencia, especialmente con la introducción de un mayor nivel de transparencia en el contenido contractual. No obstante, como se viene sosteniendo desde hace tiempo, y tanto desde planteamientos económicos, como jurídicos, no es muy probable que la competencia produzca condiciones generales justas y equitativas. Entre nosotros así se ha puesto de manifiesto por la mejor doctrina iusprivatista”. M. Ruíz Muñoz, *Cláusulas abusivas y morosidad en las Operaciones Comerciales*, en M. I. Candelario Macías & B. de la Vega Justribó, coords., *Estudios e interpretación práctica de la legislación sobre morosidad* (Tirant Lo Blanch, 2013). En el mismo sentido, véase: L. A. DiMatteo & B. L. Rich, *A Consent Theory of Unconscionability: An Empirical Study of Law in Action*, vol. 33, Issue 4 Florida State University Law Review 1070-1071 (2006).
- 54 Sobre la forma de categorizar los contratos estatales, véase Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, M.P.: J. de D. Montes Hernández, Sentencia del 20 de agosto de 1998, Rad. n.º 14202, [Colom.].
- 55 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia del 22 de agosto de 2011, C-892/01.
- 56 Para el profesor Benítez Caorsi: “fuera de la función económica, el contrato cumple también una función social”. J. J., Benítez Caorsi, *Solidaridad contractual* 36 (Ed. Ubijus, Ed. Reus, 2013).
- 57 C. Alzate Hernández, *Fundamentos del contrato* 79 (Ibáñez, 2009).
- 58 J. J., Benítez Caorsi, *supra* nota 56, pág. 10.
- 59 Ley 80 de 1993, art. 3.º.
- 60 S. Yong Serrano, *supra* nota 4, pág. 77.
- 61 Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de abril de 2014, Radicación n.º 20001-23-31-000-2009-00199-01(41834), [Colom.].

- 62 “El anterior planteamiento resulta especialmente importante en el ámbito de los contratos administrativos regulados por el Decreto-ley 222 de 1983, en los cuales, tanto por razones jurídicas como fácticas, existía una asimetría de poder contractual a favor de la entidad pública que ostentaba una posición superior frente al contratista particular, en cuanto le asistió la facultad de configurar y de definir las condiciones del contrato desde el pliego de condiciones y predisponer unilateralmente el contenido sus cláusulas. Es allí donde la teoría del abuso del derecho está llamada a operar plenamente como instrumento de corrección ante contenidos abusivos predispuestos por quien ejerce una posición de dominio en contra de la parte débil o subordinada de la relación jurídica, con base en las siguientes reglas o principios extraídos del Código Civil y del Código de Comercio”. Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de julio de 2012, Radicación n.º 50001-23-31-000-1992-03966-01(21573), [Colom.].
- 63 Conforme con el Consejo de Estado, “la estipulación de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por la Administración Pública resulta violatoria del principio de la Buena Fe cuando causa un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales”. *Id.*
- 64 Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2014, Radicación n.º 18001-23-31-000-2010-00165-01(46482), [Colom.].
- 65 Así, la Sección Tercera calificó a una cláusula abusiva como una cláusula que: “propende por el favorecimiento de una de las partes en la relación contractual, sin que exista una justificación constitucional o legal válida”. Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de marzo de 2013. Radicación n.º 76001-23-31-000-1996-03577-01 (20524), [Colom.].
- 66 Frente a este punto, la doctrina extranjera ha indicado: “El carácter abusivo de una cláusula se vincula, por tanto, a la idea de desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se deriven del contrato. Valorar esta situación requiere someter dicha relación a un control de su contenido que deberá hacerse en relación con el marco del contrato en cuestión, así como por las normas derivadas de los usos negociales y de la buena fe entre otros criterios, a lo que debe sumarse, tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”. M. J. Reyes López, *Manual de derecho privado de consumo*, 3.º ed. (Ed. La Ley, 2022).
- 67 En este sentido: “Por supuesto, lo “excesivo” de la estipulación, su “injustificación” o “irrazonabilidad”, su “desproporción”, son asuntos que en cada caso deben ser cuidadosamente evaluadas por el juzgador. No existen, ni podrían existir, definiciones únicas, precisas y generalizables sobre tales características. Entonces, atendidas sus especificidades, lo que en determinado evento puede ser visto como justificado y razonable, en otro podría tenerse como injustificado [...]”. Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de Arbitramento, Punto Celular Ltda. v. Comunicación Celular S.A. - Comcel S.A. Laudo del 23 de febrero de 2007, [Colom.]. En el mismo sentido, véase: Estados Unidos, Supreme Court of Appeals of West Virginia, *Brown v. Genesis Healthcare Corp.*, 228 W. Va. 646, 2011. Desde el punto legislativo, véase el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011.
- 68 Frente a las diferencias entre la nulidad absoluta y la ineficacia de pleno derecho, véase F. Alarcón Rojas, *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos* 250-251 (Universidad Externado de Colombia, 2011).
- 69 Se calificó a una cláusula como abusiva en Consejo de Estado [C.E.], Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 10 de octubre de 2013. Radicación n.º 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157), [Colom.]. Por su parte, se sancionó a una cláusula abusiva con la nulidad absoluta en. Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de marzo de 2013. Radicación n.º 76001-23-31-000-1996-03577-01(20524), [Colom.]. Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia del 18 de julio de 2012, Radicación n.º 50001-23-31-000-1992-03966-01(21573), [Colom.].
- 70 Frente a la distinción entre cláusula en sentido formal y material, la doctrina ha indicado: “Otro aspecto importante en torno al alcance de la declaración de una cláusula como abusiva es si la sanción, sea de nulidad absoluta o de ineficacia, afecta la totalidad de la disposición o solo parte de ella. La respuesta a este interrogante exige, en primer lugar, precisar los conceptos de cláusula en sentido formal y cláusula en sentido material: “En sentido formal, cláusula es cada una de las partes, numeradas o no, en que está dividido el contenido de un documento contractual. En sentido material es cada una de las disposiciones, cada una de las ‘reglas de conducta’, cada uno de los ‘preceptos negociales autónomos’, cada uno de los *contenidos de regulación* de un contrato”. J. Alfaro Águila-Real, *Las condiciones generales de la contratación* 633 (Civitas, 1991).
- 71 Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de los contratos de consumo (artículo 44 de la Ley 1480 de 2011).
- 72 C. Thibierge, *Nulidad, restituciones y responsabilidad* 365 (Universidad Externado de Colombia, 2009).
- 73 J. Alfaro Águila-Real, *supra* nota, págs. 341-343.

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Para citar este artículo/To cite this article: Camilo Andrés Rodríguez Yong & Samuel Yong Serrano, *Las cláusulas abusivas en el contrato estatal*, 72 Universitas (2023). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj72.cace>