

**“EXIGIBILIDAD DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES PARA EL
APREMIO DE LA PARTE OBLIGADA Y/O CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO
JURÍDICO MERCANTIL”**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO COMERCIAL**

NATHALIA DUARTE QUINTANA

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN DE DERECHO COMERCIAL
BOGOTÁ D.C**

2017

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de grado. Solo velara que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque los trabajos de grado no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellos el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

*Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946
Pontificia Universidad Javeriana*

INDICE PRELIMINAR

I. INTRODUCCIÓN.

II. ALGUNAS CLÁUSULAS DE APREMIO DE LA PARTE OBLIGADA Y/O CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO EN LOS CONTRATOS MERCANTILES:

- a.** Pólizas
- b.** Responsabilidad/ Indemnidad
- c.** Cláusula Penal
- d.** Multas
- e.** Causales de terminación anticipada por incumplimiento

III. CONTRATOS DE ADHESIÓN CELEBRADOS ENTRE EMPRESARIOS.

IV. CLÁUSULAS UNILATERALES O DE ADHESION EN EL DERECHO COMPARADO.

V. LA EXIGIBILIDAD DE LAS CLÁUSULAS PARA EL APREMIO DE LA PARTE OBLIGADA Y/O CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO.

VI. CONCLUSIONES.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Hacer exigibles las cláusulas contractuales para el apremio de la parte obligada y/o conservación del Negocio Jurídico, permite estudiar algunas de estas figuras generalmente pactadas en las convenciones privadas, mencionando a modo de ejemplo, Cláusula Penal, Multas, Pólizas, Responsabilidad / Indemnidad, Causales para la terminación anticipada por incumplimiento, entre otros; de esta manera y con base en los anteriores elementos, se podrá analizar según los límites en los que se encuentra enmarcada la voluntad privada en el régimen colombiano, si: ¿La imposición unilateral de las cláusulas mencionadas en un Contrato Mercantil celebrado entre dos empresarios, son consideradas como abusivas? ¿Existe algún régimen que proteja a la parte débil en los Contratos Mercantiles, en donde no existe una parte consumidora? ¿Qué consecuencias produce la exigibilidad de las Cláusulas mencionadas?

Así pues, se proporcionará el marco general en el que se desarrollan los Contratos Mercantiles suscritos entre empresarios, con el fin de plasmar las vicisitudes que se presentan en las relaciones negociales una vez ocurrido el incumplimiento por algunas de las partes, ya que, la exigibilidad de las Cláusulas de apremio de la parte obligada y/o conservación del negocio jurídico, puede carecer de validez y/o eficacia jurídica desde el primer momento en que fueron propuestas en la convención. Adicionalmente, la inclusión de estas Cláusulas puede considerarse a simple vista como un hecho abusivo de la parte dominante, pero, según la legislación Colombiana y la Ley 1480 de 2011, solo se encuentra regulado el vínculo jurídico de “las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor”¹ dejando a un lado los casos en los que no hay parte consumidora en el Negocio pactado. Por tanto, con el presente estudio se busca dar un panorama al lector, de los mecanismos que proporciona el Sistema Jurídico Colombiano en lo referente al equilibrio contractual y, ante la ausencia de una normatividad clara, en el supuesto de encontrarse ante un Contrato en el que se buscan activar las cláusulas de apremio o conservación del Negocio Jurídico que han sido impuestas de forma unilateral.

En consecuencia, será viable determinar si, en los casos de incumplimiento, la parte afectada podrá activar todas las Cláusulas en aras de proteger sus intereses negociales, o si por el contrario, a pesar

¹ Ley 1480 de 2011, art. 25.

de haberse estipulado la convención conforme a los principios de la autonomía privada y libertad de forma, éstos, encuentran límites una vez se hacen exigibles, entendiéndose que, los preceptos legales han demarcado la voluntad en las relaciones negócias privadas.

II. ALGUNAS CLÁUSULAS DE APREMIO DE LA PARTE OBLIGADA Y/O CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO EN LOS CONTRATOS MERCANTILES.

Las siguientes cláusulas, podrán ser consideradas generalmente, como aquellas mediante las cuales las Partes y/o Empresarios, para el presente estudio, adecuan los diferentes instrumentos jurídicos de acuerdo al Negocio Jurídico que desean celebrar y, en efecto, proteger. Es por ello que existe amplitud de conceptos y denominaciones por medio de las cuales las Partes pactan sus convenciones y la forma de proteger sus intereses privados; todo lo anterior, con base en el postulado de la autonomía privada mercantil, el cual, al ser propiamente remisionista a la legislación civil, permite hacer extensiva la potestad que le confiere el legislador a las partes para crear su propio Negocio Jurídico; obligándose cada una bajo su propia autonomía, la cual deberá además ceñirse, a los principios y límites prefijados en el ordenamiento jurídico, como lo son: i) Las buenas costumbres, y; ii) El ordenamiento público en general.

Por tanto, los siguientes instrumentos planteados, sirven como acápites para dar una noción general, de la forma en la que se procura la conservación del Negocio Jurídico en los Contratos Mercantiles:

a. Pólizas

Es menester mencionar que, el Contrato de Seguro es un contrato independiente, lo que traduce que, a pesar de que su origen y para el presente estudio, se dé como consecuencia de un Contrato Mercantil en el cual las partes, deciden contratar una Póliza que cubra las posibles contingencias en caso del incumplimiento de las obligaciones a cargo de la parte que se adhiere; por tanto, es un Contrato autónomo que no dependerá de la existencia y/o validez del Contrato por el cual nació. En efecto, una Póliza de Cumplimiento, tiene como propósito “indemnizar al asegurado o contratante, por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales por

parte del contratista afianzado”² por la aseguradora; de esta forma, la Póliza se activará, una vez el Contratante obligue al Contratista a hacer efectiva la obligación principal y además, “exigirle la pena a dicho garante”³ quien es el llamado a resarcir los perjuicios ocasionados por el incumplimiento y los cuales se harán exigibles, por intermedio de la activación de otra Cláusulas pactadas en la convención para estos fines o por medio de la Cláusula de Pólizas.

b. Responsabilidad/Indemnidad

Según Arrubla Paucar, en su Libro *Contratos Mercantiles*, en el Régimen Legal Colombiano, la responsabilidad tiene bases originadas en la Culpa, en la medida en que quien está obligado a cumplir, requiere “un doble fundamento: la existencia de la obligación y la culpa, que separadamente es por sí sola, fuente de la obligación de resarcir”⁴, puesto que “El daño que ocasiona la culpa es causa, de que nazca una obligación *ex – novo* de resarcimiento del daño”⁵. En consecuencia, en nuestra Legislación interna, la parte que se ha visto afectada por el incumplimiento, debe alegar los fundamentos de la responsabilidad, para exigir lo que se le debe, en caso que no se hayan estipulado causales objetivas de culpa.

Por su parte, en “los contratos de adhesión entre empresarios (o no consumidores), son de tener en cuenta los artículos 1604 y 1616 C.C., de acuerdo con los cuales el ordenamiento jurídico permite a las partes, en desarrollo de su autonomía privada, pactar cláusulas que modifiquen su responsabilidad respecto de las obligaciones contraídas en los contratos que celebren. Esta facultad no es absoluta, sino que, por el contrario, se encuentra limitada por normas imperativas, por el orden público, por el principio de la buena fe, y por la moral y las buenas costumbres. Así las cosas, para el derecho común, las cláusulas de irresponsabilidad que están absolutamente prohibidas son las que implican una condonación o renuncia del dolo futuro, y ello por cuanto desnaturalizan el concepto de obligación”⁶

² Descripción del Seguro de Cumplimiento. Aseguradora Solidaria de Colombia.

https://www.aseguradorasolidaria.com.co/seguro_cumplimiento_a_favor_de_particulares

³ Sentencia del 23 de mayo de 1996, Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo. Expediente No. 4607

⁴ Arrubla Paucar, Jaime Alberto, *Contratos Mercantiles*. Tomo III Contratos Contemporáneos. Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1ª Edición. 2005, Pág. 54 y 55.

⁵ *Ibíd.*

⁶ C. Posada Torres, “*Las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión en el Derecho Colombiano*”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, No. 29, julio-diciembre de 2015, pp. 141-182. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.07>

Por su parte, las Cláusulas que se pacta bajo la premisa de “Indemnidad”, están íntimamente relacionadas con la Cláusula de Responsabilidad, en el entendido que la primera, busca obligar a la parte que debe en principio cumplir la obligación, a que proteja y blinde al Contratante por cualquier daño y/o perjuicio que el Contratista le genere frente a terceros, con ocasión de su incumplimiento, es decir, se convierte en una exoneración de responsabilidad. En consecuencia, es una privación de la responsabilidad frente a las futuras reclamaciones de terceros, por los perjuicios causados por el obligado, y con ocasión de su incumplimiento.

c. Cláusula Penal

En virtud de la autonomía privada que confiere el legislador a la partes, se podría decir que la Cláusula Penal, es la manera más ejemplarizante de conservar el Negocio Jurídico, por tanto, la parte requirente, quien además puede ver afectados sus intereses negóciales y sea, la parte que contrata con la otra una obligación de dar, hacer o no hacer, es quien tendrá en su mayoría de veces, la potestad de plasmar en el Contrato, la naturaleza y limite pecuniario de dicha prerrogativa. En efecto, las Cláusulas Penales podrán ser de naturaleza sancionatoria o indemnizatoria, en donde la primera, como su nombre lo indica, sancionará el incumplimiento del deudor y además, lo obligará al cumplir con su obligación principal o pagar por dicha infracción; mientras que la Cláusula Penal indemnizatoria, estimará de manera anticipada los perjuicios, que se pueden llegar a ocasionar por el incumplimiento de dicho Contratista.

En consecuencia, y como lo manifiesta la Jurisprudencia, la Cláusula Penal, es “una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. La ley le permite a las partes, que al margen de sus mandatos, incluyan algunas estipulaciones en los contratos con estas finalidades, las que se conocen como cláusulas penales”⁷

d. Multas

Se podría manifestar que las multas, tienen como finalidad, apremiar al deudor ante los parciales incumplimientos en la ejecución o desarrollo del Contrato, razón por la cual, antes activar la Cláusula Penal en el Contrato, en donde además, se deberá alegar el incumplimiento con ocasión

⁷ Consejo de Estado, MP. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo, Concepto 1748 de 25 de mayo de 2006.

a la culpa de la parte obligada, la cual da por terminada la relación contractual si la misma es indemnizatoria, o en su defecto una vez hecho el apremio para el cumplimiento de la obligación principal y el respectivo cobro de perjuicios, se plantea la posibilidad de multar al Contratista por los incumplimientos que se vayan generando a lo largo de la vida contractual de dicho negocio, antes de ser imposible reversarlos y además, tener que terminar el Contrato por dichos incumplimientos. En otras palabras, las multas no son más que, una forma distinta de ejecutar a la parte deudora, por la no ejecución correcta de sus obligaciones, que generan además incumplimientos que no están llamados a ser asumidos por el Contratante.

Tal, como lo señala la Jurisprudencia “Las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo”⁸

e. Causales de terminación anticipada por incumplimiento

Dentro de la mayoría de los pactos negociales, la terminación anticipada por el incumplimiento, desprende las causales, por medio las cuales la parte afectada puede hacer efectiva la resolución del Contrato y, sin tener que acudir a un juez que así lo declare. Lo anterior, en razón a que dada la autonomía privada, las partes de manera razonable pueden fijar de manera consensuada los términos en que el incumplimiento de cada una, genere dicha facultad.

Es importante anotar que, el ideal con la cláusula anteriormente mencionada, es que pueda ser negociada de común acuerdo por las partes intervinientes, y de esta forma, con base en el equilibrio contractual, pueda ser alegada de buena fe; empero, la parte adherida por lo general deberá someterse al imperio de la voluntad del Contratante, ya que se hace oscuro negociar cláusulas que puedan ir en detrimento de su actuar por ser la parte solicitante de la obligación y quien tiene una posición dominante frente a la otra, siendo a su arbitrio, fijar las condiciones en las cuales puede contratar con base en su posición.

⁸ Consejo de Estado, MP. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, del diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014).

Resumiendo lo anteriormente expuesto, “La terminación unilateral es un acto jurídico unilateral y recepticio por medio del cual la parte afectada por el incumplimiento de un contrato pone fin a éste sin necesidad de acudir al juez. (...) la terminación unilateral no implica que el deudor quede a merced del acreedor. En efecto, si aquél considera que la ruptura ha sido ilegal, bien puede acudir al juez para cuestionar las razones de la terminación y reclamar los perjuicios que considere. La intervención del juez sería a posteriori y no a priori. La terminación unilateral puede tener su fuente en la ley o en el contrato, mediante el pacto de una cláusula resolutoria o de terminación unilateral por incumplimiento”⁹

III. CONTRATOS DE ADHESIÓN CELEBRADOS ENTRE EMPRESARIOS.

Por contrato de adhesión se entiende que, “se caracteriza porque una de las partes, quien generalmente ejerce posición dominante, con antelación establece el contenido del contrato en forma unilateral, de manera tal que la otra parte, el adherente, no puede hacer otra cosa que tomarlo o dejarlo”.¹⁰ Ahora, como bien es sabido y pertinente mencionar, en el Régimen Legal Colombiano, los Contratos de Adhesión y en efecto las Cláusulas Abusivas, se encuentran únicamente regulados en la Ley 1328 de 2009 – Régimen de Protección al Consumidor Financieros y, la Ley 1480 de 2011 – Estatuto al Consumidor, lo cual hace evidenciar que, se encuentran reguladas las relaciones que contienen un grado de interés público, tutelable por el Estado, es por ello que, bien sea por falta de una iniciativa clara que permita regular las arbitrariedades entre empresarios, o según las Teorías de la Corte Suprema de Justicia basadas en las herramientas jurídicas que regulan las relaciones comerciales y, en general en la Jurisprudencia, los Contratos de adhesión celebrados entre empresarios, carecen de lineamientos claros que cimienten el margen de actuación entre las partes. De esta manera, el marco fijado como el límite a la voluntad, no es más que la potestad autónoma que el legislador le otorga a las partes, para que éstas intervengan dentro de los principios que regulan el Derecho y conforme a los parámetros regidos por los preceptos normativos.

⁹ MOLINA, Morales Ranfer. “*La terminación unilateral del contrato por incumplimiento*”. Bogotá D.C, Pág. 4. <https://www.minjusticia.gov.co/InvSocioJuridica/DboRegistros/GetPdf?fileName=La%20terminacion%20unilateral%20del%20contrato.pdf>

¹⁰ Arrubla Paucar, Jaime Alberto, *Contratos Mercantiles, Contratos Atípicos*. Bogotá D.C, Legis Editores, Octava Edición. 2015 Pág. 103.

Es por ello que, algunos Laudos arbitrales en derecho, tal como lo manifiesta el Laudo Arbitral del 1º de diciembre de 2006, en la demanda de Concelular S.A. (en liquidación) y Comunicación Celular S.A, Comcel S.A., se señala: “En principio, la doctrina de las cláusulas abusivas se ha aplicado a las relaciones contractuales con consumidores, pero en teoría nada se opone a que se dé la situación abusiva en contratos celebrados entre profesionales”

Por esta razón, la parte que vea vulnerados sus derechos tendrá dos vías a la hora de celebrar un Negocio Jurídico, por un lado, podrá decidir no contratar bajo las disposiciones planteadas, ya que no tendrá la oportunidad de negociar con la parte dominante la modificación de los supuestos plasmados por este en la convención; y por otro, cumplir con sus obligaciones bajo las disposiciones del Contrato propuesto, hasta que vea una inminente vulneración a sus derechos, en razón del cumplimiento contractual, lo cual le permitirán acudir a un tercero, en este caso un Juez habilitado para la toma de decisiones, quien podrá dirimir la controversia, tomando las medidas pertinentes, bajo las herramientas jurídicas ofrecidas en el Sistema Legal Colombiano.

IV. CLÁUSULAS UNILATERALES O DE ADHESION EN EL DERECHO COMPARADO.

Como se ha manifestado en anteriores precisiones de este escrito, las Cláusulas Unilaterales o de Adhesión, se originan gracias a la posición dominante de alguna de las partes, en la celebración del Negocio Jurídico; de esta manera, para determinar la trascendencia y “obligatoriedad de las Cláusulas de los contratos de adhesión, será necesario: determinar qué debe entenderse por cláusula abusiva”¹¹ y cómo se soporta en otras legislaciones lo anteriormente expuesto:

- “La Ley inglesa sobre el particular indica que hay distintos tipos de cláusulas abusivas, las que limitan o liberan de responsabilidad por culpa en caso de daño o pérdida de mercancías, las que limitan o liberan de responsabilidad por violación de contrato, las que permiten modificar la ejecución en relación con lo que razonablemente se podía esperar, o las que se reservan el derecho de eximirse de la ejecución total o parcial de la obligación.

¹¹ *Ibíd.* Pág. 81

- (...) El derecho alemán, considera ineficaz la estipulación contractual cuando perjudica al adherente de manera indebida, en oposición al principio de buena fe. La cláusula acreedora de tal sanción sería, entre otras, aquella que limita los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato de tal forma que se pone en peligro la consecución de la finalidad del mismo”¹²
- En Italia, se manifiesta que “los contratos de adhesión ha dado lugar a abusos en los casos en los casos en que los esquemas preestablecidos, contienen cláusulas que ponen a los clientes a merced del empresario. La jurisprudencia ha reaccionado como ha podido contra dichos abusos, alargando unas veces el concepto de ilicitud, y otras veces afirmando la falta de consentimiento sobre algunos pactos onerosos”¹³

De esta manera y como se observa en otras latitudes, las Cláusulas de Adhesión, son la aceptación de “una situación que producirá efectos jurídicos, pero unos efectos jurídicos que no serán fruto de una voluntad autónoma, de un auténtico acuerdo, sino de una voluntad heterónoma que tiene sus raíces en la ley o en la voluntad del contratante más poderoso”¹⁴

V. LA EXIGIBILIDAD DE LAS CLÁUSULAS PARA EL APREMIO DE LA PARTE OBLIGADA Y/O CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO.

Como se señaló en la parte introductoria del presente escrito, el objeto de estudio se desprende de la Negociación de los Contratos Mercantiles, dada la necesidad del suministro de bienes y/o prestación de servicios, en donde una de éstas, está obligada a proveer un servicio del cual es experto y, por otro lado, recibir una suma de dinero en contraprestación del servicio prestado y de acuerdo a las necesidades que se susciten en estos periodos contratados. Lo que conlleva a que, una vez la parte dominante fija a su favor la unilateralidad de las Cláusulas para apremiar a la parte obligada y así lograr la conservación del Negocio Jurídico propuesto, ésta, puede desconocer el ámbito legal de aplicación y su máximo marco de actuación dentro de la legislación colombiana,

¹² *Ibíd.*

¹³ *Ibíd.* pág. 78.

¹⁴ Suarez Llanos – Gomez, Luis. *Bases para una ordenación del derecho de la contratación mercantil. La reforma de la legislación mercantil*, Madrid Civitas, 1979, Pág. 287

ya que existe un vacío normativo respecto a los Contratos celebrados entre empresarios, donde i) No se prestan Servicios Públicos, o, ii) No se involucran consumidores financieros o generales.

Por tanto, en aras de plasmar un segundo eslabón en el presente estudio, se determinarán las Cláusulas que producen efectos, como aquellas que son acreedoras de Sanción en la conservación del Negocio Jurídico y/o apremio de la parte obligada, a pesar de haber sido pactadas bajo el supuesto de la autonomía de la Voluntad privada.

La *Cláusula Penal*, como elemento primordial y válidamente pactado en los Contratos Mercantiles, tiene un criterio de Lesión en donde “la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte” (par. 3, art 867 C. de Co.). Por tanto se evidencia, que al estar habilitada en el marco jurídico, y al ser plasmada bajo el criterio de la autonomía privada, ésta “se encuentra supeditada a la ley”¹⁵ habida cuenta que en la legislación se contempla un marco general de protección para los Contratos Mercantiles, independientemente que no estén tipificados, con el fin de evitar arbitrariedades de la voluntad privada.

Por otro lado, las *Multas* no se encuentran expresamente consagradas en el ordenamiento jurídico bajo esta categoría y nombre, sino que su aparición se desprende del artículo 1594 del Código Civil el cual, en su último aparte manifiesta que “a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”, podrá constituirse al deudor en mora, y podrá pedirse a su arbitrio tanto la obligación principal como la pena. De esta forma y al igual como sucede con la Cláusula Penal, en caso que la parte que se adhiere considera que la misma es violatoria a sus derechos y un equilibrio contractual armónico, deberá acudir a un juez para que sea quien determine la ineficacia de la mencionada cláusula, el cual, buscará frustrar los efectos finales de tal

¹⁵ Arrubla Paucar, Jaime Alberto, *Contratos Mercantiles, Contratos Atípicos*. Bogotá D.C, Legis Editores, Octava Edición. 2015 Pág. 259

disposición por ser considerada como vulneradora de los principios que gobiernan el ordenamiento jurídico.

Como consecuencia a lo anterior, en su gran mayoría el Negocio Jurídico como fuente normativa, permite a los empresarios, fijar cláusulas de *terminación anticipada por incumplimiento*, en donde la parte dominante enlista los criterios que considera causales inminentes para producirse la terminación anticipada a la vigencia inicialmente pactada por éstos; por tanto, pueden las partes negociar y disponer qué situaciones los llevará a dar por terminado el Negocio Jurídico sin tener que estipularse el criterio de culpa para que dicha situación ocurra, es por ello que, la parte dominante deberá tener en cuenta, que no podrá sobrepasar los límites y principios prefijados por la Ley, ya que las convenciones pactadas podrán convertirse en Cláusulas Abusivas que violan el equilibrio contractual y la libre actuación de la parte adherida al Negocio, puesto que cualquier Juez desestimaré la intención de la parte redactora en caso de ser cláusulas exorbitantes y además, las interpretará en su contra.

Por su parte la Cláusula de *Responsabilidad / Indemnidad*, “no es del todo objetiva y continua gravitando alrededor de una idea de culpa”¹⁶ de este modo, se “habla de objetividad en la imposibilidad y en la imputación. Conforme al primer sentido, el deudor responde por el simple incumplimiento, de acuerdo con el segundo, se hace gravar sobre el deudor el peso del daño derivante de causas internas a su esfera de control, prescindiendo de toda valoración de su conducta. En otras palabras, en el segundo evento, el deudor asume los riesgos inherentes a la esfera de su actividad”¹⁷. De este modo, se evidencia que el régimen de responsabilidad contractual es mixto, en el entendido que dependiendo de la conducta y la actividad se aplicará las diferentes variables y disposiciones respecto a la responsabilidad de cada una de las partes que celebren el negocio jurídico; de esta forma, la exoneración y limitaciones de responsabilidad en el Régimen Legal Colombiano no producirán efectos a pesar de haberse pactado, puesto que el régimen prevé un tipo de responsabilidad que se aplicará dependiendo la modalidad, a todo el espectro del régimen mercantil. De esta forma, al no ser una responsabilidad completamente objetiva como subjetiva, no pueden las partes, en su ámbito negocial, cerrar y limitar el margen de aplicación a dicha

¹⁶ *Ibíd.* Pág. 424

¹⁷ *Ibíd.* Pág. 425

cláusula que es inherente del ordenamiento jurídico, ya que la condonación del dolo futuro está más que prohibido.

Por último, tenemos las *Pólizas o Garantías Contractuales*, las cuales y como ya se mencionó anteriormente, buscan “indemnizar al asegurado o contratante, por los perjuicios derivados del incumplimiento en las obligaciones contractuales por parte del contratista afianzado”, de esta forma, una vez aplicada la Cláusula Penal y con el fin de dar por terminado el Negocio Jurídico y en consecuencia, recibir las erogaciones correspondientes a los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, habrá de cobrarse en primer lugar al deudor incumplido dicho pago correspondiente a la Cláusula Penal; de esta forma, una vez efectuado el incumplimiento y, con ocasión al resarcimiento de los perjuicios ocasionados por dicha Cláusula, el pago del siniestro derivado de la Póliza como contrato independiente, podrá invocarse a la aseguradora con el fin de que se paguen las sumas correspondientes al siniestro, lo cual lleva a un inconveniente, ¿Habría un enriquecimiento para la parte cumplida al recibir doble pago, por la Cláusula Penal como por la Póliza contractual? Respecto a este suceso, se busca aclarar que, si la Cláusula Penal es indemnizatoria, es decir, hubo una tasación anticipada de los perjuicios, la Póliza cubrirá solo el exceso en caso que esta no fuese suficiente al momento de pagar el perjuicio, es decir y como se ha venido mencionando, si las partes fijan un límite de indemnización, pero, una vez queriendo estimar el monto total de los perjuicios ocasionados, la cláusula no es suficiente, ésta no será tenida en cuenta, puesto que en un estrado judicial se reconocerán los valores realmente causados en el perjuicio; de esta manera, la Póliza servirá para cubrir el exceso a dichos perjuicios mencionados. Ahora, si la naturaleza de la Cláusula Penal es ser Sancionatoria, en nada interfiere el pago de la Póliza, ya que ésta servirá para pagar los perjuicios demostrados a razón del incumplimiento, mientras que la Cláusula penal, se pagará a título de sanción por parte del deudor incumplido.

VI. CONCLUSIONES.

Después de realizar un breve análisis, se puede evidenciar que las partes que carecen de un régimen restrictivo a la autonomía de la Voluntad, para este caso, los empresarios, pactan a su arbitrio cláusulas y en ellas, prohibiciones, reservas, prerrogativas, entre otras, desconociendo que la potestad dada por el legislador para crear bajo su voluntad el Negocio Jurídico, tiene límites y están

supeditados a todo el ordenamiento jurídico; de esta forma, cuando se realizan convenciones privadas, en donde las partes no tienen un régimen exacto aplicable, se abusa de estas facultades, creando infinidad de cláusulas que bloquean el actuar equilibrado de la parte que se ve obligada a contratar con la parte dominante. Es por ello que, se hace necesario que las partes que intervienen en los Negocios, sepan con base en la teoría jurídica, hasta donde pueden llevar su voluntad, puesto que no basta redactar cláusulas pretendiendo asegurar una convención, cuando en ocasiones dichas cláusulas no aplican al Negocio Jurídico pactado, o en su defecto, las disposiciones pactadas serán acreedoras de sanciones jurídicas, lo cual impedirá que produzcan efectos dentro del ordenamiento, y las hará ser obligatoriamente ajustadas a la ley.

En efecto, las Cláusulas como Multas, Pólizas, Terminación Anticipada por Incumplimiento, Penal, Responsabilidad / Indemnidad, pueden ser pactadas en las convenciones para el Apremio de la Parte Obligada y/o Conservación del Negocio Jurídico Mercantil, siempre y cuando no sobrepasen los límites fijados en la Ley, ya que, las partes en su inmenso actuar dentro del universo Jurídico, deberán ser conscientes hasta qué instancia lo que pacten, producirá aun así los efectos deseados, o si por el contrario, no los producirán y además, se interpretarán en su contra. Adicionalmente, las partes deben saber el propósito de pactar dichas cláusulas en el Contrato Mercantil, puesto que no basta seguir la generalidad de los mismos, sin ser conscientes de si éstas se ajustan a las necesidades de dicho tipo negocial.

De esta manera, se trata de una línea muy delgada, cuando entre empresarios se realizan Negocios Jurídicos, ya que entre la autonomía de la voluntad, los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas, se debe conocer en detalle el espectro en el que el Ordenamiento Jurídico Mercantil permite que se contrate, dadas las consecuencias adversas o desfavorables para la parte que promulgo un contrato a sus necesidades y no se sujetó a las directrices proporcionadas por el Sistema Jurídico.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Arrubla Paucar, Jaime Alberto, *Contratos Mercantiles*. Tomo III Contratos Contemporáneos. Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1ª Edición. 2005.
- C. Posada Torres, “*Las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión en el Derecho Colombiano*”, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, No. 29, julio-diciembre de 2015, pp. 141-182. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.07>.
- MOLINA, Morales Ranfer. “*La terminación unilateral del contrato por incumplimiento*”. Bogotá D.C, Pág. 4.
<https://www.minjusticia.gov.co/InvSocioJuridica/DboRegistros/GetPdf?fileName=La%20terminacion%20unilateral%20del%20contrato.pdf>
- Suarez Llanos – Gomez, Luis. *Bases para una ordenación del derecho de la contratación mercantil. La reforma de la legislación mercantil*, Madrid Civitas, 1979

Jurisprudencia

- Sentencia del 23 de mayo de 1996, Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo. Expediente No. 4607
- Consejo de Estado, MP. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo, Concepto 1748 de 25 de mayo de 2006.
- Consejo de Estado, MP. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, del diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014).
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 12 de Diciembre de 2006. COMCELULARES Vs. COMCEL. Árbitros: Marcela Monroy Torres, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Jorge Eduardo Narváez Bonnet.

Otros

- Descripción del Seguro de Cumplimiento. Aseguradora Solidaria de Colombia.
https://www.aseguradorasolidaria.com.co/seguro_cumplimiento_a_favor_de_particulares

Legislación

- Constitución Política de Colombia
- Código Civil Colombiano
- Código de Comercio Colombiano
- Ley 1328 de 2009
- Ley 1480 de 2011