

Desequilibrio o asimetría en las relaciones contractuales entre empresarios

Trabajo de grado para optar el título de Abogada

Maria Alejandra Soto Echeverri

Asesor

Juan Ignacio Granados Aristizábal

Especialista en Derecho Privado

Corporación Universitaria Lasallista

Facultad de Ciencias Sociales y Educación

Programa de Derecho

Caldas-Antioquia

2015

## Contenido

Contenido.....	2
Resumen .....	4
Introducción.....	5
Justificación.....	7
Objetivos .....	8
Objetivo general.....	8
Objetivos específicos .....	8
Metodología.....	10
Marco teórico.....	11
Concepto de autonomía privada .....	11
Concepto de libertad contractual.....	15
La libertad contractual como postulado específico de la autonomía privada.....	15
¿Cuáles son las expresiones de la libertad contractual? .....	19
Libertad de conclusión del contrato .....	20
Libertad de elección de la otra parte .....	20
Libertad de elección del tipo contractual .....	21
Libertad de configuración del contenido del contrato .....	21
Libertad de forma .....	22
Libertad de elección de los mecanismos de solución de conflictos de contratos .....	22
Libertad de modificación y extinción .....	23
Equilibrio contractual.....	23
¿Qué es el equilibrio contractual? .....	23
Desequilibrio contractual.....	25
¿Qué es el desequilibrio contractual? .....	25
¿Qué situaciones generan asimetría contractual? .....	29
Posición dominante .....	29
Abuso del derecho .....	36
Asimetría en la información.....	38
Limitantes de la autonomía privada .....	40
Límites legales: Ley, orden público y buenas costumbres:.....	40
Límites a la libertad de configuración del contenido del contrato:.....	44

Contrato de adhesión y/o bajo condiciones generales de contratación.....	44
Cláusulas abusivas.....	46
La asimetría en relaciones contractuales entre empresarios.....	50
¿La asimetría contractual solo se presenta en las relaciones con consumidores o puede presentarse en relaciones contractuales entre empresarios?.....	50
¿Qué principios, mecanismos o instituciones tratan de atacar las circunstancias que generan asimetría en las relaciones entre empresarios? .....	52
Principio de Buena fe .....	53
Teoría de la imprevisión.....	57
Lesión enorme .....	58
Conclusiones y recomendaciones.....	62
Referencia .....	65

## Resumen

El presente trabajo tiene como designio identificar y establecer qué circunstancias generan desequilibrio o asimetría contractual en las relaciones contractuales entre empresarios. Desde la jurisprudencia nacional expedida por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia entre los años 2009 a 2014. Para tener un conocimiento general de qué condiciones hacen variar las relaciones contractuales y cómo desde nuestro ordenamiento jurídico hay principios e instituciones encargados en prevenir y remediar un eventual desequilibrio o asimetría contractual.

**Palabras claves:** desequilibrio, asimetría, equilibrio contractual, igualdad comercial, buena fe, autonomía privada, empresario, contrato.

## Introducción

El desarrollo de éste trabajo de grado inicia con una investigación perfilada a dar cuenta de la realidad social que vive el mundo moderno, ésta nos lleva a conocer y a generar un nuevo conocimiento metódico de profundos cambios en la naturaleza y celebración de los contratos, asimismo contribuir al mejoramiento de las relaciones contractuales entre empresarios, para estar al tanto de cuál es su confort, pero también conocer sus debilidades, todo esto partiendo desde una óptica analítica donde la fuente principal es la jurisprudencia nacional.

Pero de otro lado, no puede dejarse aislada la figura del desequilibrio o asimetría contractual, porque ha sido estudiada desde años por la doctrina española, donde estos han desarrollado más tempranamente esta figura y diseñan mecanismos para frenar conductas que atentan contra los derechos de los demás y así cumplir con el fin de solucionar lagunas jurídicas que ha dejado el legislador en éstas materias.

Ésta preocupación, ha generado que la jurisprudencia nacional se pronuncie al respecto, pero dando pasos pequeños en la materia, argumentando posibles razones que generan desequilibrio, pero también dando soluciones jurídicas sustraídas por medio de sentencias que se darán a conocer más adelante en éste trabajo.

Dada la importancia de éste asunto y teniendo claro que en Colombia ésta cuestión se ha desenvuelto de manera lenta, se realiza éste trabajo de grado, donde su tema principal es el “Desequilibrio o asimetría en las relaciones contractuales entre empresarios “, con el cual se pretende hacer una compilación jurisprudencial del ordenamiento jurídico. De esa manera la pregunta clave que desarrollará la investigación será: ¿Según la jurisprudencia nacional expedida entre el año 2009 al

2014 por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Constitucional , qué circunstancias se han identificado para sostener que en las relaciones contractuales entre empresarios se puede presentar desequilibrio o asimetría contractual?

Partiendo de ésta pregunta, se desarrollará unos conceptos en materia contractual, utilizando el método hermenéutico, el cual parte del análisis de los elementos que causan desequilibrio, mirando parte por parte los componentes y matices que se genera, con el fin de ayudar al desarrollo de la hipótesis, para poder así identificar las circunstancias que dan origen a que se presente un desequilibrio o asimetría en las relaciones contractuales entre empresarios.

Por último, la investigación arrojará de manera implícita la formula apropiada para llevar a cabo la celebración de un contrato. Pues cuando se tiene conocimiento de los factores que propician la asimetría se podrá celebrar un contrato con más facilidad Es claro entonces que actuando con buena fe, se genera un desarrollo armónico al contrato entre empresarios. Además que sirva como material de consulta a los estudiosos del derecho, especialmente, para aquellos que se interesan por el análisis del derecho contractual contemporáneo, debido a que la jurisprudencia, es la fuente auxiliar del derecho con más acogida en la actualidad.

## **Justificación**

Ésta investigación tiene dos finalidades. La principal, es Identificar, según la jurisprudencia nacional expedida entre el año 2009 al 2014 por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Constitucional, las circunstancias que nacen para sostener que en las relaciones contractuales entre empresarios se puede presentar desequilibrio o asimetría contractual, es decir, las posibles causas que generan un desequilibrio o asimetría en el contrato.

Complementario a lo anterior se establecerán qué principios, mecanismos o instituciones tratan de atacar las circunstancias que generan asimetría en las relaciones entre empresarios.

## **Objetivos**

### **Objetivo general**

Identificar, según la jurisprudencia nacional expedida entre el año 2009 al 2014 por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Constitucional, las circunstancias que se dan para sostener que en las relaciones contractuales entre empresarios se puede presentar desequilibrio o asimetría contractual.

### **Objetivos específicos**

Identificar las sentencias expedidas entre el año 2009 al 2014 por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia donde se han pronunciado acerca del desequilibrio o asimetría contractual en las relaciones entre empresarios.

Identificar las sentencias expedidas entre el año 2009 al 2014 por Corte Constitucional donde se han pronunciado acerca del desequilibrio o asimetría contractual en las relaciones entre empresarios.

Determinar con base en las sentencias, la jurisprudencia nacional expedida entre el año 2009 al 2014 por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Constitucional, cuáles categorías son relevantes para determinar la asimetría contractual entre las relaciones contractuales entre empresarios.



Establecer las posibles causas que generan un desequilibrio o asimetría contractual.

## **Metodología**

La metodología que se utilizará para el desarrollo de ésta investigación será el método hermenéutico, analizando las sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional expedidas en el año 2009 al 2014, con el fin de contribuir al desarrollo de la hipótesis, para poder identificar las circunstancias que dan origen a que se presente un desequilibrio o asimetría en las relaciones contractuales entre empresarios.

## Marco teórico

### Concepto de autonomía privada

El concepto de la autonomía privada juega un papel primordial en todos los contratos que se celebran a diario, en sentido amplio se entiende por autonomía privada, la potestad que tiene un sujeto de derecho para auto determinarse, es decir entendido desde el punto de vista subjetivo que es donde la persona en su fuero interno empieza a pensar qué es lo que desea hacer y así hacer uso de su derecho de ejercicio para celebrar negocios jurídicos, o simplemente para autogobernarse y crear reglas, conductas o para con los demás.

En un sentido más específico la autonomía privada es un principio que parte de la creación de negocios jurídicos, de la modificación y de la extinción del mismo.

Como lo dijo la Corte Suprema De Justicia, *Sala Civil en Sentencia del seis (6) de agosto de dos mil diez (2010).Exp05001-3103-017-2002-00189-01*. Magistrado Ponente César Julio Valencia Copete. Consideración Jurídica N° 1 “... *Esta autonomía es reconocida por el orden jurídico, en el campo del derecho privado...como actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva de relaciones jurídicas entre individuo e individuo; relaciones cuya vida y vicisitudes están ya disciplinadas por normas jurídicas*” (Cursiva original del texto), esta voluntad entendida desde el punto de vista de la libertad que tiene la persona para gozar de sus derechos pero también para cumplir sus deberes enfrentados en una relación jurídica, donde el poder de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas son un comienzo y un fin del querer como elemento esencial de la autonomía privada.

Esta concepción armoniza con el artículo 1602 del Código Civil Colombiano en el que indica que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Este artículo de nuestro ordenamiento jurídico muestra el poder que tiene una persona para hacer leyes inter partes donde fundado el contrato solo creará efectos jurídicos para las partes que suscribieron el mismo, por el cual se regirán bajo sus estipulaciones y por el cual no se podrá dar por terminado sino por leyes superiores que invaliden el acuerdo o por su misma voluntad de finiquitarlo. La creación de normas particulares para los contratantes debe contener el alcance del negocio jurídico y el límite de su voluntad y de las normas superiores. Con esta norma el Estado reconoce la potestad que tiene un individuo de auto regularse para tener autonomía de cómo manejar sus relaciones interpersonales.

Al respecto también se han pronunciado estos autores “Como afirma Scognamiglio, la autonomía privada es “libertad dispositiva, que se refiere a la determinación de una regla de conducta, destinada, además, a incidir en las relaciones con los demás”. Scognamiglio, 2001 (Como se citó en Gómez Vásquez, 2011). De igual manera la Corte Constitucional en sentencia C-934 de 2013, del 11 de diciembre de 2013. Magistrado Ponente: Nelson Pinilla Pinilla, expone el significado de autonomía de la libertad y da unas pautas de que es lo que las personas pueden hacer con su autonomía.

Como lo dijo la Corte Suprema De Justicia, Sala Civil en Sentencia del ocho (8) de septiembre de dos mil once (2011). Discutida y aprobada en Sala de 1° de agosto

de dos mil once (2011). Exp 11001-3103-026-2000-04366-01. Magistrado Ponente Willian Namén Vargas. Consideración Jurídica N°3

Si bien, en ejercicio de la autonomía privada, las partes están facultadas por el ordenamiento jurídico para establecer límites a su responsabilidad negocial o debitoria, y más concretamente, por un riesgo propio del negocio, tal facultad no es absoluta, sino sujeta a límites de orden público.

El concepto de autonomía privada “reviste el carácter de principio general del derecho, porque es una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización de nuestro derecho privado” Díez-Picazo y Gullón, 2012 (como se citó en Gómez Vásquez 2011).

Es un principio de corriente liberal y moderna que piensa no sólo en un individuo sino en una comunidad, además de tener éste peso de ser un principio, debe tener carácter interpretativo en todo el ordenamiento jurídico aplicado en las relaciones contractuales, cuando éstas se tornen desproporcionales y desleales para una de las partes, para poder intervenir e interpretar que era lo que en realidad se quería con la celebración de ese contrato en específico. Gracias a esa connotación los jueces deben usar ésto como un principio que si bien no está regulado expresamente en el ordenamiento jurídico es un fundamento vinculante a sus decisiones. Y por ende debe cumplir con las tres funciones principales de un principio general del derecho: la función creativa (crear normas), la función interpretativa (retomar principios), y la función integradora (llenar vacíos jurídicos).

La autonomía privada tiene diferentes variantes de aplicación como lo dejó reflejado la Sentencia C-014 de 2010 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Mauricio Gonzales Cuervo. Consideración jurídica N° 3.3.2.

El principio de la autonomía de la voluntad privada es el fundamento de los mecanismos alternativos de solución de conflicto. Si los sujetos de derecho, según las regulaciones legales, tienen la capacidad de gobernar sus derechos según les plazca, siéndoles posible adquirirlos, gozarlos, gravarlos, transferirlos, o extinguirlos, posible también les es acordar la solución de los conflictos que comprometen sus derechos subjetivos. Y así como la autonomía de la voluntad tiene límite en las materias que comprometen el orden público, definidas por el Legislador, los convenios que celebren las personas para resolver controversias jurídicas cuentan con tal restricción, no pudiendo por esta vía derogar leyes imperativas que excluyan de su ámbito de conocimiento determinados asuntos.

Ésta es una de las maneras más fáciles donde se ve reflejada la autonomía de la voluntad, en los mecanismos alternativos de solución de conflictos, porque es aquí donde las partes pueden expresar el deseo y el querer de realizar algún convenio o acuerdo que va a regir para el futuro de un negocio, teniendo que respetar los postulados que en éste se pacten, o si por el contrario no quieren cumplir con lo estipulado, convienen de la misma manera en la que formaron el pacto, la finalización de éste, siempre y cuando las dos partes tengan la misma voluntad de no querer acudir a un proceso ordinario.

De tal manera el concepto de autonomía privada se encuentra en una esfera muy extensa y se vuelve compleja la definición jurídica, porque como ya se vio anteriormente del concepto inicial se pueden desprender varios elementos integradores de éste. Por eso es que se debe entender la autonomía privada desde un punto de vista de autorregulación y autogobernación que ofrece el mismo ordenamiento jurídico para regir relaciones contractuales entre sujetos privados.

### **Concepto de libertad contractual.**

#### **La libertad contractual como postulado específico de la autonomía privada.**

Para hablar sobre el principio de la libertad contractual sin duda alguna se debía hablar primero sobre la autonomía privada ya que la libertad contractual es el desarrollo, descripción o especie de la autonomía privada.

La libertad contractual es una configuración de voluntad interna que es expresada en el ámbito físico, esto quiere decir que el primer paso para que se de una libertad contractual es la autonomía privada, que es el querer y el deseo, luego se da paso a la libertad contractual, pero estos dos elementos exteriorizados en determinar libremente la configuración de un contrato frente a sus términos y condiciones, porque la libertad contractual como se hablará más adelante en otro capítulo no es una facultad absoluta, ni soporta la afirmación de un poder soberano o libre. Contrario a esto la libertad contractual está sujeta al ordenamiento jurídico, a los elementos de existencia y validez del negocio jurídico, y a los postulados de buena fe y demás que se deban aplicar para el desarrollo adecuado de la relación contractual. Pues en su ejercicio así las partes estén de acuerdo y haya sido dialogado el contenido del

contrato por ambos contratantes no se podrá por ejemplo contratar una persona para que sirva de esclavo a la otra, o no se podrá contratar una causa y objeto ilícito.

Seguido a ésto se señala la libertad contractual como libertad de configuración y autorregulación del negocio jurídico, que es la potestad que tienen las partes del negocio para estipular voluntariamente el contenido del contrato, es decir especificar todas las prestaciones a través de un conglomerado de cláusulas, que son las que se pretenden hacer cumplir en el desarrollo del contrato.

Como lo expuso la Corte Suprema De Justicia, Sala Civil en Sentencia del diecinueve (19) de octubre de dos mil once (2011).Exp11001-3103-032-2001-00847-01. Magistrado Ponente William Namén Vargas. Consideración Jurídica N°3

La libertad contractual o autonomía privada dispositiva faculta a las partes disciplinar el contenido del negocio jurídico, conforme a sus necesidades, conveniencia, designios, intereses disponibles, orden público, buenas costumbres, función práctica económica o social útil, relatividad de los derechos, paridad, buena fe, lealtad y corrección exigibles {...}.

Así es pues como la misma jurisprudencia resalta el poder que el principio de autonomía privada especificado en libertad contractual da a las personas para que configuren sus relaciones contractuales basadas en postulados que da el mismo ordenamiento jurídico.

El reconocimiento jurídico de la libertad contractual les abre, a los miembros individuales de la sociedad, la alternativa de regular sus asuntos y sus relaciones mutuas mediante acuerdos de carácter negocial, según su libre albedrío y su propia responsabilidad. La libertad contractual



es la expresión del principio de autonomía privada que impregna la totalidad del derecho privado y que, en el caso Colombiano, ha sido reconocido constitucionalmente (Constitución Política de Colombia, artículo 333, 1991). (Plata & Monsalve, 2014, 24).

La Corte Constitucional en Sentencia C-909, del 7 de noviembre de 2012. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla. Consideración jurídica N°2.1.2. Ha sostenido que:

El artículo 333 reconoce dos tipos de libertades: la libertad de empresa y la libre competencia.

La libertad de empresa es la facultad de las personas de '(...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia'. Esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (ii) la libre iniciativa privada.

La libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de

concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.

Para garantizar la libre competencia, el Estado es entonces responsable de eliminar las barreras de acceso al mercado y censurar las prácticas restrictivas de la competencia, como el abuso de la posición dominante o la creación de monopolios.

Es así como la misma constitución protege al sujeto para que ejercite sus derechos, proporcionándole el Estado un amparo frente al desarrollo de una actividad lucrativa.

Dejando atrás el concepto amplio de libertad contractual como especie de la autonomía privada, se tiene que resaltar el enfoque clásico de la libertad contractual que se encuentra amparado por una vertiente más estrecha que son los contratos pluripersonales, a diferencia de la autonomía privada, que trata de deseo y el querer como una forma unipersonal de crear un negocio jurídico, la libertad contractual tiene una predilección por los negocios jurídicos pluripersonales de carácter patrimonial, ejemplo a esto es el contrato de agencia, de distribución, de seguro, etc.

Cuando se habla de contratos pluripersonales o bilaterales se refiere a que son aquellos que están compuestos por dos partes, cada una conformada por uno o varios sujetos, donde las obligaciones contractuales son recíprocas; y cuando se habla de que son de carácter patrimonial es porque pueden ser valorados económicamente.

Bien lo dice el artículo 1496. Del Código Civil —“El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.

Así también el artículo 864. Del Código de Comercio en su sentido literal.

“<DEFINICIÓN DE CONTRATO>. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.

Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851”

Así se puede concluir que el principio de la libertad contractual como especie de la autonomía privada es la base de la contratación privada, encaminada hacia un fin específico.

### **¿Cuáles son las expresiones de la libertad contractual?**

La libertad contractual se expresa de diferentes formas, por tal razón debe ser analizada para así lograr una comprensión integral de la investigación.

Así entonces entendido los conceptos anteriores se afirma que “el contrato se forma mediante el acuerdo de las partes, acuerdo que consiste en la decisión común de celebrar el contrato” (Gómez, 2011, 51) también llamado:

### **Libertad de conclusión del contrato**

Es la forma inicial de la persona para expresar su voluntad, porque es el momento donde el individuo elige si quiere o no contratar. Por regla general todas las personas pueden contratar, excepcionalmente no podrán contratar los que la ley predisponga.

Por ejemplo se establecen limitaciones al principio de libertad de contratar cuando los agentes económicos gozan de supremacía en el mercado, lo que hace que se les obligue a proveer los bienes o servicios que ofrecen sin hacer discriminación alguna entre consumidores o usuarios. Se encuentra entonces regulado éste caso en el artículo 979 del Código de Comercio, sobre contrato de suministro, que dispone que “las personas que presten servicios públicos o tengan un monopolio de hecho o de derecho no podrán suspender el suministro a los consumidores que no estén en mora, ni aun con preaviso, sin autorización del gobierno”. (Suescún, 2003,28).

### **Libertad de elección de la otra parte**

Es el paso a seguir después de decidir contratar, aquí el interesado escoge a la parte con la que quiere hacer un negocio jurídico, si esta cumple con sus necesidades

puede contratar con él, contrario sensu puede buscar otra oferta. Además de que es la persona sobre la cual va a recaer una obligación de prestación de un bien o servicio.

La legislación civil en este aspecto faculta a las personas para que hagan uso de la autonomía privada y puedan elegir al contratante que deseen, contrario sensu la legislación pública restringe este aspecto en cuanto la Ley 80 de 1993 da las pautas del procedimiento para contratar con una parte.

### **Libertad de elección del tipo contractual**

Está es elegida por las partes dependiendo del tipo contractual que quieran y requieran, si bien puede ser un contrato típico que esté regulado en el ordenamiento jurídico o puede ser también un contrato atípico que no están especificados en el ordenamiento jurídico y deben partir de las normas generales para todos los contratos, un ejemplo de esto es el factoring; igualmente las partes contratantes pueden elegir contratos nominados (si tienen un nombre) o innominados (si la ley no les ha dado nombre), pues así podrían hacer un contrato nuevo.

### **Libertad de configuración del contenido del contrato**

Está es determinada por sus cláusulas, donde adoptan unos derechos y deberes que regirán en el desarrollo del contrato, sumando a éste unas condiciones, plazos y demás que las partes quieran agregar. El artículo 1603 del Código Civil ofrece una pauta para que las partes configuren el contrato a su antojo pero bajo una limitante.

Artículo 1603—“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”.

### **Libertad de forma**

“Los negocios de forma libre son todos aquellos en los cuales el legislador ha dejado a los celebrantes en libertad de escoger la forma que deseen dar a su negocio, según sus necesidades son la mayor parte, puesto que la consensualidad o libertad de forma es un principio general del derecho privado”. (Bohorquez, 2004, 67)

Por regla general, las partes estipulan qué forma ha de tener el contrato, (escrito, oral, por documento público, documento privado, etc), excepcionalmente el Estado regulará la forma de algunos contratos que necesitan una solemnidad, o una característica especial para que tenga validez.

### **Libertad de elección de los mecanismos de solución de conflictos de contratos**

Las partes podrán concertar en caso de un conflicto originario del contrato la forma de querer solucionarlo, esto es si en la jurisdicción ordinaria, si por medio del arbitramento, conciliación o demás mecanismos alternativos de solución de conflictos.

## **Libertad de modificación y extinción**

Donde las partes pueden reformar alguna de las cláusulas o terminar el contrato, tanto por acuerdo mutuo o por el incumplimiento de una de las partes.

A la sazón de la libertad contractual se concluye que el sujeto de la relación contractual decide con quien sí y con quien no hacer sus negocios, decidir qué tipo de negocio quiere, disponer bajo que estipulaciones, además si desea terminar el contrato sea por mutuo acuerdo o porque la otra parte lo incumplió. Así se finaliza mostrando las formas de la libertad contractual.

## **Equilibrio contractual**

### **¿Qué es el equilibrio contractual?**

El equilibrio contractual o también llamado simetría contractual o negocial, es la estabilidad o balance de la celebración y desarrollo en un contrato, esta radica en el sostenimiento de la equivalencia o igualdad de obligaciones en una relación negocial, si esta se fragmenta por causas sobrevinientes, predecibles o imprevistas lo que se estaría generando es un desequilibrio o asimetría contractual

“por regla general se presume que hay equilibrio entre las prestaciones a cargo de las partes {...}. (Bohorquez, 2004, 66). La excepción sería el desequilibrio, pero el Estado a través de su ordenamiento jurídico provee una serie de acciones para resarcir o estabilizar las relaciones contractuales que hacen estar en un Estado de inferioridad a la otra parte, ejemplo de esto es la acción quanti minoris, lesión enorme y otras cuantas más que ayudan a una de las partes a afianzar las relaciones que se están ejecutando.

Como lo indica la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en Sentencia del treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009). Exp 25899 3193 992 1999 00629 01. Magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Consideración jurídica 2.3.1.

“{...} El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”; es incontestable, ciertamente, el afán del constituyente de brindar especial protección a quienes se encuentren en condiciones de debilidad económica manifiesta, en este caso, el consumidor.

Y no solo Estado debe proteger al consumidor, ya en la actualidad hay antecedentes donde los Estados se están preocupando por el equilibrio en contratos entre empresarios, pues antes se pensaba que las dos partes eran fuertes y protegían entre ellos el equilibrio del contrato.

Así también se concibe que en los contratos celebrados con el Estado se debe dar un equilibrio o simetría pues para todas las jurisdicciones Ésta es la regla general; pero también por excepción se da un desequilibrio contractual y por lo tanto la figura no es solamente en materia civil o mercantil, por ejemplo en materia administrativa se denomina: El hecho del príncipe que se refiere a la ruptura imprevista del equilibrio económico después de la celebración del contrato, la asimetría causada hace más gravosa la posición del contratista, por lo que el Estado sale siendo la parte fuerte del contrato y se causa una inestabilidad en las relaciones.



## **Desequilibrio contractual**

### **¿Qué es el desequilibrio contractual?**

Es una excesiva e injustificada desventaja económica para una de las partes, para beneficio de la otra al momento de la celebración del contrato o durante su ejecución.

Los negocios jurídicos presuponen que las prestaciones se ejecuten conforme al tipo contractual o negocio jurídico celebrado, todo esto de acuerdo a lo que la ley prevé. Pero el tráfico jurídico ha llevado a que la relación de interdependencia entre las partes se encuentren unas en mejores condiciones que las otras.

Existen diferentes circunstancias que dan cuenta del cambio de las condiciones contractuales tales como el desequilibrio contractual o la asimetría contractual.

Al desequilibrio contractual se le atribuyen conductas tendientes a generar un mayor provecho para una parte en desmedro de la otra.

En este sentido, en algunos tipos contractuales se evidencia un mayor desequilibrio como por ejemplo en los contratos de adhesión, en el entendido que es una sola parte el predisponente, quien formula todas las condiciones del contrato, dejándole al adherente solo la posibilidad de celebrar o no el contrato. Es por esto que se deben integrar y tener en cuenta ciertas prerrogativas que mejoren las condiciones de las partes en aras de que la relación contractual sea simétrica. Al respecto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 04 de noviembre de dos mil nueve (2009) Exp. 11001 3103 024 1998 4175 01. Consideración Jurídica N° 2,2, así:

Igualmente, como los contratos de adhesión presuponen un alto grado de confianza del adherente en la estipulación que se le ofrece, la cual ha de

estar precedida por el cabal cumplimiento de los deberes de corrección, lealtad y, especialmente, de claridad que pesan sobre el proponente, es atinado colegir que el alcance que corresponde a las cláusulas predisuestas es el que de manera razonada le hubiere atribuido el adherente promedio. Esto es, que siguiendo los mandatos de la buena fe, la estipulación deberá ser entendida desde el punto de vista del destinatario, como lo harían las personas honestas y razonables.

Como lo resalta la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en Sentencia del diecinueve (19) de octubre de dos mil once (2011). Exp 11001-3103-032-2001-00847-01. Magistrado ponente William Namén Vargas. Consideración jurídica N° 3. En el contrato de adhesión, el poder dominante se expresa en la existencia de

Cláusulas abusivas, es decir, de todas aquellas que aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, lealtad, probidad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, que puede ser económico o jurídico dependiendo de los derechos y obligaciones contraídas.

De igual sentido, en la misma sentencia citada precedentemente en su Consideración jurídica N° 3. Las cláusulas que desequilibran un contrato tienen un sin número de nombres.

Cláusulas vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas o abusivas con criterios disímiles para denotar la ostensible, importante, relevante, injustificada o trascendente asimetría entre los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los contratantes, la falta de

equivalencia, paridad e igualdad en el contenido del negocio o el desequilibrio "significativo" {...}.

Igualmente, en las relaciones de consumo se ha evidenciado que el consumidor se encuentra en desventaja, por esto la Constitución Política de 1991 en el artículo 78 buscó precaver la desigualdad de condiciones y el desequilibrio económico entre los participantes del mercado. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia expediente D-9075. Consideración Jurídica N° 6

Como lo ha resaltado la Corte en decisiones anteriores, el tratamiento de los derechos de los consumidores y usuarios tuvo un cambio significativo a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991. En el periodo preconstitucional (sic), la relación entre los sujetos que concurren al circuito comercial de distribución de bienes y servicios (productores, comercializadores y consumidores) estaba basada en las reglas propias del liberalismo económico.

Dentro de las relaciones de consumo saltan a la vista dos circunstancias que originan la asimetría contractual. Sobre este aspecto expone lo siguiente Granados:

Dos han sido los principales factores que han mediado para la presencia de esa debilidad estructural en el mercado entre consumidores y profesionales. El primero de ellos, el desequilibrio informativo, y el segundo, la facultad del empresario para predisponer unilateralmente el contenido del contrato. (Granados, 2011, 181)

Existen también en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia mecanismos tendientes a promover una mayor igualdad entre las relaciones de los

consumidores, con la finalidad de otorgarle al consumidor una protección especial normativa tendiente a que no se encuentre en Estado de vulnerabilidad,

Desde esa perspectiva, la relación de consumo constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos; y es precisamente el consumidor, quien, por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad económica y de desequilibrio, es destinatario de una especial protección normativa; por supuesto que la profesionalidad del productor, que lo hace experto en las materias técnicas y científicas en torno de las cuales realiza su labor, su sólida capacidad económica, su vocación para contratar masivamente, las modalidades de contratación a las que acude, entre muchas otras peculiaridades, lo sitúan en un plano de innegable ventaja comercial que reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a restablecer el equilibrio perdido. (Subrayas originales de la Corte) (Sentencia Exp 25899 3193 992 1999 00629 01, Consideración Jurídica N° 1)

De la misma manera, los contratos celebrados con entidades financieras, por ser un contrato de adhesión genera desequilibrio, otorgándole una posición dominante a la entidad bancaria. Esta tesis ha sido ratificada en varias ocasiones por la Corte Constitucional y por la Corte Suprema de justicia que indican que este efecto es consecuencia de que quien fija los requisitos, las condiciones de los créditos, los sistemas de amortización, las tasas de interés, entre otros son precisamente los bancos.

Hecho el acercamiento de los contratos en los que más se configura el desequilibrio contractual podemos entender por tal aquel que se genera cuando la equivalencia de las prestaciones se modifica.

La Procuraduría General de la Nación en Concepto N° 002 /2012 del 12 de enero de 2012. Consideración Jurídica N°1, definió el desequilibrio contractual en el siguiente sentido: “Se infiere que el desequilibrio económico del contrato ocurre cuando la igualdad o la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o de contratar, según sea el caso, se altera”.

Ciertamente los casos de asimetría contractual obedecen al incumplimiento de ciertas prerrogativas que cimientan la esencia de los negocios jurídicos, tales como la vulneración y puesta en peligro de principios como la buena fe.

### **¿Qué situaciones generan asimetría contractual?**

Como ya se dijo anteriormente, algunas relaciones contractuales traen consigo un desequilibrio o asimetría contractual impregnada en el desarrollo o ejecución de los contratos, por lo que en este capítulo se entran a distinguir cuáles son esas situaciones generadoras de desequilibrio o asimetría contractual.

#### **Posición dominante**

Es la situación que ostenta una parte de la relación contractual, donde se vulnera la libertad de competencia, pues la empresa que tiene la posición dominante es la que tiene el control sobre el mercado en la oferta y la demanda de algún producto.

Esto se da por la imposición de precios, productos y servicios que crean un perjuicio injustificado para la otra parte, donde se coloca a la otra parte en posición desventajosa frente a la celebración de contratos, contratos que tienen que ser celebrados porque no se tiene otra opción. Esto es más común en una empresa que tiene todo el poderío comercial.

Es un acto prohibido por lo cual la legislación colombiana trae varias normas donde regula la competencia y la posición dominante que debe ser radicada en las relaciones negócias, entendida la posición dominante como se dijo precedentemente y la competencia como “la disputa o contienda entre dos o más personas, o la situación de empresas que rivalizan en un mercado cuando ofrecen o demandan un mismo producto o servicio. (Sentencia Exp 11001-3103-014-1995-02015-01, Consideración Jurídica N° 3)

La competencia puede degenerar en competencia desleal, pero actualmente hay reglamentación para proteger a los comerciantes,

Se encuentran dirigidas a preservar el buen funcionamiento del mercado, la defensa de los consumidores, así como los intereses de empresarios que allí intervienen, y con ellas se pretende que no se traspasen los límites a la competencia fijados por las buenas conductas comerciales, la buena fe mercantil, en general, la lealtad entre comerciantes que se disputan la clientela. En contraste, las que regulan las prácticas comerciales restrictivas persiguen una finalidad colectiva, de protección del libre mercado, que incluye también y principalmente a los

consumidores, y apuntan a evitar actos encaminados a restringir la libre competencia económica (de ahí su nombre) o a disminuir la oferta de bienes o servicios.

Los comerciantes afectados por actos de competencia desleal pueden solicitar que se ordene al infractor que se abstenga de continuar con la realización de tal clase de actos, y en caso de presentarse, reclamar de él el pago de la indemnización de los perjuicios que se hubieren causado

Para que se configure un acto de competencia desleal deben reunirse los siguientes requisitos: (i) que se trate de un acto realizado en el mercado; (ii) que ese acto se lleve a cabo con fines concurrenciales, esto es que resulte idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero; y (iii) que corresponda a las conductas expresamente prohibidas por el ordenamiento, sea de manera general o específica. (Sentencia Exp 11001-3103-014-1995-02015-01, Consideración jurídica 3.1)

La reglamentación colombiana aporta varias normas que regulan el tema:

Ley 155 de 1959, artículo 1,2,8 y demás normas concordantes.

Constitución Política de Colombia 1991, artículo 1,13,333 y 334.

Decreto 2153 de 1992, artículos 45 y 50

Ley 142 de 1994, artículos 14.13, 34 y 98.

Ley 143 de 1994, artículos 3 y 43

Ley 1328 de 2009

Ley 1340 de 2009

Con esta normatividad el Estado trata de proteger a la parte que tiene una inferioridad frente a este tipo de situaciones, además trata de dar unas pautas para la libertad de competencia que es donde parte un sano ejercicio del desarrollo del mercado.

Así mismo la Corte Constitucional en Sentencia T-837, del 3 de noviembre de 2011. Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Consideración Jurídica N°5.3, indica como desde la constitución política de nuestro país y de un decreto el Estado regula esta materia.

El mandato contenido en el artículo 13 de la Constitución Política, imperativo para el juzgador, como parte del Estado, lo obliga no sólo a proteger a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, por su condición económica, en las relaciones contractuales, como ocurre con los consumidores de las empresas proveedoras de bienes y servicios, las cuales ejercen una posición dominante, sino a sancionar los abusos contra dichas personas.

Igualmente de los cánones 47 numeral 7 y 50 numeral 3 del Decreto 2153 de 1992, que establecen simultáneamente como acuerdos contrarios a la libre competencia y abuso de la posición dominante “los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio”, pero restringido al cumplimiento de las funciones asignadas a la Superintendencia de



Industria y Comercio sobre promoción de la competencia y prácticas mercantiles restrictivas.

La asimetría generada por la posición dominante juega un papel primordial en los contratos con los consumidores, porque es allí donde la legislación colombiana actualmente se centra y fue donde la legislación europea centro sus fuerzas para tratar de combatirla hasta que se dieron cuenta que este no era el único problema, que además de los consumidores destinatarios de los productos y servicios, los empresarios ejercían posiciones dominantes frente a otras empresas que dependían de manera funcional de otras.

Antes de demostrar que la legislación europea actualmente está centrada en los contratos entre empresas, se trae a colación como nuestra legislación tiene un mayor interés por resolver lo pertinente con los consumidores, así que la Corte Suprema De Justicia, Sala Civil en Sentencia del treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009).Exp 25899 3193 992 1999 00629 01. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Consideración Jurídica N°1. Expuso lo siguiente:

{...} y es precisamente el consumidor, quien, por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad económica y de desequilibrio, es destinatario de una especial protección normativa; por supuesto que la profesionalidad del productor, que lo hace experto en las materias técnicas y científicas en torno de las cuales realiza su labor, su sólida capacidad económica, su vocación para contratar masivamente, las modalidades de contratación a las que acude, entre muchas otras peculiaridades, lo sitúan en un plano de innegable ventaja comercial que

reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a restablecer el equilibrio perdido.

Así entonces se da una vista breve de como el Estado Colombiano se centra en las relaciones de consumo, porque son estas relaciones donde se presentan problemas más evidentes con la asimetría contractual.

Por otra parte la legislación europea al superar el tema con los contratos B2C (contratos de consumo), reconoce que existen problemas de desequilibrio en los contratos B2B (contratos mercantiles o entre empresas), al respecto (Vincenzo Roppo 2011, 6,7,8) dice:

Contrario a la idea según la cual (casi) todo el acervo comunitario en el área del derecho contractual hace referencia al acervo de los contratos B2C, se debe reconocer que también existe un acervo significativo en materia de contratos B2B, en forma de reglas europeas dirigidas específicamente a regular las relaciones contractuales entre empresas. La posibilidad de armonizar los contratos B2B está siendo objeto de discusión académica. El legislador europeo, cuando ha regulado los negocios B2B, ha adoptado diferentes perspectivas políticas sobre la base de un análisis caso por caso.

{...} el objetivo predominante de la regulación del mercado de los contratos B2B, es el de equilibrar la prohibición general de los acuerdos restrictivos de la competencia, con la necesidad de admitir acuerdos restrictivos que beneficien al mercado en favor del interés general, (i.e.

mejorar la producción y la distribución de bienes y servicios para aumentar el progreso técnico y económico).

Otras veces, al contrario, la protección de la parte débil es el propósito principal y directo de la regulación de los contratos B2B. Este es el caso en contextos donde el legislador: i) nota asimetrías en la información u otras fallas del mercado que tengan la capacidad de generar un desequilibrio del poder contractual entre las empresas contrayentes, debido a su diferente posición en el mercado o, a los roles que éstas desempeñan; ii) considera dicho desequilibrio como una amenaza tanto a la justicia en las relaciones de mercado, como a la eficiencia de los mecanismos del mercado; iii) contrarresta dichos desequilibrios a través de normas dirigidas a proteger a la empresa que actúa como la parte débil del contrato. Aunque esta perspectiva se encuentra en la legislación europea aún en Estado embrionario, está presente, como se ve claramente, en las Directivas sobre agentes comerciales y sobre morosidad en las operaciones comerciales. Su presencia nos permite además, reconocer que la protección legal frente a las asimetrías del mercado que crean desequilibrios del poder contractual de la parte débil frente a la parte fuerte en un contrato empresarial, *no está dirigida exclusivamente a los consumidores; una empresa también puede beneficiarse de dicha protección.* (Cursiva fuera del texto original)

Pero el Estado Colombiano ha notado la misma situación de los europeos, que no sólo hay desventajas con consumidores, sino también con relaciones entre

empresarios. Este es un tema nuevo y por eso esta investigación es basada en esto, porque hay poca información que da cuenta de estas situaciones, pues en materia legislativa poco se habla del asunto, todo es a través de jurisprudencia nacional y antecedentes europeos o de relaciones con consumidores.

En Colombia la asimetría de los contratos B2B se establece en contratos como los de agencia, distribución, seguro, mutuo, hipoteca, suministro, entre otros; contratos que la jurisprudencia nacional ha detectado como desequilibrantes de las relaciones mercantiles.

### **Abuso del derecho**

Después de haber estudiado lo que significa y genera la posición dominante, se debe tocar el tema del abuso del derecho, que es una consecuencia de lo anterior.

Como lo expuso la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece 2013. Exp 11001-3103-023-1997-04959-01. Magistrado ponente Ariel Salazar Ramírez. Consideración Jurídica N°2.

El abuso del derecho, parte del ejercicio innecesario, excesivo o inoportuno del derecho o aún del desvío de su finalidad efectiva; por lo que dicho instituto tiene una causa, una composición y unas consecuencias bien distintas a la figura del saneamiento de los vicios redhibitorios, que es especial y excluyente.

El abuso del derecho tiene como fundamento el artículo 95 numeral 1 de la constitución política de Colombia “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”. El abuso del derecho se basa en la irresponsabilidad de la otra parte al

pasarse de los límites de sus intereses y de sus derechos, sobrepasando la esfera de protección de donde empieza el derecho del otro, generando una asimetría en todas las relaciones contractuales donde concurra una parte con dominio negocial preponderante, que puede ser en la parte precontractual, contractual o pos contractual, envolviendo su conducta en un acto ilícito visto desde el punto de vista legalista.

En contraste, en el abuso del derecho, una conducta, formal y aparentemente ajustada a la normatividad aplicable, entra en el terreno de lo ilícito cuando el ejercicio de la respectiva prerrogativa se realiza en forma contraria a su propia finalidad, teniendo en cuenta los principios y valores que inspiran el ordenamiento jurídico en el momento de hacer la respectiva evaluación.

Lo expuesto en precedencia no escapa al ejercicio de las facultades que se reconocen a las personas en el campo de la autonomía privada, pues los comportamientos desviados, excesivos o anormales también pueden presentarse en la celebración, desarrollo o extinción de los negocios jurídicos. Como tiene explicado la Sala, el “abuso del derecho” no sólo se presenta en la esfera particular del derecho de dominio o de otros derechos reales o personales, sino también “*en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y aún en el periodo post-contractual*” (Sentencia Exp 11001-3103-036-2003-00919-01-, Consideración Jurídica N° 2.1)

Finalmente se puede decir que el abuso del derecho es una forma de ejercitar la posición dominante, porque se puede imponer precios, limitantes en la contratación,

además se puede presentar subordinación y prácticas discriminatorias, pero tendrán una sanción en el plano del derecho comercial, así como lo dice el Código de Comercio en su artículo 830 “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”. Además como lo dice la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del veintidós (22) de abril de dos mil nueve (2009). Exp 11001-31-03-026-2000-00624-01 Magistrado Ponente Edgardo Villamil Portilla. Consideración Jurídica N°8.9, en Colombia no hay aspectos claros de abuso, todas las situaciones se deben analizar en el caso concreto.

*“en sistemas como el Colombiano donde no se cuenta con una definición legal del ‘abuso’, sus existencia debe ser apreciada por los jueces en cada caso, en función de los objetivos de la regla de derecho frente a la cual esta figura adquiere relevancia... los Tribunales sabrán en cada caso hacer uso del saludable poder moderador que consigo lleva la sanción de los actos abusivos” (cursivas originales).*

### **Asimetría en la información**

Una de las situaciones que generan asimetría es la falta de información, ésta hace referencia a que uno de los contratantes desconocen la manera en la cual están contratando, leyes, cláusulas y demás situaciones que comportan el contenido del contrato. La falta de información es la consecuencia de que una de las partes este en desventaja y la otra en posición dominante, es una forma de sacar provecho en todas las etapas de la negociación.

La ley 1480 de 2011 en su artículo 5 numeral 7 trae la definición de información:

"todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización".

En el entorno de los empresarios la información, tiene una noción más amplia generada por su poderío económico, al tener ventajas económicas tienen acceso a la información de los bienes, productos y servicios objeto de negociación, así como una mano de obra especializada para buscar y analizar la información antes de que la otra parte la conozca; es por esto que se concibe un desequilibrio de conocimiento, el cual puede decaer en un consentimiento viciado en el contrato.

El régimen Español concibe la información no sólo como un deber de toda persona, sino también como un derecho, por lo que en el artículo 51 de la constitución española numeral 2 señala: "Los poderes públicos *promoverán la información* y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca". (Cursiva fuera del texto).

De tal manera la legislación colombiana también concibe la información como un derecho que tienen todos los ciudadanos, así el artículo 20 de nuestra carta magna lo forja: "Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, *la de informar y recibir información veraz e imparcial*, y la de fundar medios masivos de comunicación {...} (Cursiva fuera del texto). Se evidencia como desde la

constitución se da una manivela de posibilidades llamados derechos para que las personas hagan uso de lo que el mismo Estado les ofrece, pero también les restringe el abuso de derechos de otros con deberes y obligaciones.

### **Limitantes de la autonomía privada**

“Los desequilibrios causados por el abuso en el ejercicio de la libertad de contratar” (Suescún, 2003, 5) son ocasionados por la restricción que en parte se tiene con el ejercicio de la autonomía privada, pues como se dijo en el primer capítulo esta no es absoluta y tiene unos limitantes que son:

Limitaciones legales, límites otorgados por el ordenamiento jurídico.

Limitaciones contractuales o del mercado, otorgadas por una sola parte, utilizadas en la contratación masiva (contratos de adhesión).

#### ***Límites legales: Ley, orden público y buenas costumbres:***

Las normas deben estar bajo un estándar de constitucionalización y no podrán ser aparte de esta o ir en contravía de la misma, de modo que aunque la autonomía privada esté amparada en la carta magna, no podrá ir en contra de los derechos de los demás, ésta tiene unos límites de orden público o buenas costumbres, además de un límite normativo, donde los particulares no tienen la facultad y el poder de alterar sucesos que se consideran esenciales para un contrato.



Lo anterior son manifestaciones del Estado, que tienen como fin mantener el equilibrio entre contratantes; para que se desarrolle una relación contractual armónica y sin contratiempos.

Un ejemplo claro donde el Estado entra a limitar la autonomía privada podría ser el artículo 899 del Código de Comercio que expresa:

Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

1. Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;
2. Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y
3. Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

Este artículo es viva voz de la limitante que la ley trae a los particulares para la expresión de su autonomía privada, en cuanto una persona no podrá por más que quiera celebrar un contrato que contravía lo legal, es decir que se realice bajo algún objeto ilícito o con una persona que sea incapaz, para esto la ley trae unas pautas de como contratar. Si por el contrario las personas siguen empeñadas en ejercitar su derecho a la libertad contractual y está no es acorde a la normatividad colombiana, el castigo será la nulidad absoluta.

Pero también es de anotar que otro mecanismo que el Estado contempla para limitar la autonomía privada es la nulidad absoluta, aunque esta no es tan estricta como la anterior tiene una gran aplicación. Esta está contemplada en el artículo 900 Código de Comercio: "Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil." Al igual, con antelación a la presente cita, ésta juega un papel primordial en los limitantes legales, porque las personas no pueden hacer lo que se le venga en gana

por proteger su derecho a la autonomía privada abusando y sobrepasando el derecho de los demás. Es un salvavidas para un sujeto cuando la otra parte contraría la ley, porque al ejercitar la acción de nulidad evita el desequilibrio generado en las prestaciones contractuales.

No sólo la ley limita a las personas a ejercer su derecho a la autonomía privada, asimismo, las buenas costumbres y el ordenamiento jurídico obligan a las personas a actuar de forma leal y respetuosa de sus obligaciones.

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del ocho (8) de julio de dos mil trece (2013). Exp 41001-3103-003-1999-00477-01. Magistrado ponente Jesús Vall de Rutén Ruiz. Consideración Jurídica 2, aclara como la autonomía de la voluntad tiene límites normativos, pero a su vez límites de orden público y buenas costumbres, con las que se deben presentar todas las relaciones y actos en materia legal.

*“[e]l ius cogens, derecho imperativo de la Nación u orden público, representa una restricción a la autonomía privada dispositiva, y su vulneración, a no dudarlo, produce la nulidad absoluta del contrato o de la estipulación afectada, ampara principios y valores fundamentales del sistema jurídico por constituir ‘núcleo central, medular, básico, cardinal, primario e inmanente de intereses vitales para la persona, la existencia, preservación, armonía y progreso de la sociedad [...]valores, principios e ideales considerados esenciales al concernir a materias, asuntos o intereses esenciales para la organización social en determinado momento histórico, en función al respeto y primacía de valores fundamentales del ordenamiento jurídico, la libertad, la democracia, los intereses individuales*

o sociales. En general, su concepto tutela razonables intereses nacionales vinculados a la organización política, económica o social del país, y *no admite sustitución, cambio, modificación, derogación ni exclusión por decisión particular*, sea 'positivo, si prescribe cómo y qué debe hacerse, ora negativo, al verterse en restricciones, limitaciones o prohibiciones, y puede obedecer a factores estrictamente políticos, económicos o sociales con sentido directivo o protector de ciertos intereses, situación, posición económica, social o jurídica', 'como mecanismo para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico, [donde] hay una economía dirigida (orden público de dirección), y en ocasiones, para proteger determinados intereses (orden público tutelar o de protección) en razón de cierta posición económica, social, jurídica, factores sociales (Estado providencia, proteccionismo social) para proveer al bienestar social y la satisfacción de las necesidades económicas de los ciudadanos, suprimir o atenuar manifiestas desigualdades socio-económicas (contratos de adhesión, derecho del consumo), ora económicos (política deflacionista-control de precios-de crédito, derecho de la competencia, interés general)', esto es, actúe en sentido político, social o económico. (Cursiva fuera del texto).

***Límites a la libertad de configuración del contenido del contrato:***

*Contrato de adhesión y/o bajo condiciones generales de contratación.*

Otro límite de la autonomía privada, lo compone el contrato de adhesión, que es el contrato elaborado por una de las partes llamado predisponente, que tiene toda la fortaleza de contratar y es el que tiene la potestad de elaboración del contrato y de su contenido, elaborando unas cláusulas tales como el objeto del contrato, las prestaciones y obligaciones del mismo a la otra parte llamada adherente, que es la que tiene menos libertades en el contrato, pues solo tiene libertad de contratar o no.

El contrato de adhesión es definido por el artículo 2, literal f de la Ley 1328 de 2009: “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”.

En el contrato de adhesión el contenido del contrato no es negociado por ambas partes, éste se diferencia de los demás contratos porque una de ellas elabora el contenido del mismo, limitando al adherente a contratar o no. Ahora bien la aceptación del adherente genera un reducido ejercicio de su propia voluntad, puesto que solo tiene la decisión de aceptar o no, y si acepta de definir con quien, asimismo se somete la autonomía privada bajo el querer del predisponente al imponer al primero las disposiciones del contrato.

La carga de la elaboración del contrato es llevado por el predisponente, quien es el que redacta el contenido del mismo, haciendo unas cláusulas que pueden llevar a desequilibrar el contrato, en tanto puede abusar de su poder y establecer cláusulas leoninas, desventajosas o abusivas, pues es éste es el que tiene la posición dominante

de la relación contractual futura, las cláusulas dispuestas por el predisponente no podrán ser discutidas con el adherente ni tampoco modificadas, pero si se demuestra que están siendo desventajosas para el adherente se podrá castigar con la no existencia de la cláusula, o si también el predisponente redacta cláusulas oscuras o ambiguas se entenderá que se interpretan a favor del adherente.

Desde el punto de vista del desequilibrio o asimetría contractual, ésta es una de las situaciones que generan una posición dominante en el mercado de bienes y servicios, pues el adherente no tiene muchas posibilidades para contratar, porque todos los mercados manejan el mismo tipo de contrato, CONTRATO DE ADHESION.

Pero desde el punto de vista del empresario, se necesitan éstos contratos para agilizar la masificación de las relaciones del mercado, además de un ahorro económico, porque se elaboran contratos preestablecidos para todos los sujetos, con contextos generales, donde solo la parte aceptante se va a diferenciar de los demás contratos por sus datos personales, porque las cláusulas que contiene el contrato serán iguales a los demás. Por consiguiente éstas disposiciones favorecerán a los empresarios para el desarrollo de las actividades contractuales.

Por esto la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del cuatro (4) de noviembre de dos mil nueve (2009). Exp 11001 3103 024 1998 4175 01. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Consideración Jurídica N°2.1, sostiene lo anterior

Empero, es evidente que esas ventajas se ven ensombrecidas por las potestades que, igualmente, recaen sobre el empresario, quien, amparándose en la inflexibilidad de las cláusulas, en el escaso o nulo espacio para la negociación, podrá, así mismo, mejorar injustificadamente

su posición contractual, ya sea desplazando cargas, riesgos y obligaciones hacía los clientes o arrogándose derechos y facultades irritantes; en fin, tratando de maximizar sus beneficios en detrimento del adherente.

No cabe duda de que el adherente siempre será la parte débil del contrato, pero desde la misma naturaleza del contrato de adhesión se impide una discusión recíproca de derechos y deberes de ambas partes.

En similar sentido se ha pronunciado la doctrina española al decir que "estas circunstancias acostumbran a propiciar una situación de desigualdad entre las partes que contratan, en la medida en que el que ostenta mayor poder ocupa una posición más preponderante que puede desembocar en un aprovechamiento de la parte débil, mediante la introducción de estipulaciones o pactos, en el contrato, que pueden ser abusivos. (Granados, 2013, 12).

Finalmente se infiere que los contratos de adhesión demuestran que hay una parte más fuerte que otra, he imposibilitan la negociación entre ellas limitando la autonomía privada del adherente.

### *Cláusulas abusivas*

Las cláusulas abusivas tiene diferentes nombres, también pueden ser llamadas clausulas exorbitantes, leoninas o vejatorias, estas son aquellas que no son negociadas por ambos contratantes, sino elaboradas unilateralmente por uno de ellos, es decir, por el predisponente.

Así también la Corte Suprema de Justicia en sentencia del catorce (14) de diciembre de dos mil once (2011). Exp C-1100131030142001-01489-01. Magistrado ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar. Consideración jurídica N°2, referencia a la ley para definir que es una cláusula abusiva, así como también nombra la sanción que se da al uso de estas cláusulas.

En cuanto al entendimiento de lo que es una cláusula abusiva, bien podrá acudirse como referencia al llamado sistema de “lista negra”, acogido en el sistema jurídico patrio en el artículo 133 de Ley 142 de 1994, o también a la idea general adoptada en la Ley 1480 de 2011, próxima a entrar en vigencia, la cual, en su artículo 42, considera como tal aquellas conductas que producen desequilibrio injustificado en contra del consumidor.

{...} la prohibición de insertar ese tipo de cláusulas, según restricción que implícitamente se desprende del citado artículo 871 del Código de Comercio, y derivar la consecuencia legal que corresponda, que no puede ser otra que sancionar con la invalidez la cláusula del contrato si ello se torna necesario para mantener el equilibrio y por ende la justicia contractual entre las partes.

Éstas cláusulas van en contra del principio de buena fe y causan un enorme desequilibrio en derechos y obligaciones del adherente, por lo que se consideran nulas de pleno derecho,

Hoy ineficaces según el literal a) del numeral 2º del artículo 184 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), en

concordancia con el inciso 2º del numeral 4º del artículo 98 y el numeral 3º del artículo 100 de la misma normatividad, en cuanto violan disposiciones que, como los artículos 1077 y 1080 del estatuto mercantil,” pero esto no implica que todo el contrato también lo sea. (Sentencia. Exp 54001 31 03 2000 00235 01, consideración jurídica N°7.2)

En el contrato de adhesión las cláusulas leoninas se deben dilucidar a favor del adherente en sentido favorable, por razones de equilibrio, como lo dispone el nuevo Estatuto del Consumidor, en el artículo 34, “Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean”. Esto, porque las cláusulas abusivas favorecen de manera colosal contractualmente al predisponente y perjudica de manera inequitativamente al adherente.

De la misma manera la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del seis (6) de julio de dos mil nueve (2009). Exp 05001-3103-013-2000-00414-01. Magistrado ponente William Namén Vargas. Consideración Jurídica N°3, Expone la forma de interpretación de las cláusulas de un contrato.

En idéntico sentido, en tratándose de toda duda, ambigüedad, oscuridad o contradicción de las cláusulas de un negocio jurídico cuyo articulado redacta una parte, el ordenamiento impone su interpretación en contra de quien las estipuló y a favor de quien las aceptó.

Esto se asocia intrínsecamente al tema del contrato de adhesión.



Se suma a la lista de legislación colombiana que protege el tema; la ley 1328 de 2009 en su artículo 11 dispone que:

Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.

c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.

d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero {...}

Pero por otro lado no se puede dejar de atrás el esfuerzo que ha hecho la legislación europea frente a la situación que genera desequilibrio con los contratos de adhesión y sus cláusulas abusivas, en la directiva 93/13 de 1993, definen que es una cláusula abusiva, además explica como deberá ser el trato de estas. Estos antecedentes son importantes mencionarlos para el estudio de esta investigación, ya que sirvieron como base del desarrollo normativo Colombiano, pues la legislación europea se dio cuenta de manera más temprana que el Estado Colombiano en mirar que situaciones afectaban el equilibrio contractual no solo en relaciones con

consumidores, sino también con empresarios, pues anteriormente se dio otro antecedente con los contratos B2B.

### **La asimetría en relaciones contractuales entre empresarios**

**¿La asimetría contractual solo se presenta en las relaciones con consumidores o puede presentarse en relaciones contractuales entre empresarios?**

Las relaciones de consumo tienen una primera acogida en los países Europeos antes que en la legislación colombiana, es decir que en Europa se tomó cartas en el asunto de manera temprana, todo lo contrario sucede en Colombia, pues en éste país el desarrollo conceptual y teórico de la asimetría entre empresarios ha sido pobre y lento, pero se dieron cuenta que la asimetría no era un fenómeno que se presentara solamente en los contratos con los consumidores, la normativa Europea encontró unos desajustes en relaciones entre empresarios, al igual que el Estado Colombiano, éste ha notado que las relaciones entre empresarios se deben empezar a mirar con lupa, ya que se está generando un desequilibrio entre ellos.

No se centrará este título a las relaciones de consumo porque anteriormente ya se habló de ellas, además que solo era un antecedente de ésta investigación mas no el foco de ella. Ya se sabe que en las relaciones con los consumidores hay asimetría o desequilibrio y es algo que está demostrado, por lo cual no se entrará a debatir.

El fenómeno de la asimetría contractual juega un papel fundamental en todos los contratos entre empresarios, al igual que en los contratos con los consumidores, debido a que se pueden crear las mismas situaciones que conlleven a una asimetría contractual, como lo son la posición dominante, el abuso del derecho, la falta de

información, la restricción a la autonomía privada; generada por los contratos de adhesión y éste a consecuencia de las cláusulas abusivas, todas estas explicadas en el título anterior.

Ahora se quita la idea de que la asimetría contractual se presenta solo en los contratos de consumo (B2C) se puede decir que también ésta se presenta en los contratos entre empresarios (B2B).

Del mismo modo en las relaciones entre empresarios, se presenta una parte más débil que la otra, esa es la materia donde se nota un desequilibrio en la falta de información, del abuso del derecho, de la posición dominante y demás situaciones generadoras de asimetría contractual, pues a la hora de contratar entre empresas, no todas tienen la capacidad de tener profesionales expertos en la materia, debido a su desigualdad en el mercado y a su estatus económico.

Las situaciones generadoras de asimetría contractual que afectan a las empresas, son causa de las relaciones que se crean entre medianas y pequeñas empresas como contratistas y empresas élite como contratantes.

Las medianas y pequeñas empresas tienen un sello distintivo a las otras, su capital y personal es más reducido que otras empresas grandes, donde estas últimas tienen una mano de obra especializada para abarcar el mercado y mirar cuáles son las fallas de éste, para así mejorar sus bienes, servicios y productos para entregar a otras empresas y llegar al consumidor o destinatario final

Las empresas débiles asumen contratos de distribución, de agencia, seguro, transporte o demás contratos comerciales frente al empresario magno, que tiene un poder contractual y de mercado superior, por esta razón, las empresas que tienen un

nivel más bajo económicamente y profesionalmente suelen trabajar de forma exclusiva para pocas empresas grandes, para poder efectuar sus deberes y obligaciones contractuales, estos se juegan todo su nombre y capital para cumplir su encomendado, lo cual los expone a asumir un riesgo descomunal si la relación se rompe antes de la culminación del contrato.

El desequilibrio generado desfavorece a las empresas pequeñas y puede acabar con la producción de productos, bienes y servicios por parte de ellos.

En conclusión se afirma que el prototipo de los contratos B2C tienen un parecido con los contratos B2B, el cual radica en los contratos asimétricos, es decir, la debilidad de una de las partes, diferenciando que en las relaciones B2C la parte débil es el consumidor y el que tiene que soportar el desequilibrio de la relación y en los contratos B2B, la parte débil es el contratista, por el contrario, la parte fuerte es la empresa contratante, la que tiene todo el poderío económico.

### **¿Qué principios, mecanismos o instituciones tratan de atacar las circunstancias que generan asimetría en las relaciones entre empresarios?**

En la legislación actual hay formas de evitar o de remediar un desequilibrio ó asimetría contractual, por lo que los sujetos de derechos pueden entrar a ejercitar estas formas, a continuación se presentan los principios, mecanismos o instituciones que atacan la asimetría, esto desde el punto de vista de la jurisprudencia nacional encontrada dentro de la investigación.

## Principio de Buena fe

El principio de buena fe es de inherencia contractual, pues este obliga a los particulares actuar con buenas costumbres, lealtad, igualdad, honradez y deber de información, así como actúa una persona de bien, es decir, una persona correcta.

Lo anterior es reforzado por la Corte Constitucional en Sentencia T-537 del seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009). Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Consideración Jurídica N°4:

{...} el principio de buena fe involucra *deberes de honestidad, claridad, equilibrio reciprocidad y consideración de los intereses de la contraparte, entre otros*. Sin embargo, debe así mismo resaltarse que la aplicación de las reglas que derivan del principio de buena fe no puede hacerse de una manera mecánica, sino que serán los elementos propios de cada situación, la actitud de las partes en ejecución del contrato, las cláusulas específicas por éstas acordadas, etc. las que determinen la interpretación que el juez haga del principio de buena fe en cada específica situación.

(Cursiva fuera del texto)

El principio de buena fe no se puede precisar de manera aislada, ya que debe ser interpretado en una situación concreta, por eso el concepto de buena fe es tomado como una referencia de una actuación debida e interpretado por un juez para saber si se llega a dar el postulado o no.

*“el principio de buena fe se ha definido como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona*

*correcta (vir bonus)”. Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada. (...) la buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el estado, y en tanto postulado constitucional, irradia las relaciones jurídicas entre particulares.” (Cursivas originales del texto)*  
(Sentencia T-268 de 2013. Consideración Jurídica N°7).

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de buena fe es mencionado como un deber inherente de cada persona para actuar de manera adecuada frente a las relaciones entre particulares, por esto la Constitución Política en su artículo 83 consagra: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Este principio de raigambre constitucional debe ser obedecido por todas las personas, puesto que tiene una función clara de regular las relaciones entre particulares.

Así también en el ámbito privado, la codificación colombiana en su artículo 1603 del Código Civil expresa: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”. Así mismo el Código de Comercio en su artículo 871 reza: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado

expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

El sentir de las normas anteriores también es expresado por la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010). Exp 11001-3103-008-1989-00042-01. Magistrado ponente Arturo Solarte Rodríguez.

Consideración Jurídica N°6:

principio de buena fe, hoy de raigambre constitucional (art. 83, C.P.), el cual, sin duda, orienta, en general, todas las actividades de las personas que conviven en sociedad, particularmente aquellas que trascienden al mundo de lo jurídico, imponiendo a las personas que actúan -sentido positivo- o que se abstienen de hacerlo -sentido negativo- parámetros que denotan honradez, probidad, lealtad y transparencia o, en el campo comercial, que la actitud que asuman, satisfaga la confianza depositada por cada contratante en el otro, de modo que ella no resulte defraudada (arts. 1603 del C.C. y 871 del C. de Co.).

La buena fe implica que las personas, cuando acuden a concretar sus negocios, deben honrar sus obligaciones y, en general, asumir para con los demás una conducta leal y plegada a los mandatos de corrección socialmente exigibles.

Ha dicho enunciado también se acoge la Corte Constitucional en Sentencia T-654/12 y T-768/12 al reforzar los postulados mencionados.

Estas normas señaladas dejan a un lado las actuaciones generales y especifican actos propios de la formación, ejecución y desarrollo de un contrato. Esta buena fe se

debe entender como una buena fe contractual, es decir, un deber de conducta encaminado a regular las relaciones negócias entre personas, en desarrollo de las fases existentes en un contrato, para así evitar el desequilibrio o asimetría contractual que favorezca a una de las partes y desfavorezca a la otra.

En consecuencia el principio de buena fe es un postulado que tiende a atacar la creación del desequilibrio, puesto que si las personas actúan correctamente este no se debería dar, si por el contrario las actuaciones no son correctas, hay bases sólidas en la reglamentación Colombiana que entran a determinar y valorar si se vulneró dicho principio, además se establece si se causó una asimetría en las negociaciones, por lo que el Estado a través de su aparato jurisdiccional debe restablecer el equilibrio perdido.

Se entiende que la buena fe trae consigo muchos otros principios y deberes conexos, pero uno de los más importantes es el deber de información, puesto que de este también se desprende la verdad y honestidad del contrato, siendo de mayor importancia en la etapa precontractual, pues si el deber de información es limitado para una de las partes, desde ahí genera un desequilibrio en toda la actuación contractual, es decir, si una de las partes conoce todas las particularidades de los bienes, productos y servicios a negociar y la otra parte escasea de esa información, no dispone de elementos claros para poder celebrar el contrato, generando asimetría; y si por el contrario lo celebra a pesar de carecer de información, toda la relación contractual desde su nacimiento hasta su ejecución va a estar cobijada de desequilibrio.

En efecto la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 25 de mayo de 2012. Exp. 05001-3103-001-2006-00038-01. Magistrado ponente Ruth Marina Díaz Rueda.



Consideración Jurídica N°5.3, expone que ningún contratante puede utilizar la falta de información del otro para aprovechamiento suyo.

{...} 'un contratante no puede quebrar la igualdad, ni tomar ventaja de la ignorancia del otro, especialmente si la ausencia de información de uno de ellos está originada en el silencio del otro que oculta información disponible, información que por ser esencial debe brindarse oportuna y cumplidamente. {...}

Con el objetivo de equiparar los contratos de igualdad negocial, el principio de buena fe como postulado constitucional y legal entra a establecer parámetros que gobiernan a los contratantes para ejecutar sus actuaciones, por lo que este principio tiene un deber de prevenir, pero al mismo tiempo de curar una eventual asimetría contractual.

### **Teoría de la imprevisión**

Es una institución con fundamento contractual, se funda en las situaciones cambiantes del contrato, es decir, en los hechos portentosos que se dan después de la celebración del contrato, siempre y cuando no haya podido ser previsto por ninguna de las dos partes, estos hechos no hacen imposible el cumplimiento del contrato, pero si vuelven más gravosa la relación contractual, lo cual afecta el equilibrio o asimetría en el contrato.

En la etapa pos contractual se presenta la imprevisión del contrato, por lo que se perturba preclaramente las condiciones económicas y uno de los contratantes resulta perjudicado a la hora del cumplimiento del mismo, generando un desequilibrio; esto se

puede presentar en cualquier tipo de contrato, porque la asimetría es una línea corta entre el actuar correcto, las circunstancias previstas y el actuar contrario a la buena fe y las circunstancias imprevistas, pero es claro que la teoría de la imprevisión sólo opera para los contratos conmutativos y de tracto sucesivo o de ejecución diferida, ejemplo ésto son los contratos de mutuo.

La teoría de la imprevisión es definida y explicada por la Corte Constitucional en Sentencia T-837 del tres (3) de noviembre de dos mil once (2011). Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Consideración jurídica N°5.3.

{...}la teoría de la imprevisión, esto es, acreditar que después de celebrado el negocio jurídico se presentaron variaciones en las condiciones económicas, de tal magnitud que no hubieran podido racionalmente preverse; que ellas determinaron una gran desproporción entre la prestación inicialmente pactada a cargo del contratante afectado y la que posteriormente éste resulta a deber a su acreedor; y, finalmente, que la generación de tales eventualidades y el desequilibrio contractual hayan escapado a toda injerencia de la voluntad de los contratantes.

Lo precedente es una posibilidad que da la codificación nacional para atacar el desequilibrio o asimetría contractual y restablecer a las partes las igualdades negócias que contrajeron al celebrar el contrato.

### **Lesión enorme**

La lesión enorme es una institución jurídica tendiente a resarcir el equilibrio perdido en los contratos de compraventa de bienes inmuebles, un vendedor o

comprador pueden pedir que se rescinda el contrato ya que el valor pagado es desproporcional al valor real del bien objeto del contrato.

La lesión enorme puede ser ejercitada por ambas partes en el contrato, desde la perspectiva del comprador, hay lesión enorme cuando el precio del bien comprado asciende al doble del valor razonable, real o justo, esto es al 100%. Dicha cuestión genera desequilibrio al comprador, pues la falta de información del bien comprado pone en situación de beneficio al vendedor quien está sacando provecho de ello y está subiendo desproporcionadamente el precio del bien inmueble.

Por otro lado desde el punto de vista del vendedor, se da lesión enorme cuando el precio recibido por el bien inmueble es inferior a la mitad del valor real o justo, esto es al 50%. Generando un desequilibrio contractual.

Contrario sensu si las partes contratantes están manifestando su voluntad privada y conocen la situación del valor real del inmueble y pese a esto se empeñan en contratar, estipulando cláusulas de desistimiento de la acción rescisoria, la legislación colombiana en el artículo 1950 del Código Civil se transcribe lo siguiente:

**CLAUSULAS INVÁLIDAS.** Si se estipulare que no podrá intentarse la acción rescisoria por lesión enorme, no valdrá la estipulación; y si por parte del vendedor se expresare la intención de donar el exceso, se tendrá esta cláusula por no escrita.

Esto es un limitante legal a la autonomía privada, en cuanto el ordenamiento jurídico debe proteger a la otra parte que podría ser afectada por la asimetría contractual.

Para reforzar el postulado anterior la Corte Constitucional en Sentencia C-236 de 2014. Consideración jurídica N°3.3.1, ha pronunciado lo siguiente:

la ley “sanciona el abuso en que se puede incurrir so pretexto de la autonomía contractual” y lo conjura mediante la lesión enorme, cuya disciplina legal “no compara las situaciones lesivas que afrontan las partes en el negocio jurídico, sino que simplemente registra los hechos, los describe y les confiere un efecto dirigido a restaurar el desequilibrio injusto que ocasionan”{...}

{...}porque la ley consagra una obligación facultativa a cargo del demandado que se resuelve en la necesidad de restablecer el equilibrio roto, pudiendo, si lo prefiere, consentir en la rescisión o evitarla restableciendo efectivamente dicho equilibrio

{...} el contrato de compraventa responde “como en general todo el sistema de contratación, al principio de la libertad o autonomía contractual, según el cual las partes pueden obligarse libre y válidamente.

Pero, como ya fue puesto de presente en esta sentencia, la autonomía contractual no autoriza el abuso y, por lo tanto, el beneficio que se quiera otorgar no debe dar lugar a una desproporción de tal entidad que conduzca al irrazonable enriquecimiento de una de las partes y al injustificado empobrecimiento de la otra, motivo por el cual se ha incluido en el ordenamiento civil la figura de la lesión enorme, que busca restaurar el equilibrio afectado, siendo del caso averiguar si el restablecimiento de ese equilibrio solo puede efectuarse mediante el pago

del precio justo establecido por el juez que conoció del proceso por acción rescisoria.

Es claro que la legislación no sólo castiga el desequilibrio generado por la variación de precios en la compraventa, saneando el desequilibrio con la rescisión, pues también acepta que se restablezca el equilibrio ajustando el precio real al negocio celebrado.

## Conclusiones y recomendaciones

Para finiquitar, en términos generales la investigación sobre el desequilibrio o asimetría contractual entre empresarios arroja las siguientes conclusiones:

No cabe duda, que la asimetría contractual tiene origen en cualquier tipo de contratos, partiendo desde la creación del negocio hasta la ejecución del mismo.

La asimetría contractual tiene un antecedente Europeo con los contratos B2C, de los que se establece que el consumidor, es la parte débil del contrato y por ende es la parte que debe tener mayor atención a la hora de celebrar contratos de consumo.

La asimetría o desequilibrio en Colombia, tiene un inicio reglamentario en el estatuto del consumidor, donde se mencionan todos los conceptos inherentes a las relaciones contractuales. Pero no hay un desarrollo teórico sobre las relaciones que deben generarse entre empresarios.

Si bien es cierto que hay reglamentación jurídica para debatir el tema de asimetría contractual entre consumidores, es claro y se hace necesario el avance temático y práctico de los contratos B2B, pues no se tiene una legislación especial para éstas relaciones, generando con mayor frecuencia una vulneración a los derechos de las pequeñas y medianas empresas.

Ésta investigación se basó en relaciones de consumo, porque la jurisprudencia nacional estudiada, en ningún momento determinó que se daba asimetría entre empresarios, sino causales generales identificadas en algunas relaciones, siendo preponderante las de consumo.

Además se concluyó que se debe tomar apartes de cada normatividad para llenar los vacíos y las lagunas que el tema de desequilibrio en contratos entre empresarios propicia.

Finalmente, pudo establecerse cuales son los factores y los elementos que producen asimetría contractual entre empresarios, como lo son, la posición dominante, el abuso del derecho, la asimetría de la información, los límites de la autonomía privada y las cláusulas abusivas generadas por el contrato de adhesión. También es cierto que a pesar de la no existencia de una reglamentación clara y compilada en un solo texto, el Estado proporciona algunos principios e instituciones que llevan trabajando desde hace varios años, el tema de tratar con cuidado y posible solución todo tipo de contingencias que pueden nacer desde la asimetría contractual entre empresarios.

#### Recomendaciones:

El Estado debe propender por la creación de un estatuto empresarial, que regule netamente las relaciones contractuales entre empresarios. Pues así como puede remitirse al estatuto del consumidor para dirimir los conflictos que nacen en las relaciones de consumo, debe ser igual para las relaciones B2B. Además, en la actualidad, cada sujeto está creando su propia empresa, sin importar si es de mediana o pequeña categoría, teniendo en cuenta lo anterior se hace esencial la existencia de dicho estatuto propuesto, pues no es válido que siendo posible la creación de ese estatuto empresarial, haya pasado tanto tiempo sin que se hay creada una norma enfocada a proteger los derechos contractuales de los empresarios.

Y para los empresarios, es necesario que tengan en cuenta los riesgos y factores que producen asimetría a la hora de celebrar un contrato, para que puedan

gozar de una sana contratación y por lo tanto un buen desarrollo y resultado de la evolución empresarial. Es decir, a falta de legislación concreta frente al tema, estar pendientes directamente de sus propios negocios a realizar. Pero actuando bajo los principios y limitantes que deben reconocerse a la hora de suscribir un contrato, por ejemplo la buena fe, pues esta conlleva a la verdad, a la información, a la lealtad y a la honestidad. Elemento que nunca pueden faltar al momento de contraer obligaciones de manera recíproca.



## Referencia

Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de la República de Colombia 1991*. Bogotá: La Asamblea.

Bohorquez, Antonio. (2004). *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Generalidades contractuales*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.

Congreso de la República de Colombia. (1887). *Ley número 57 de 1887 Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional*. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (1959). *Ley número 155 de 1959 Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas*. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (1993a). *Ley número 80 de 1993 Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (1993b). *Ley número 80 de 1993 Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (1994a). *Ley número 143 de 1994 Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética*. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (1994b). *Ley número 142 de 1994 Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (2009a). *Ley número 1328 de 2009 Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones*. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (2009b). *Ley número 1340 de 2009 Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (2011). *Ley número 1480 de 2011 Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (2012). *Ley número 1480 de 2012 Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: El Congreso.

Congreso de los Diputados. (1978). *Constitución Española 1978*. España: El Congreso.

Consejo de las Comunidades Europea. (1993). *Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. España: Consejo de las Comunidades Europeas.

Corte Constitucional. (2009). *Sentencia T-537 de 2009. Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá: La Corte Constitucional.

Corte Constitucional. (2010). *Sentencia C-014 de 2010. Magistrado ponente Mauricio Gonzales Cuervo*. Bogotá: La Corte Constitucional.

Corte Constitucional. (2011). *Sentencia T-837 de 2011. Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Bogotá: La Corte Constitucional.

Corte Constitucional. (2012a). *Sentencia C 909 de 2012. Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá: La Corte Constitucional.

Corte Constitucional. (2012b). *Sentencia T-654 de 2012. Magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá: La Corte Constitucional.

Corte Constitucional. (2012c). *Sentencia T-768 de 2012. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá: La Corte Constitucional.

Corte Constitucional. (2013a). *Sentencia C-934 de 2013. Magistrado Ponente Nelson Pinilla Pinilla*. Bogotá: La Corte Constitucional.

Corte Constitucional. (2013b). *Sentencia T-268 de 2013. Magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá: La Corte Constitucional.

Corte Constitucional. (2014). *Sentencia C-236 de 2014. Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Bogotá: La Corte Constitucional.

Corte Suprema de Justicia. (2009a). *Sentencia Exp 05001-3103-013-2000-00414-01. del seis (6) de julio de dos mil nueve (2009)*. Magistrado ponente William Namén Vargas. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia. (2009b). *Sentencia Exp N° 25899 3193 992 1999 00629 01 del treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009)*. Magistrado Ponente Pedro Octavio Monar Cadena. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia. (2009c). *Sentencia del cuatro (4) de noviembre de dos mil nueve (2009). Exp 11001 3103 024 1998 4175 01*. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia. (2009d). *Sentencia del treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009). Exp 25899 3193 992 1999 00629 01*. Magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia. (2009e). *Sentencia Exp 11001-31-03-026-2000-00624-01 del veintidós (22) de abril de dos mil nueve (2009)*. Magistrado Ponente Edgardo Villamil Portilla. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema De Justicia. (2009f). *Sentencia Exp 25899 3193 992 1999 00629 del treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009)*. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia. (2009g). *Sentencia Exp 54001 31 03 2000 00235 01 del catorce (14) de julio de dos mil nueve (2009)*. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia. (2009h). *Sentencia Exp N°11001 3103 024 1998 4175 01 del 4 de noviembre de dos mil nueve (2009)*. Magistrado Ponente Pedro Octavio Monar Cadena. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia. (2010a), *Sentencia Exp 11001-3103-008-1989-00042-01 del dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010)*. Magistrado ponente Arturo Solarte Rodríguez. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema De Justicia. (2010b). *Sentencia del seis (6) de agosto de dos mil diez (2010).Exp05001-3103-017-2002-00189-01*. Magistrado Ponente César Julio Valencia Copete. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia. (2011a). Sentencia del catorce (14) de diciembre de dos mil once (2011). Exp C-1100131030142001-01489-01. Magistrado ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia. (2011b). *Sentencia del diecinueve (19) de octubre de dos mil once (2011). Exp 11001-3103-032-2001-00847-01*. Magistrado ponente William Namén Vargas. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema De Justicia. (2011c). *Sentencia del ocho (8) de septiembre de dos mil once (2011).Exp 11001-3103-026-2000-04366-01*. Magistrado Ponente William Namén Vargas. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia. (2012). *Sentencia Exp. 05001-3103-001-2006-00038-01 del veinticinco (25) de mayo de dos mil doce (2012)*. Magistrado ponente Ruth Marina Díaz Rueda. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia. (2013a). *Sentencia del ocho (8) de julio de dos mil trece (2013). Exp 41001-3103-003-1999-00477-01*. Magistrado ponente Jesús Vall de Rutén Ruiz. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia. (2013b). *Sentencia Exp 11001-3103-014-1995-02015-01. Del trece (13) de noviembre de dos mil trece (2013)*. Magistrado ponente Arturo Solarte Rodríguez. Bogota: La Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia. (2013c). *Sentencia Exp 11001-3103-023-1997-04959-01 del dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013)*. Magistrado ponente: Ariel Salazar Ramírez. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia. (2013d). *Sentencia Exp 11001-3103-036-2003-00919-01 del quince (15) de noviembre de dos mil trece (2013)*. Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez. Bogotá: La Corte Suprema de Justicia.

El Presidente de la República de Colombia. (1971). *Decreto 410 Por el cual se expide el Código de Comercio*. Bogotá: El Presidente.

El Presidente de la República de Colombia. (1992). *Decreto 2153 Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: El Presidente.

Gómez Vásquez, Carlos. (2011). *Libertad contractual. Teoría del contrato*. Medellín: Sello editorial Universidad de Medellín.

Granados, Juan I. (2013). *Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones que de ellas emanan al contenido del contrato con el consumidor*. Revista Mercatoria, revista del departamento de derecho comercial ISSN 1692-3960, (12), 1-48. Recuperado de <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN12/HTML1/146.html>.

Granados, Juan I. (2011) *Tres aspectos en las relaciones de consumo: la naturaleza del contrato de consumo; el consumidor como parte débil en la contratación y la integración contractual de las declaraciones publicitarias*. Recuperado de: <http://repository.lasallista.edu.co/dspace/bitstream/10567/69/1/175-188.pdf>.

Plata, Luis C. & Monsalve, Vladimir. (2014). *La interpretación contractual: estudio desde la jurisprudencia colombiana y la entrada en vigencia del nuevo estatuto de protección a los consumidores (NEC) ley 1480 de 2011*. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. (44), 17-46. Recuperado de <http://200.116.126.114:2087/revistauniversitaria/ubolivariana/ub-120-44/la%20interpretacion.htm>.

Procuraduría General de la Nación. (2012). Concepto 002/2012 del 12 de enero de 2012. Consejera Ponente Olga Melida Valle de la Hoz. Bogotá: La Procuraduría.

Roppo, Vincenzo. (2011). *Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo*. *Revista de Derecho Privado* (20), 177-223. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpri&page=article&op=view&path%5B%5D=2891&path%5B%5D=2533>.

Suescún, Jorge. (2003). *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo II. Segunda edición*. Colombia: Legis Editores.