

**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SUS EFECTOS EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**



CAROLINA YAÑEZ RAMIREZ

TANIA AMÉRICA GONZÁLEZ MILLARES

FABIÁN ANDRÉS GÓMEZ GARCÍA

Trabajo de grado para aspirar al título de Especialista en Derecho Comercial

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL

2017

Tabla de contenido

Introducción	3
Problema Jurídico.....	5
1. Contexto general de los contratos de adhesión.....	7
2. Sistemas de regulación y evolución del concepto de las cláusulas abusivas.....	10
3. Desarrollo de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión del régimen general.....	12
3.1 Régimen normativo aplicable	14
3.2 Autoridad competente para conocer de controversias sobre cláusulas abusivas.....	15
3.3 Efectos Jurídicos de la Inclusión de Cláusulas Abusivas	16
4. Desarrollo de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión del régimen especial.....	17
4.1 El régimen normativo aplicable.....	17
4.1.1 Consumidor General.....	18
4.1.2 Consumidor en materia financiera, aseguradora y del mercado de valores	19
4.1.3 Otros consumidores	20
4.2 Autoridad competente para conocer de controversias sobre cláusulas abusivas.....	21
4.3 Efectos Jurídicos de la Inclusión de Cláusulas Abusivas	22
4.3.1 Ineficacia.....	23
4.3.2 Nulidad.....	25
5. Análisis doctrinal y jurisprudencial de las cláusulas abusivas.	26
5.1 Superintendencia de Industria y Comercio	26
5.2 Superintendencia Financiera de Colombia.....	27
5.3 Altas Cortes	31
5.3.1 Corte Suprema de Justicia	31
5.3.2 Corte Constitucional	34
6. Comparación entre régimen general con el régimen especial.....	35
Conclusiones	39
Bibliografía	41

Introducción

El régimen de las cláusulas abusivas es un desarrollo normativo por medio del cual se ha abordado el problema del desequilibrio en las relaciones contractuales, de las que se pueden generar perjuicios injustificados atribuibles a la posición de dominio que ejerce la parte con poder de negociación sobre su interlocutor o parte débil.

La normativa expedida con relación al asunto de las cláusulas abusivas, la cual encuentra su primer antecedente en la Ley 142 de 1994 - por la que se establece el Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios - y su evolución más reciente en la Ley 1480 de 2011 – en virtud de la que se expide el Estatuto del Consumidor, ha propendido por superar el desequilibrio contractual originado por diferentes condiciones de tipo económico y social, mediante la aplicación de principios generales contenidos en la norma buscando que las condiciones contractuales atiendan la realidad jurídica de las partes de cara al desarrollo de diferentes negocios, cualquiera sea su naturaleza.

De igual manera, en materias de especial regulación como lo es el sector financiero, asegurador y de mercado de valores se ha previsto un régimen prohibitivo de conductas abusivas aplicable a las relaciones entre las entidades que son objeto de vigilancia, inspección y control por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia y los consumidores financieros.

Los anteriores regímenes legales han introducido al ordenamiento jurídico colombiano dos sistemas de regulación que pretenden controlar el uso de prácticas abusivas en las relaciones contractuales. Por un lado se ha hecho alusión de manera enunciativa a determinadas conductas que son consideradas como abusivas, previendo que ante su ocurrencia, en marco de los negocios jurídicos, se genere como efecto la ineficacia. Por otro lado las normas, procurando incrementar la protección a los derechos de los consumidores, han incluido definiciones genéricas del tipo de conductas que, sin estar expresamente enunciadas, se consideran abusivas por causar un perjuicio injustificado para el consumidor. En el sector financiero, asegurador y de mercado de valores se otorgó a la Superintendencia Financiera de Colombia la potestad de definir de manera previa y general otras conductas abusivas.

Pese a la inclusión normativa del segundo sistema de regulación mencionado, la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de Industria y Comercio han indicado que las relaciones

contractuales con los consumidores requieren de un análisis holístico sobre el marco negocial, dando lugar a entender que para que las practicas que se refutan abusivas (en marco de la noción general) sean tenidas como cláusulas abusivas, se han debido prever como tal, lo que en consecuencia permitiría entender que el marco enunciativo es más un listado taxativo y propio de la ineficacia.

De la interpretación anterior se derivan efectos confusos respecto del análisis previo que puedan llegar a realizar la superindustria o la superfinanciera en tanto propendan por determinar que una cláusula pueda llegar a ser abusiva en un caso concreto, pues su efecto ya no sería el que en principio la norma ha previsto de ineficacia, sino que por tratarse de un hecho particular, no incluido en las listas enunciativas, obedecería a un hecho litigioso susceptible de declaración judicial y por tal motivo su efecto tendería a ser de nulidad.

Los anteriores planteamientos dirigen este estudio a un análisis detallado de la naturaleza de las cláusulas abusivas y el efecto sobre las relaciones negóciales dada su especial protección, teniendo en cuenta las funciones de inspección, vigilancia y Control por parte de las entidades correspondientes para el análisis de las mismas ya bien por la actividad o por el interés que representa para la sociedad.

Problema Jurídico

Las cláusulas abusivas han sido abordadas en derecho comparado mediante dos formas de regulación. La primera es el denominado sistema de lista negra, que consiste en elaborar un listado contentivo de las conductas que se consideran abusivas y la segunda implica incluir en la legislación un concepto general que sirva de criterio para analizar si una conducta puede o no ser considerada abusiva.

En el ordenamiento jurídico colombiano coexisten las dos formas de regulación mencionadas, situación que genera dificultades prácticas en la aplicación de la ley y en especial en la protección efectiva de los derechos de los consumidores, por cuanto pareciera que se prevén sanciones jurídicas disimiles frente a las conductas abusivas enunciadas en la ley o en las circulares de la Superintendencia Financiera, y las que siendo abusivas acorde con la definición general incluida en la ley, no están contempladas en los diferentes listados. Esto por cuanto incurrir en prácticas abusivas contenidas en los listados mencionados, es sancionado con ineficacia de pleno derecho mientras que los casos de prácticas no previstas implican para el consumidor la carga de acudir a la jurisdicción en principio para invocar la nulidad.

El contexto descrito nos plantea el siguiente cuestionamiento:

¿Cuál es la consecuencia jurídica y práctica de la ausencia de regulación única en materia de cláusulas abusivas en Colombia?

Resulta relevante analizar el asunto planteado por cuanto la coexistencia de los dos sistemas de regulación de las cláusulas abusivas parece afectar la seguridad jurídica y los intereses de los consumidores involucrados en las relaciones asimétricas que se presentan entre el consumidor y las entidades proveedoras de bienes o servicios. El tratamiento diferenciado puede generar un desequilibrio en la protección de derechos de los consumidores puesto que con independencia del sistema de regulación al que se acuda la aplicación de la ley debería conllevar a la garantía material de los intereses tutelados sin que ello implique la imposición de cargas adicionales para los destinatarios de la previsión legal.

Si la sanción jurídica prevista para las prácticas abusivas no enlistadas en la ley o en las circulares de la entidad reguladora es la nulidad, se puede ubicar en situación de desventaja al sujeto pasivo de estas conductas ante la exigencia de acudir a la Jurisdicción para que la misma sea declarada; en tanto que tratándose de la ocurrencia de una práctica abusiva previamente contemplada aplica para el consumidor afectado la garantía de seguridad jurídica, por cuanto le basta con alegar la ineficacia la cual opera de pleno derecho.

1. Contexto general de los contratos de adhesión

La Teoría General de los Contratos ha definido al contrato como aquel acuerdo de voluntades entre dos o más personas naturales o jurídicas, por medio del cual las partes consienten en crear, modificar o extinguir obligaciones, de acuerdo a las estipulaciones mutuamente pactadas y aceptadas. Sin embargo, en la medida en que las dinámicas sociales evolucionan, el derecho se transforma para responder a las necesidades jurídicas de las relaciones negócias y en ese sentido la noción clásica de contrato, que contenía como elemento esencial de su naturaleza el común acuerdo de las partes, ha derivado en la aceptación de unas condiciones, no necesariamente discutidas, impuestas por quien ejerce el poder de negociación en la relación contractual, limitando o restringiendo las condiciones del acuerdo de voluntades¹.

En tal sentido, se ha aceptado que además de los contratos de libre discusión existen los denominados contratos de adhesión, los cuales responden a las novedosas necesidades jurídicas que plantean las dinámicas del mercado, en marco de los cuales la autonomía de la voluntad del adherente se limita a decidir sobre su aceptación o rechazo a las cláusulas predispuestas. Sin perjuicio de lo anterior, ha de mencionarse que una parte importante de la doctrina considera que en los contratos de adhesión no existe el elemento volitivo de quien se adhiere. El jurista Guillermo Ospina Fernández, aduce que los contratos por adhesión son un acto jurídico unilateral en que *“el único y verdadero agente” generalmente una poderosa empresa, al emitir una “voluntad reglamentaria”, impone su decisión a otra persona que, por consiguiente, solo desempeña un papel pasivo en la operación*².

Para efectos de este escrito, consideramos que el acuerdo de voluntades en el que se enmarca la negociación de los contratos de libre discusión, no se encuentra relegada en los contratos de adhesión puesto que el adherente acepta, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, hacerse parte del contrato asumiendo las condiciones generales planteadas por el predisponente. Es decir, consideramos relevante reconocer que el adherente, en un mercado de libre competencia, voluntariamente decide hacerse parte de determinado contrato aun cuando sus condiciones no

¹ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Séptima edición.

² OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Séptima edición.

puedan ser objeto de negociación, lo cual resulta contrario al hecho de concebir los contratos por adhesión como actos jurídicos unilaterales.

Debe resaltarse que la noción de los contratos de adhesión en realidad no es nueva, por el contrario, sus primeras apariciones en la ciencia jurídica le son atribuidas al jurista francés Raymond Saleilles, quién desde inicios del siglo XX advirtió el surgimiento de este tipo de acuerdos predispuestos³ como consecuencia de la producción en masa y la libre competencia.

En nuestro ordenamiento jurídico la definición del contrato de adhesión ha sido incorporada a través de normas especiales que regulan sectores de la economía de interés público, tales como la ley 1328 de 2009, por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones, y la ley 1480 de 2011, por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.

La realidad jurídica ha hecho de los contratos de adhesión una herramienta útil para el mercado debido a las ventajas que su implementación representa, dentro de las que destacamos las siguientes:

- Disminución de costos de transacción: con la adopción de contratos definidos que atienden a mercados estructurados por las empresas, las condiciones generales determinadas por quienes, en principio, son profesionales y conocedores de los criterios técnicos y jurídicos que deben ser adecuados e incorporados en las estipulaciones que regirán la relación contractual, conlleva a que la parte adherente no requiera incurrir en los costos que atañen a la etapa precontractual o negocial, exigiendo un due diligence o debida diligencia menor por parte de éste.
- Agilidad y practicidad: Es dable entender que la parte oferente predisponga las condiciones generales del negocio, en la medida en que, conoce el mercado y es quien asume la mayoría de las prestaciones derivadas de la relación contractual optando por adecuar los términos con el fin de garantizar un resultado favorable para sí y para su contraparte, siempre que se contemple que en todo acuerdo de voluntades debe prevalecer la buena fe contractual.

³ ARAGONESES, Alfons. “Au-delà du code civil mais par le code civil”. Raymond Saleilles (1855-1912) y la lucha por el derecho comparado, tesis 2006, Universidad de Gerona.

- Información idónea: Quizás con el carácter profesional que califica a quien en los contratos de adhesión determina las condiciones generales de la relación contractual, se destaca el acceso a la información como una ventaja con la que cuenta el adherente, pues en desarrollo de un negocio del cual el profesional es conocedor por su experticia, este activo representa suma importancia en la negociación, dado que al adherente le debe ser suministrada la información básica requerida para que éste decida aceptar o no las condiciones del contrato, información que no necesariamente conoce de manera previa.

La tendencia creciente a utilizar contratos de adhesión, entendidos como aquellos en que una de las partes define las condiciones de la relación jurídica dejando a la otra solo la posibilidad de decidir si se adhiere o no a las condiciones planteadas, generó un reto regulatorio al estado en la medida en que, aceptada esta modalidad de contratación, surgieron abusos en el ejercicio de los derechos, derivados de la posición de dominio de que goza el predisponente.

Las preformas diseñadas por las grandes empresas para materializar la contratación de bienes y servicios empezaron a incluir cláusulas mediante las que se rompe de manera injustificada el equilibrio natural que debe existir entre las prestaciones y las cargas que asumen las partes, y es a partir de esta realidad que se incorporan al ordenamiento jurídico las nociones de prácticas y cláusulas abusivas.

Los conceptos aludidos se abordan desde dos perspectivas diferentes. La primera es la perspectiva del consumidor, para quien el legislador ha dispuesto un régimen normativo especial de protección, y la segunda tiene que ver con la protección que se brinda a quienes sin tener la calidad de consumidores se involucran en relaciones contractuales asimétricas que afectan de manera injustificada sus intereses; pues si bien los contratos de adhesión son normalmente usados en relaciones de consumo, esto no es óbice para que en relaciones asimétricas de otra naturaleza quien ejerce el poder de negociación incluya en el tenor del contrato cláusulas frente a las que la otra parte no tiene una real posibilidad de rechazo o discusión, ejemplo de esta situación son los contratos de suministro.

La materialización del desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes del contrato fue el origen de la regulación normativa sobre cláusulas abusivas, las cuales se concretan en el establecimiento de condiciones excesivamente favorables para el predisponente ocasionando detrimento de los intereses de la parte débil de la relación contractual.

Es claro entonces que así como los contratos de adhesión no atañen per se un ejercicio abusivo de derechos mediante la inclusión de cláusulas abusivas, tampoco estas son exclusivas de este tipo de contratación pues como se ha mencionado es posible que en marco de un contrato de libre discusión quien ejerce el poder de negociación imponga condiciones que la contraparte no tiene verdadera posibilidad de discutir.

2. Sistemas de regulación y evolución del concepto de las cláusulas abusivas

Reconocido el desequilibrio contractual en detrimento de los intereses de la parte débil de la relación, el Estado en un muy atinado intento por garantizar la libertad de empresa y al mismo tiempo proteger la igualdad material, intervino las relaciones contractuales mediante el establecimiento de normas que regulan y sancionan la inclusión de cláusulas de contenido abusivo. Estas normas se incorporaron dentro del ordenamiento jurídico colombiano mediante dos sistemas de regulación a saber:

- **Cláusula General o Teoría de las Cláusulas Abusivas:** Este sistema de regulación parte de delimitar los elementos constitutivos de una cláusula abusiva, es decir que incluye en la legislación una noción general de lo que se considera es una cláusula abusiva, para ofrecer elementos de juicio que permitan valorar caso a caso el contenido de las cláusulas que se incluyen en los contratos y decidir sobre su naturaleza abusiva o no. En relación con este sistema de regulación el jurista Camilo Posada señala en su escrito “Cláusulas abusivas en los Contratos de adhesión en el Derecho Colombiano” que *“la jurisprudencia y la doctrina han extendido la aplicación de la teoría de las cláusulas abusivas tanto a los contratos negociales como a los contratos de adhesión, caso en el cual el juez deberá realizar un análisis de las circunstancias en que fue celebrado el contrato y de la manera como ha sido ejecutado para determinar si existe o no en su contenido una cláusula abusiva o vejatoria, y de existir, su sanción será la nulidad”*.

Tiene sus antecedentes en la Revolución Industrial, cuando los empresarios empezaron a elaborar contratos con contenidos uniformes que no admitían discusión, conocidos como contratos de adhesión, a partir de los cuales se generaron condiciones abusivas al limitar o

excluir su responsabilidad; es aquí en donde nace la teoría de las cláusulas abusivas que, fundamentándose en el principio de buena fe, propende por equilibrar las relaciones contractuales y evitar la inclusión de cláusulas que sólo generan beneficios jurídicos y económicos al patrimonio de una de las partes en detrimento de los intereses de su contraparte.

- Sistema de Listas: Este sistema consiste en incluir en el ordenamiento jurídico, con fundamento en las reglas de la experiencia decantadas por jurisprudentes y doctrinantes, listados específicos que describen contenidos calificados previamente como abusivos de modo que no será necesario en todos los casos acudir a la autoridad competente para que se manifieste sobre el carácter abusivo o no, sino que puede analizarse concretamente la situación y advertirse que se trata de una cláusula de contenido abusivo si se enmarca en alguna de las situaciones fácticas descritas en la norma. La doctrina colombiana ha categorizado dentro de este sistema de regulación dos tipos de listas⁴.

La primera es la denominada lista negra, la cual incluye descripciones claras y certeras sin admitir interpretación de los contenidos que se consideran abusivos en una cláusula. La segunda, conocida como lista gris incluye expresiones genéricas como “plazos excesivamente largos” que deben ser valoradas en la situación fáctica concreta para definir sobre su naturaleza abusiva.

Es importante destacar que en Colombia el legislador ha acudido a los dos sistemas de regulación. Por ejemplo en la ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, se combinan la Cláusula general y el sistema de listas; en el artículo 42 encontramos la primera así: *“Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afectan el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza...”* Por otra parte en el artículo 43, se incorpora una lista con catorce situaciones que derivan en cláusulas abusivas en caso de ser incluidas en los contratos.

Ahora bien, respecto de la evolución del concepto de cláusulas abusivas destaca que en el país la inclusión normativa del mismo ha sido tardía, apareciendo de manera expresa hasta el año 2009

⁴ Camilo Andrés Rodríguez Yong. Una aproximación a las Cláusulas abusivas. Pág. 79 a 86. Ed., LEGIS. (2013).

con la expedición de la Ley 1328, pese a que la jurisprudencia y la doctrina venían desarrollando el concepto desde la primera mitad del siglo XX a partir de un ejercicio interpretativo de los principios constitucionales como el de buena fe y el de no abuso del derecho. Es así como podemos aludir a las sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia del 21 de febrero de 1938 y del 24 de marzo de 1939, mediante las que el Tribunal analizó la figura de abuso del derecho como fundamento para controlar las cláusulas abusivas⁵.

A nivel normativo se tiene como primera referencia la Ley 142 de 1994, que establece el Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios, la cual pese a no referirse puntualmente a la expresión cláusulas abusivas consagra en su artículo 133 una presunción de abuso de la posición de dominio siempre que se incluya en los contratos una de las 26 cláusulas que enumera. Seguida de esta norma encontramos la Ley 1328 de 2009, Estatuto del Sistema Financiero, de Seguros y del Mercado de Valores, que por primera vez alude específicamente a las cláusulas abusivas prohibiendo a las entidades vigiladas convenir cláusulas que afecten el equilibrio del contrato (Art. 7 literal e) e incluyendo un capítulo denominado Cláusulas y Prácticas Abusivas (Art. 11 y 12), en el que ofrece un listado de las mismas y reitera la prohibición de incluirlas en las estipulaciones contractuales. Finalmente la referencia legal más concreta y novedosa en la materia es la que incorpora al ordenamiento jurídico el Estatuto del consumidor (Ley 1480 de 2011) el cual como fue mencionado acude a los dos sistemas de regulación – Cláusula general (Art. 42) y listas (Art.43)- e incorpora como un derecho del consumidor, ser protegido de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (Art. 3 numeral 1.6).

3. Desarrollo de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión del régimen general

Si bien es cierto que los contratos de adhesión se vinculan de manera generalizada con las relaciones de consumo (Régimen especial), no puede desconocerse que también son utilizados en relaciones de diversa naturaleza como la que se presenta entre los empresarios al suscribir contratos

⁵ Gustavo Valbuena Quiñones. Reflexiones sobre el tratamiento de cláusulas abusivas en Colombia. Perspectivas del Derecho del Consumo. Pág. 391 a 433. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2013).

de suministro entre otros. Y es que la tendencia a enmarcar las relaciones contractuales a condiciones planteadas unilateralmente por quien ejerce el poder en la negociación es creciente debido a que las dinámicas del mercado imponen la necesidad de realizar operaciones cada vez más ágiles. Las cláusulas abusivas obedecen entonces al ejercicio abusivo del derecho de quien, en una negociación, ostenta una posición jurídica o económica más fuerte pudiendo disponer del clausulado que regirá la relación contractual.

Ahora bien, en el mismo sentido encontramos que aunque el vasto desarrollo normativo relaciona el concepto de cláusulas abusivas a los contratos de naturaleza adhesiva también pueden incorporarse en los contratos de libre discusión, cuya característica principal es la negociación bilateral, cláusulas de contenido abusivo en detrimento de los intereses de la parte débil de la relación. *“El debate doctrinal colombiano surgido en torno al tema del ámbito de aplicación del control sobre cláusulas abusivas plantea que : 1) estas no se dan exclusivamente en los contratos de adhesión, pero en ellas se da una mayor posibilidad de presencia; 2) las cláusulas abusivas se pueden presentar tanto frente a un adherente que, a su vez, tenga el carácter de consumidor, como frente a un adherente que no sea tal, y en ambos casos amerita protección por parte del ordenamiento jurídico...”*⁶

Por lo expuesto, debe destacarse que las partes de un contrato encuentran protección contra la inclusión contractual de cláusulas abusivas desde la teoría general de los contratos, la cual propende por restablecer el equilibrio de la relación contractual a través de la aplicación de los principios generales del derecho y las normas de interpretación contractual. En ese sentido a manera de ilustración recordamos como la ley civil en materia de interpretación de los contratos ha previsto que, en caso de ambigüedad, las condiciones serán interpretadas en contra de quien unilateralmente las ha predispuesto⁷.

La discusión sobre la protección generalizada que ha de brindarse en materia de cláusulas abusivas encontró solución en el análisis jurídico liderado por los jueces y magistrados de altas cortes, quienes sobre el particular han tendido a amparar los principios de buena fe contractual, honestidad y lealtad, y en la labor de hermenéutica de las condiciones contractuales con el propósito de producir efectos equilibrados y justos entre las partes.

⁶ Ibídem. Pág. 413

⁷ Artículo 1624 del Código Civil.

3.1 Régimen normativo aplicable

Entendemos que en tratándose de relaciones contractuales en las que ninguna de las partes tiene el carácter de consumidor, cuyo dinamismo no está regulado de manera específica por normas de carácter especial en lo que atañe a la inclusión de cláusulas abusivas, el análisis de la inserción de estas al tenor de los contratos debe realizarse a partir de las normas constitucionales en armonía con la totalidad del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que en torno al tema se ha desarrollado.

En ese sentido si bien el legislador solo ha previsto de manera particular el tratamiento legal a que debe someterse la inclusión de cláusulas abusivas en relaciones contractuales de consumo (sector económico que se vale por regla general de las contratos de adhesión), esto no significa que en relaciones de diversa naturaleza, donde por ejemplo las dos partes del contrato sean empresarios, haya total ausencia de comportamientos abusivos, que pueden materializarse en la inclusión de cláusulas abusivas, derivados de aspectos tales como el poder de negociación en virtud del cual es factible que la parte dominante abusando de su derecho afecte de manera negativa el equilibrio de la relación contractual.

Ante este panorama y considerando la falta de legislación específica, corresponderá a los Jueces de la República analizar las situaciones fácticas concretas caso a caso, con el fin de decidir si a la luz de los principios constitucionales y legales la cláusula analizada es o no de naturaleza abusiva imponiendo la sanción jurídica pertinente.

La labor de análisis judicial deberá atender entre otros postulados a los siguientes principios:

- Autonomía de la voluntad: La carta constitucional reconoce, en su artículo 333, la libertad en la actividad económica y la iniciativa privada pero impone como límite a su ejercicio, el bien común. Al respecto la Corte Constitucional aclaró que este principio “*no se concibe como un simple poder subjetivo de autorregulación de los intereses privados, sino como el medio efectivo para realizar los fines correctores del Estado social, a través del mejoramiento de la dinámica propia del mercado*”⁸ razón por la que corresponde al estado

⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-186 de 2011 (M. P. Sierra Porto Humberto Antonio: marzo 16 de 2011)

intervenir para garantizar el equilibrio de los intereses de las partes, evitando el ejercicio abusivo de derechos.

- Igualdad: El constituyente de 1991 impuso al estado, mediante el artículo 13 de la carta política, el deber de adoptar las medidas necesarias para que este principio se materialice de manera real y efectiva. El desarrollo legal de las cláusulas abusivas es una de esas medidas de las que se vale el estado para evitar desequilibrios injustificados en las relaciones contractuales.
- Buena Fe: Si bien este principio adquirió rango constitucional a través de lo estipulado en el artículo 83 de la carta política de 1991, la legislación colombiana previó el deber de ejecutar los contratos de buena fe desde la expedición del Código Civil (Art. 1603), principio que además fue incluido en el Código de Comercio mediante el artículo 871 dejando claro que la obligación de actuar de buena fe en las relaciones contractuales trasciende al campo mercantil.

Los principios aludidos deberán ser analizados de manera sistemática con los desarrollos jurisprudenciales, los conceptos jurídicos incluidos en la legislación nacional como el abuso del derecho (el artículo 95 de la Constitución Política consagra el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios) y la posición dominante, y las reglas de interpretación, propendiendo siempre por mantener el equilibrio de los intereses de las partes intervinientes en las relaciones contractuales.

3.2 Autoridad competente para conocer de controversias sobre cláusulas abusivas

Tal como hemos aludido en el apartado anterior, si bien no existen normas que regulen de manera específica el tratamiento que debe darse a las cláusulas abusivas en los contratos, de adhesión o no, celebrados en relaciones diversas a las de consumo, ello no es óbice para que el estado intervenga en salvaguarda de los intereses de los involucrados propendiendo por mantener el equilibrio en las cargas que asumen las partes. Esta labor es llevada a cabo a través de los operadores de la rama judicial quienes, de conformidad con las reglas generales de competencia, deberán avocar conocimiento de los litigios que versen sobre la naturaleza abusiva de las cláusulas incluidas en los diferentes contratos.

En ese sentido son los Jueces de la República, los Tribunales Judiciales y las Altas Cortes, las autoridades competentes para decidir sobre la naturaleza abusiva de las cláusulas y declarar en los casos en que resulte pertinente la nulidad de las mismas.

Adicionalmente, si las partes han incluido en el contrato una cláusula compromisoria o si con posterioridad se comprometen a someterse a la justicia arbitral, el control judicial de las cláusulas abusivas también podrá ser ejercido por los tribunales de arbitramento.

3.3 Efectos Jurídicos de la Inclusión de Cláusulas Abusivas

Toda vez que como hemos señalado el legislador no ha previsto normas específicas que regulen el asunto de las cláusulas abusivas en relaciones diferentes al consumo, pero considerando que estas se dan dentro de la órbita del abuso del derecho, es necesario acudir a los principios generales y las reglas de interpretación contractual para corregir el desequilibrio que eventualmente se presenta en la contratación.

En ese orden de ideas quien, sin ostentar la calidad de consumidor, vea menoscabados sus intereses en virtud del clausulado de un contrato que le ha sido de alguna manera impuesto por su situación de debilidad en la negociación, tiene la opción jurídica de acudir a los Jueces de la República alegando que el contenido de la cláusula o cláusulas específicas es ilícito por contrariar las normas de derecho público (Art. 1519 Código Civil) relativas al principio general de buena fe y el deber constitucional de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (Art. 95 Constitución Política de Colombia).

Entendemos entonces que la inclusión de cláusulas de contenido abusivo en los contratos suscritos entre comerciantes, o sujetos no calificados para aplicar el régimen normativo de protección al consumidor, devendrá en la sanción jurídica de nulidad dispuesta en el artículo 1741 del Código Civil para los actos con objeto o causa ilícita.

La sanción aludida implica de conformidad con el artículo 1742 la necesidad de acudir a los jueces de la república para que, una vez juzgada la situación, se manifiesten sobre la naturaleza abusiva de la cláusula y declaren la nulidad de la misma.

4. Desarrollo de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión del régimen especial

Los contratos de adhesión se relacionan con la actividad económica del consumo en razón a que los grandes oferentes de bienes y servicios definen de manera previa y general las condiciones en que venderán su portafolio, estableciendo contratos preforma respecto de los cuales el consumidor, una vez ilustrado sobre su contenido, solo puede expresar la voluntad de acoger o rechazar la totalidad de las condiciones planteadas.

La situación descrita derivó en que el legislador, a través de la promulgación de normas específicas de protección, gestara el régimen especial de regulación de cláusulas abusivas el cual está compuesto por la diversidad de reglas jurídicas que se han promulgado con el propósito particular de proteger los intereses de los consumidores. En este orden de ideas es claro que el régimen especial tiene su aplicación en un sujeto calificado que es el consumidor con independencia de la naturaleza de bienes o servicios que se transen.

El régimen especial de regulación permite destacar cuatro tipos de consumidores así: 1.) El consumidor de servicios públicos domiciliarios, 2.) El consumidor de la actividad financiera, aseguradora y del mercado de valores, 3.) el consumidor de servicios de comunicaciones y 4.) El consumidor de bienes o servicios de naturaleza distinta a las expresadas.

Cada una de las normas expedidas para compensar la asimetría de la relación que se presenta entre consumidores y empresarios ha realizado una aproximación diferente a las cláusulas abusivas, tal como se mencionó en el numeral 2 de este texto, permitiendo que en conjunto se haya logrado evolucionar al punto de contar en la actualidad con un desarrollo normativo que ofrece mayores garantías a los intereses de los consumidores, pues si bien no se tiene aún una regulación suficientemente asertiva y sistematizada el consumidor puede encontrar en diversas referencias normativas herramientas necesarias para proteger sus intereses en contra de los abusos de quien ejerce la posición dominante en las relaciones contractuales que entabla.

4.1 El régimen normativo aplicable

En marco del régimen especial se encuentran diversas normas regulatorias de las cláusulas abusivas dependiendo de la naturaleza de la actividad económica en que se presenta el negociación

de consumo. Así al desaparecer las estructuras tradicionales de negociación en las cuáles prevalecía la libertad y la igualdad contractual, y dar paso al tráfico en masa en donde prima un esquema predeterminado en el que no existe negociación, que se conoce como contrato de adhesión, el legislador con el fin de proteger los intereses de los consumidores, abocados a aceptar las cláusulas impuestas por el empresario, y de darle prevalencia al contrato, ha regulado las relaciones asimétricas que pueden derivar en abuso del derecho a través de la inclusión de cláusulas abusivas.

Los principales referentes normativos sobre la materia son la Ley 142 de 1991, mediante la que se protegen los intereses del consumidor de servicios públicos domiciliarios, la Ley 1328 de 2009, mediante la que se implementó un régimen que tiene por objeto establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera y buscó la forma de excluir en éste tipo de relaciones, las cláusulas o estipulaciones que eran consideradas abusivas y que generan desequilibrio contractual, y la Ley 1480 de 2011, a través de la que se buscó proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de todos los consumidores como será analizado en las siguientes líneas.

Ha de señalarse que las normas aludidas no constituyen regímenes contradictorios sino coincidentes y complementarios, pues el espíritu de cada una de ellas atiende a ofrecer protección reforzada a los derechos de los consumidores en las relaciones contractuales asimétricas.

4.1.1 Consumidor General

Los antecedentes normativos de protección al consumidor los encontramos en: a.) el acto legislativo 1 del 11 de Diciembre de 1968 - fue la primera vez que en nuestro ordenamiento se consagró algún tratamiento de los derechos del consumidor dentro de los deberes del Estado, b.) la ley 73 del 3 de Diciembre de 1981 - consagró facultades al Estado para que regulara las relaciones de distribución de bienes y servicios en defensa del consumidor, c.) Decreto 3466 de 1982 - el cual buscó brindar protección a los consumidores al establecer normas relativas a la idoneidad, las garantías, la fijación pública de precios de bienes y servicios y la responsabilidad de los productores, expendedores y proveedores entre otras regulaciones, d.) la Constitución de 1991, con un mercado diferente en el cual prevalecía la masificación, las integraciones

empresariales, la globalización de la economía, surgió la necesidad de articular la relación existente entre consumidor, productor y proveedor, y generar un Estatuto en donde concurrieran mecanismos efectivos para proteger los derechos de los consumidores, y e.) la ley 1480 de 2011, por medio del cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones, *“con el confesado propósito de proteger, promover y garantizar la materialización y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores.”*⁹

Esta última norma constituye en la actualidad el marco general de protección al consumidor pues su carácter suplementario, aludido en el artículo 2, nos indica que sus preceptos deberán ser aplicados sin distinción a los consumidores de todos los sectores de la economía para los que no existan regulaciones especiales. El estatuto del Consumidor integra los dos sistemas de regulación sobre cláusulas abusivas incorporando en su contenido una cláusula general sobre el concepto y tratamiento -ineficacia- que debe darse a las cláusulas de esta naturaleza (el artículo 42 reza *“Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza...”*); y adicionalmente en el artículo 43 establece una lista con catorce cláusulas que se consideran abusivas, respecto de las cuáles contempla como sanción la ineficacia de pleno derecho.

4.1.2 Consumidor en materia financiera, aseguradora y del mercado de valores

Por sus especiales características, derivadas de la complejidad de los productos del mercado financiero, asegurador y de mercado de valores, y especialmente por el claro desequilibrio económico existente entre el consumidor financiero y su contraparte, el legislador creó un régimen particular consagrado en la ley 1328 de 2009, *“ley en la que se habla específicamente del “consumidor financiero”, entendiendo éste último como toda persona que sea consumidor en el*

⁹ Orlando García Quintero. *Defensas administrativas y Judiciales del Consumidor: del Decreto 3466 de 1982 a la Ley 1480 de 2011*. Revista E-Mercatoria Vol. 13. 2014. At 96.

sistema financiero, asegurador y del mercado de valores y del llamado “cliente potencial” como sujetos que deben ser protegidos por el régimen de protección al consumidor”¹⁰.

Con referencia al tema de nuestro interés, éste régimen especial consagra en su Capítulo V un listado de cláusulas y prácticas abusivas previendo que en caso de ser incorporadas en un contrato se entenderán por no escritas o sin efectos para el consumidor financiero. Así mismo destaca que en el literal d del artículo 12 se dispuso considerar como prácticas abusivas las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia, facultando así a éste ente administrativo para complementar mediante el sistema de listas las conductas consideradas abusivas por el legislador, las cuales se sancionaran también con ineficacia. Precisamente en razón a esta atribución que la Superintendencia Financiera de Colombia ha expedido las circulares externas a que nos referiremos en el numeral 5.2 de este artículo.

Es dable afirmar que en lo atinente a las relaciones trabadas entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas existe un régimen específico de aplicación preferente, de ahí que la regulación general solo será aplicable de manera supletoria o residual en aquellos eventos en que la normativa especial no regule un determinado tema¹¹.

4.1.3 Otros consumidores

Existen otras normas que se armonizan con las ya mencionadas y que atañen a la protección de consumidores de diferente naturaleza como son los del mercado de los servicios públicos domiciliarios y los de servicios de comunicaciones. En ese orden de ideas el régimen especial se complementa con las siguientes reglamentaciones:

- La Ley 142 de 1994 consagra el régimen para los consumidores de servicios públicos domiciliarios, introduce el concepto de posición dominante y de prácticas abusivas para éste tipo de contratos, y en su art. 133, establece una lista de 26 conductas que se presumen abusivas si son aplicadas en contratos de servicios públicos domiciliarios cuya consecuencia será la nulidad.

¹⁰ Jaime Alberto Arrubla Paucar. Contratos Mercantiles – Contratos Atípicos. Pág. 90. Ed., Legis. (2015).

¹¹ Concepto 2013008465 – 008 del 8 de Julio de 2013 – Superintendencia Financiera

- La ley 1341 de 2009 definió conceptos sobre la sociedad de la información, la organización de las tecnologías de la información y las Comunicaciones -TIC – y estableció particularmente que en materia de protección al consumidor el régimen jurídico aplicable se constituye de la regulación que en la materia expida la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) en complemento con el régimen general de protección al consumidor¹² -Ley 1480 de 2011. En virtud de la mencionada atribución, la CRC expidió la Resolución 3066 de 2011 estableciendo en su artículo 14, 11 cláusulas de uso prohibido en la contratación de servicios de comunicaciones, que en caso de ser incluidas no surtirán efectos jurídicos y se tendrán por no escritas.

4.2 Autoridad competente para conocer de controversias sobre cláusulas abusivas.

El control judicial sobre las cláusulas abusivas incluidas en los contratos de adhesión, formulados para regir las relaciones de consumo, puede ser ejercido por la rama judicial, de conformidad con la naturaleza de sus atribuciones, o por la rama ejecutiva del poder público, a través de las entidades que han sido investidas por ley de funciones jurisdiccionales para efectos de este control. De esta manera la competencia recae en una de las siguientes autoridades:

- Superintendencia Financiera: Con la expedición de la Ley 1480 de 2011 se le otorgó competencia para resolver con las facultades propias de un juez, las controversias que surjan entre los consumidores financieros y sus entidades vigiladas, relacionadas con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que se asuman con ocasión, entre otras, de la actividad financiera, bursátil y aseguradora¹³.
- Superintendencia de Industria y Comercio: En virtud del art. 58 de la ley 1480 de 2011, ésta Superintendencia conocerá a prevención de los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía.
- Jueces de la República: Del contenido del articulado del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011 artículos 57 y 58) se concluye que si bien la Ley otorgó facultades

¹² Ley 1341 de 2009. Artículo 53

¹³ Ley 1480 de 2011, Artículo 57

jurisdiccionales a las entidades aludidas, dichas facultades se ejercen a prevención, es decir que los jueces mantienen la competencia para conocer sobre las controversias surgidas con relación al carácter abusivo de las cláusulas incluidas en el tenor de los contratos, de manera que será el actor, mediante el ejercicio de la libertad que por ley se le concede, quien defina la autoridad que conocerá del asunto, de conformidad con la naturaleza del mismo y de la contraparte.

Adicionalmente las altas cortes realizan una función complementaria mediante la interpretación de los contratos suscritos por las partes a la luz de los principios de buena fe, igualdad, lealtad, probidad, libertad y la defensa de la propiedad privada entre otros, con el fin de generar equilibrio contractual. Así la Corte Suprema de Justicia, como juez de instancia superior, busca restablecer el equilibrio contractual sancionando la inclusión de cláusulas abusivas, y la Corte Constitucional garantiza que los términos de las relaciones contractuales respeten las garantías constitucionales realizando aportes significativos a la jurisprudencia, tal como se evidencia en el fallo de tutela No 240 de 2016, mediante el que determinó una serie de responsabilidades que deben asumir las compañías que prestan servicios financieros, de seguros y del mercado de valores y reiteró la prohibición de cláusulas abusivas en éste tipo de contratos.

4.3 Efectos Jurídicos de la Inclusión de Cláusulas Abusivas

En éste escrito hemos afirmado que en virtud de la necesidad de crear un régimen especial para atenuar el desequilibrio existente entre los consumidores y su contraparte, el legislador expide la normatividad especializada en proteger los intereses de los consumidores con la intención de consagrar los principios y reglas que rigen sus relaciones negócias. Dentro de estas reglas, de las que destacan la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1480 de 2011, se ha establecido la prohibición de utilizar cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores previendo como sanción por su uso la ineficacia de pleno derecho. Sin embargo, otras normas de protección a los consumidores como la Ley 142 de 1994, en la primera aproximación que se hace al tema, establecen como sanción jurídica a la inclusión de cláusulas prohibidas la nulidad.

Sin perjuicio de lo anterior, de manera reciente se ha entendido que con el fin de proteger la dignidad del consumidor, de resaltar la aplicación de los principios de buena fe, transparencia,

responsabilidad, información adecuada y de equilibrar las relaciones entre productores y consumidores, el Estatuto del Consumidor constituye punto cardinal en el ejercicio de la protección al consumidor orientando al juzgador para que realice un análisis completo del contrato pues “*el juzgador además de las normas jurídicas que gobiernan la disciplina general del contrato, deberá aplicar las directrices legislativas especiales en la formación, celebración, contenido, interpretación, ejecución o desarrollo y terminación de los contratos con el consumidor, para verificar su conformidad o disparidad con el ordenamiento y, en particular, el ejercicio de poder dominante contractual o la existencia de cláusulas abusivas, o sea, todas aquellas que aun negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos*”¹⁴

El Estatuto del Consumidor -Ley 1480 de 2011- consagra en sus artículos 42 y 43 que la sanción por incluir cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores será la ineficacia de pleno derecho pese a que con posterioridad en el artículo 44, relativo a los efectos jurídicos, menciona que “*la nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces*”. (Subrayado fuera del texto original)

Del texto mencionado es relevante destacar que 1.) El legislador en virtud de la aplicación del principio de conservación del contrato prevé que “*sólo se borra aquella parte del acto dispositivo que contraviene el ordenamiento y nunca destruye en su totalidad lo restante*”¹⁵, y 2.) Genera confusión al aludir de manera indiscriminada la nulidad y la ineficacia. En las líneas subsiguientes analizaremos este segundo punto.

4.3.1 Ineficacia

Esta sanción jurídica solo procede cuando se encuentre expresamente señalada en la ley.

¹⁴ José Félix Chamie. *Principios Derechos y Deberes en el Derecho Colombiano de Protección al Consumidor*. Revista de Derecho Privado Volumen 24. 2013. At. 128.

¹⁵ Concepto Radicado 14-000375-00001-0000 (Superintendencia de Industria y Comercio). Por medio del cual se establece qué se debe entender por cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho. Febrero 14 de 2014.

En ese orden de ideas, si la relación contractual que se está valorando inmiscuye a un consumidor financiero, entendiendo éste como toda persona que sea consumidor en el sistema financiero, asegurador y del mercado de valores, deberá aplicarse el artículo 11 de la ley 1328 de 2009 el cual señala que *“cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero”*. Según como lo afirma el autor José Félix Chamie en su artículo Principios, Derechos y Deberes en el Derecho Colombiano de Protección al Consumidor *“en materia de cláusulas abusivas se habla de ineficacia de las mismas en cuanto extrañas al contrato; la cláusula abusiva no tiene efecto y por ello no hace parte de las condiciones generales. Es ineficaz de pleno derecho y por lo mismo, según la doctrina y también las disposiciones del ordenamiento jurídico, no produce efecto alguno, carece de toda eficacia, se tendrá por no escrita”*¹⁶

Igualmente en tratándose de relaciones con los consumidores regidas por la Ley 1480 de 2011, el legislador previó la ineficacia de pleno derecho como sanción a la inclusión de cláusulas abusivas en el tenor de los contratos (Art. 43).

Ahora bien, es importante considerar que los eventos para los que se ha previsto esta sanción aparecen claramente especificados en las normas, para el caso de la Ley 1328 de 2009 la sanción opera respecto de las cuatro estipulaciones que concretamente se señalan en el artículo 11 y las que ha establecido con posterioridad la Superintendencia Financiera de Colombia a través de circulares externas. Toda vez que esta ley no incorporó elementos de análisis a través de una noción general en caso de que la cláusula que se analiza no se corresponda con las listas mencionadas, deberá buscarse la declaración judicial de nulidad.

Con relación a la Ley 1480 de 2011 entendemos que la ineficacia opera siempre que se estime la naturaleza abusiva de una cláusula pese a que su contenido no se corresponda con alguna de las 14 situaciones descritas en el artículo 43, caso en que el consumidor deberá acudir a la autoridad competente para que reconozca la ineficacia. Este proceder será igualmente necesario en los casos en que, pese a tratarse de una de las situaciones enlistadas no se logre acuerdo entre las partes sobre la valoración que se hace.

Respecto de los otros consumidores para los que existe reglamentación, de servicios públicos domiciliarios y de comunicaciones, aplicará lo previsto por las normas especiales esto es nulidad

¹⁶ José Félix Chamie. Principios Derechos y Deberes en el Derecho Colombiano de Protección al Consumidor. Revista de Derecho Privado Volumen 24. 2013. At. 129.

(requiriendo declaración judicial) en caso de la Ley 142 de 1994 e ineficacia en relación con los usuarios de las comunicaciones (Resolución 3066 de 2011 CRC).

4.3.2 Nulidad

A la luz del derecho del consumidor esta sanción es aplicable en el marco judicial cuando se aleguen contenidos ilícitos en las cláusulas examinadas más no en los eventos en que se refute su carácter abusivo pues como lo previó el legislador en el Estatuto del Consumidor (art. 42), siempre que se incorporen cláusulas de naturaleza abusiva a los contratos con los consumidores operará como sanción la ineficacia de pleno derecho, sin perjuicio de que deba recurrirse a la jurisdicción para que esta se reconozca bien sea porque el carácter abusivo se alegue en virtud de la noción general de cláusulas abusivas o bien porque existe desacuerdo entre las partes sobre el particular. En ese orden de ideas la necesidad de acudir al juez para que reconozca el carácter abusivo de las cláusulas no implica pretender la declaratoria de nulidad de las mismas, pues de manera previa el legislador estableció que la sanción ante la inclusión de cláusulas abusivas en el tenor de los contratos suscritos con los consumidores es la ineficacia. Esto nos pone de presente que son las partes las llamadas a realizar un juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, ya sea a la luz del concepto general o de la lista incluida en el artículo 43 del Estatuto, y solo deberán acudir al juez o a las entidades administrativas investidas de jurisdicción cuando existan desavenencias entre ellas al respecto.

La confusión que se genera con la redacción del artículo 44 del Estatuto, al mencionar como sanción la ineficacia de pleno derecho y la nulidad, se supera al hacer un análisis integral de la norma. En respuesta a la consulta con número de radicado 14-000375-00001-0000 calendada a 14 de febrero de 2014, la Superintendencia de Industria manifestó al respecto que *“a pesar de lo expresado por el artículo 44 del estatuto, la cláusula abusiva debe sancionarse con la ineficacia de pleno derecho. Varios argumentos permiten sustentar dicha posición. Primero, si los artículos 42 y 43 se refieren exclusivamente a esa sanción, es razonable pensar que el legislador no tuvo intención de establecer una sanción de otro tipo. Segundo, el artículo 4 de la mencionada ley señala que sus normas deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor y que, en caso de duda, esta deberá resolverse en favor de este último. Por tanto, si la Ley 1480 de 2011 tiene como objeto la defensa del consumidor, la ineficacia de pleno derecho ofrecería una mayor*

protección a este, pues teóricamente no sería necesario acudir ante las autoridades para que se decretara la invalidez de la cláusula.”

Entendemos entonces que en relaciones de consumo la sanción, por incluir cláusulas abusivas en los contratos, será siempre la ineficacia de pleno derecho, salvo en aquellos eventos en que las normas especiales establezcan circunstancia diferente como es el caso de la Ley 142 de 1994 que consagra expresamente la nulidad.

5. Análisis doctrinal y jurisprudencial de las cláusulas abusivas.

5.1 Superintendencia de Industria y Comercio

En reiterados conceptos la Superintendencia de Industria y Comercio ha acudido a desarrollos doctrinales para abordar el tema de las cláusulas abusivas y de la sanción que la ley prevé ante la inclusión de estas en los contratos de consumo, sean o no considerados de adhesión.

En ese sentido mediante conceptos con radicación No 13-046135- 00003-0000 y No 14-000375-00001-0000 calendados a 2 de mayo de 2013 y 14 de febrero de 2014 respectivamente, la SIC distingue dos categorías de cláusulas abusivas así: a. Cláusulas sorpresa: en razón a que su contenido permite ejecutar el contrato de una manera muy diferente a la que razonablemente el consumidor puede prever y b. Cláusulas de desequilibrio: siendo estas las que favorecen los intereses del predisponente y afectan injustificadamente los intereses del consumidor.

Con relación a la sanción legalmente establecida para los eventos en que se incluyan cláusulas de contenido abusivo en los contratos de consumo, la Superintendencia concluye que si bien el artículo 44 del estatuto del consumidor utiliza análogamente los términos ineficacia y nulidad, sin considerar sus divergencias jurídicas, los artículos que le preceden (42 y 43) son lo suficientemente claros respecto de la intención del legislador de sancionar la inclusión de cláusulas abusivas en los negocios jurídicos con la ineficacia de pleno derecho, resultando esto coherente con el deber de interpretación más favorable para el consumidor, consagrado en el Art. 4 de la misma estatuto mencionado.

Ahora bien, la SIC afirma que si bien no es necesario acudir a ninguna autoridad para que se pronuncie sobre la falta de efectos de las cláusulas abusivas, es potestad del consumidor acudir a

la jurisdicción para que se reconozca judicialmente la ineficacia cuando esto resulte pertinente en virtud de las desavenencias de las partes al respecto.

Así en diferentes situaciones y mediante el ejercicio de la acción de protección al consumidor, la Superintendencia ha declarado el contenido abusivo de las cláusulas y ha reconocido los presupuestos de ineficacia, impartiendo las demás órdenes que de ello se derivan¹⁷.

5.2 Superintendencia Financiera de Colombia.

Como ya lo hemos venido mencionando, a la Superintendencia Financiera le fue delegada la función de revisión y sanción de prácticas y cláusulas abusivas y en cumplimiento de la misma, establece de manera previa y general cláusulas y estipulaciones que han de ser consideradas como abusivas.

Circulares Externas proferidas por la Superintendencia Financiera:

- Circular Externa No. 029 de 2014 numeral 6 del Capítulo I, Título III, Parte I de la Circular Básica Jurídica, Cláusulas y Prácticas Abusivas. El art. 11 de la citada regulación prohíbe expresamente la incorporación de cláusulas o estipulaciones abusivas en los contratos de adhesión que utilicen las entidades vigiladas y el literal e) del mismo artículo le otorga a la SFC la facultad de establecer de manera previa y general cláusulas y estipulaciones que han de ser consideradas como abusivas, finalmente, establece algunos ejemplos de cláusulas, estipulaciones y prácticas que se consideran abusivas
- Circular Externa No. 18 del 26 de Mayo de 2016, tiene por objeto modificar el numeral 6 “Cláusulas y Prácticas Abusivas” del Capítulo I, Título III, Parte I de la Circular Básica Jurídica, atendiendo el mandato legal establecido en la ley 1328 de 2009 y con el propósito de garantizar una adecuada protección a los consumidores financieros, la Superintendencia señala una serie de ejemplos de prácticas, cláusulas y estipulaciones que se consideran abusivas, se habla de cláusulas que impliquen limitación y renuncia de los derechos de los

¹⁷ Proceso Verbal Sumario, Acción de Protección al Consumidor, Radicación No 14-256344, 14 de marzo de 2016 y Proceso Verbal Sumario, Acción de Protección al Consumidor, Radicación No 14-215844, 21 de octubre de 2016

consumidores financieros, por ejemplo las que estipulen que el consumidor no podrá ejercer su derecho de defensa y contradicción.

También se habla de cláusulas que exoneren y atenúen los deberes y responsabilidades de las entidades vigiladas como por ejemplo las que imponen que el consumidor asuma de manera anticipada toda la responsabilidad derivada del uso de los diferentes instrumentos o claves para la realización de operaciones.

Indica aquellas que autoricen a las entidades vigiladas para adoptar decisiones de manera unilateral o le impongan a los consumidores financieros modificaciones u obligaciones adicionales a las inicialmente pactadas en el contrato, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero, dentro de éstas se encuentra las que permiten acelerar de manera automática el plazo de una obligación por el incumplimiento en una de las cuotas, sin haberlo informado al consumidor financiero.

Además establece aquellas cláusulas que afectan el equilibrio contractual o dan lugar a un abuso de posición dominante como las que imponen al consumidor financiero la aceptación de plazos o límites temporales para presentar quejas o reclamos.

Incorpora un listado de prácticas que se consideran abusivas como las ventas atadas, que consisten en el condicionamiento de la entidad vigilada al cliente (si quiere adquirir un producto deberá adquirir otro que le imponen).

Por último en una frase final, deja abierto a que se tengan como cláusulas abusivas todas aquellas conductas que contravengan los supuestos establecidos en la ley o en las circulares de ésta superintendencia que impartan instrucciones sobre la materia.

- Finalmente el 25 de noviembre de 2016, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa No. 48 en la que modificó algunos numerales de la circular precedente. A manera de ilustración mencionaremos algunos ejemplos de las modificaciones surtidas:
 - a. El numeral 6.1.1.7. de la circular 18 disponía considerar como cláusulas abusivas las que establecen el cobro de cuotas de manejo en cuentas de ahorros o corrientes en las que se consignen las mesadas pensionales y/o subsidios periódicos provistos por el Estado. La circular 48 eliminó la expresión subsidios periódicos, lo que supone que si una entidad financiera cobra cuotas de manejo en las cuentas en que se depositan estos recursos provistos por el Estado, no se considera conducta abusiva.

- b. En el numeral 6.1.5.6. de la circular 18, se consideran cláusulas abusivas las que establecen la prórroga o renovación automática de un contrato sin el consentimiento del consumidor financiero, salvo que esta conlleve un beneficio para el consumidor financiero o se le haya dado la oportunidad de aprobar o rechazar con suficiente antelación si se realiza o no la prórroga o renovación. De acuerdo a la modificación que hace la circular 48 respecto de éste numeral, se entiende como abusiva cuando se establece la prórroga o renovación automática de un contrato sin darle la oportunidad al consumidor financiero de aprobar o rechazar con suficiente antelación si se realiza o no la prórroga o renovación.
- c. Refiriéndonos a las prácticas abusivas, el numeral 6.2.2. de la circular 18, indica que una práctica abusiva se da al iniciar o renovar un servicio o un producto sin solicitud o autorización previa expresa del consumidor financiero y/o imponiéndole un plazo para comunicar que no acepta el inicio o renovación del servicio y/o producto.

En la circular 48 se refieren a ésta misma práctica pero eliminando la renovación de un servicio, es decir sólo se considera abusivo cuando la entidad vigilada inicia un servicio o un producto sin solicitud o autorización previa y expresa del consumidor financiero.

Fallos recientes emitidos por la Superintendencia Financiera:

- Fallo No. 2014064218 proferido el 31 de Marzo de 2015

En éste proceso la Superintendencia Financiera decide un asunto de fraude de tarjeta de crédito. El cliente manifiesta que nunca compartió la información referente a su tarjeta y que en el momento en que tuvo conocimiento del fraude presentó la reclamación ante la entidad financiera e instauró denuncia en la Fiscalía, también afirma que la transacción fue hecha internacionalmente, lo que no se corresponde con su perfil transaccional, hecho que no fue tenido en cuenta por la entidad financiera.

La entidad financiera indica que el objeto de la Litis son las transacciones efectuadas a partir del 2 de marzo fecha en que se según afirma el Banco se bloqueó la tarjeta y que en cuánto al hábito

transaccional éste no puede ser tan minucioso pues el cliente compraba con frecuencia tiquetes; en éste caso, el Banco procede a reintegrar el dinero provisionalmente al cliente mientras hace la respectiva investigación con el comercio y una vez el comercio concluyó que las transacciones si fueron realizadas con los datos del cliente, el Banco procede a descontar el dinero que había sido reintegrado.

En el caso en estudio, la Superintendencia Financiera concluye que *“La entidad financiera es quien pone a disposición del tarjetahabiente los medios tecnológicos, bajo condiciones de seguridad, para la disposición del cupo de crédito asignado, por lo que le corresponde acreditar la negligencia o conducta culposa de sus clientes en el uso de su información para la ejecución de esas transacciones. Si en el contrato de apertura de crédito, instrumentalizado a través de tarjeta de crédito, se prevé el reconocimiento del cliente de la totalidad de las operaciones que se realicen con cargo al cupo de su crédito, contando con la información necesaria para producirlas, tal estipulación constituye una cláusula abusiva (de acuerdo al art. 11 de la Ley 1328 de 2009), en la medida que imputa inequívocamente la responsabilidad del consumidor financiero, sin fórmula de juicio y sin posibilidad de controversia, en la veracidad de la ejecución de la totalidad de las operaciones realizadas con cargo a su tarjeta de crédito, y que solo se fundamenta en la validez de los mensajes de datos. En el caso concreto, el aparte contractual limitante de los derechos del consumidor, se tuvo por no escrito, en cuanto a la imputación de responsabilidad se refiere. Y como quiera que, las compras realizadas en establecimiento de comercio objetadas, se encontraban por fuera del perfil transaccional del cliente, en razón a las medidas mínimas de seguridad debió existir el alertamiento de las mismas al demandante y posterior bloqueo del producto, pese a lo cual, no se observó tal conducta por el Banco demandado, por lo que se le ordenó retrotraer al estado en que se encontraba el cupo de endeudamiento de la tarjeta de crédito por las utilidades reclamadas”*

La Superintendencia también sustenta su posición afirmando que el Banco se comportó de manera abusiva al imponerle al cliente que probara que él no había efectuado las transacciones en discusión, pues quien debía desvirtuar tal afirmación era la entidad financiera en virtud del literal c del artículo 12 de la ley 1328 de 2009 *“Se consideran prácticas abusivas por parte de las entidades vigiladas las siguientes: c. La inversión de la carga de la prueba en caso de fraudes en contra de consumidor financiero”*

- Fallo No. 2016024358-003 del 14 de abril de 2016

En este caso se cuestiona a la Superintendencia Financiera respecto de los requisitos que debe cumplir una entidad Bancaria para habilitar a terceros a por su conducto se realice la correspondiente autorización para el pago mediante débito automático de un cliente.

La Superintendencia Financiera aclara que el débito automático *“corresponde a un mecanismo que se utiliza para el pago de servicios que se facturan o causan en forma periódica mediante el descuento del dinero de la cuenta bancaria (ahorros o corriente) o la afectación del cupo de la tarjeta de crédito del deudor y, en esa medida, requiere la autorización por parte de este último (cliente) al establecimiento de crédito, pues implica la disposición de sus recursos”* y que las entidades financieras deben adoptar un Sistema de Administración del Riesgo Operativo – SARO y establecer unos requerimientos mínimos de seguridad y calidad en el manejo de la información a través de los medios y canales de prestación de servicios financieros, que permitan identificar con suficiencia al cliente que otorgó dicha autorización.

Adicionalmente aduce que según la circular básica jurídica (Parte I, Título III, Capítulo I, numeral 6.2.4) *“Cobrar al consumidor financiero por servicios o productos, sin que exista conocimiento previo, autorización o consentimiento de este”* es considerado una práctica abusiva de sus entidades vigiladas.

5.3 Altas Cortes

5.3.1 Corte Suprema de Justicia

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Radicación n.º 6462 de 2002.

Decide la sala recurso de casación interpuesto por INVERSIONES FRANCESITAS LTDA. Contra la sentencia proferida el 25 de octubre de 1996 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali -Sala Civil-en el proceso ordinario por ella adelantado contra LEASING BOLIVAR S.A, a efectos de establecer si en los contratos de leasing son válidas las cláusulas de exoneración de responsabilidad de la compañía de leasing por vicios ocultos y en general por defectos de funcionamiento del bien objeto del negocio jurídico.

La Corte decide no casar la sentencia recurrida fundamentando su decisión en que “...no es posible que el usuario demande la rescisión o la terminación del contrato [de leasing], so capa de que “*el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada*” (art. 1990 C.C.), como tampoco reclamar la reparación de los daños causados por los vicios redhibitorios de la misma (art. 1991 ib.), pretensiones que, así formuladas, resultan extrañas a un acuerdo negocial en el que el bien y el proveedor, fueron seleccionados exclusivamente por el usuario, cumpliendo la compañía de leasing, una simple función de intermediación –lato sensu-, que posibilitó la canalización indirecta de recursos que le permitieran a aquel, procurarse el uso y goce del equipo.”

Con esta decisión es claro que a la luz del régimen general y en consideración de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil, les está permitido a las partes, en desarrollo de la autonomía de la voluntad, modificar la responsabilidad derivada de las obligaciones contractualmente contraídas, siempre que ello no implique renunciar al dolo futuro.

Si bien el desarrollo legislativo con que se contaba para la época de la providencia no hacía referencia puntual al termino cláusulas abusivas, si le permitía al poder judicial ejercer control en las relaciones asimétricas jurídicas, a efectos de controlar que la parte que gozaba de posición de dominio no abusara de la misma en contravía de los intereses de la otra parte. Todo este desarrollo jurisprudencial se basó en los postulados de los principios de igualdad y buena fe.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. MP Jaime Arrubla Paucar, C-1100131030142001-01489-01, 14 de diciembre de 2011.

Se deciden los recursos de casación que interpusieron las partes, respecto de la sentencia de 9 de febrero de 2010, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario promovido por JORGE SAFFÓN SALAZAR, NORA LUCÍA SANÍN POSADA y la CONSTRUCTORA SAFINSA LIMITADA, EN LIQUIDACIÓN, contra BANCAFE S.A., antes CORPORACIÓN CAFETERA DE AHORRO Y VIVIENDA CONCASA.

De los múltiples cargos abordados en la sentencia, destaca en relación con el asunto de interés de este trabajo lo relativo a los contratos de mutuo con entidades financieras, sobre los que la Corte adujo que si bien los mismos no son negociados por las partes en su totalidad, el legislador no ha dejado al arbitrio de la entidad financiera asuntos, regulados

en normas de orden público y por tanto de estricto cumplimiento, que como las tasas de interés o la imputación de abonos puedan generar desequilibrios injustificados en la relación contractual. En el caso sub judice la Corte manifestó que la entidad financiera ajustó en todo su comportamiento a las condiciones pactadas en el contrato de mutuo, salvo lo relacionado con el cobro de papelería, faltando con ello a la ley sustancial que prohíbe expresamente que dicho concepto se cargue como obligación al cliente contratista.

Lo aducido evidencia que consciente de la posición de privilegio de que goza la entidad financiera en la negociación, el legislador tomó medidas para que esta no abuse de su posición de dominio bien sea mediante prácticas abusivas o imponiendo en el texto del convenio cláusulas que resulten de la misma naturaleza, contrariando el deber de buena fe que se impone en el art. 871 del código de comercio. En ese sentido y con el propósito de brindar claridad conceptual respecto de las cláusulas abusivas, la corte afirmó *“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.”*

Pese a lo anterior, la doctrina insiste en que el estatuto del consumidor introdujo significativos avances al ofrecer alguna claridad conceptual sobre las cláusulas abusivas y la sanción jurídica que la inclusión contractual de las mismas amerita, pero que sin embargo se mantiene un vacío jurídico cuando la situación analizada sea del régimen general y no del aplicable a las relaciones de consumo, caso en el que considera pertinente retomar las consideraciones de la corte en esta sentencia siguiendo como pauta general los principios de buena fe e igualdad.¹⁸

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. MP Jesús Vall de Rutén Ruiz, SC1806-2015, Radicación n.º 85001-3189-001-2000-00108-01, 24 de febrero de 2015.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandado Banco de Bogotá S.A. contra la sentencia de 21 de julio de 2010, proferida por la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal (Casanare) en el proceso ordinario

¹⁸ Jaime Arrubla Paucar, “Contratos Mercantiles – Contratos Atípicos”, Octava edición, 2015, Pág. 123

instaurado por Empresa Solidaria de Salud Asociación Mutual Maní Ltda.- E.S.S. Mutual Maní Ltda.

En marco de esta decisión y para delimitar en qué consisten las cláusulas abusivas, la corte retoma la consideración que al respecto hiciera con anterioridad mediante la que puntualizó que “...son *‘características arquetípicas de las cláusulas abusivas –primordialmente-: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes’*” (cas. civ. de 2 de febrero de 2001; exp: 5670)” (Cas. Civ. del 13 de diciembre de 2002, Exp. 6462)¹⁹

Con base en lo expuesto la corte definió que la cláusula impuesta por la entidad financiera, mediante la que pretende imponer el inicio del conteo del término para que el cuentahabiente pueda objetar un extracto, resulta ineficaz por ser abusiva por poner en situación de desventaja al consumidor financiero.

5.3.2 Corte Constitucional

En marco de una acción pública de inconstitucionalidad la Corte profirió Sentencia C-909 de 2012, mediante la que entre otros aspectos analizó si la facultad de calificar y definir cláusulas y prácticas abusivas otorgada por el legislador, a través de lo estipulado en la Ley 1328 de 2009 artículo 11 literal e y artículo 12 literal d, a la Superintendencia Financiera de Colombia desconoce las

¹⁹ Sobre cláusulas abusivas en contratos bancarios, véase Cas. Civ del 4 de julio de 2013, en la que la Sala reprodujo lo que antes había doctrinado: “*Los bancos, es cierto, ejercen una posición dominante en las operaciones activas y pasivas que realizan con los usuarios de sus servicios, la cual se concreta en la hegemonía que pueden ejercer para imponer el contenido del contrato, en la determinación unilateral de su configuración y en la posterior administración de su ejecución, como lo ha señalado esta Corporación. Y esto no puede ser de otra manera, por ser los servicios financieros una actividad que demanda masivamente la población y por lo tanto debe prestarse en forma estandarizada para satisfacer las necesidades de ésta, con la dinámica y agilidad que la vida contemporánea exige (...)* Pero de allí no puede seguirse que la entidad bancaria, prevalida de su posición fuerte en el contrato, no haga honor a la confianza que en ella deposita el usuario y abuse de la posición de privilegio en la convención. De hacerlo, estaría faltando claramente al deber de buena fe que para el momento de perfeccionarse el contrato impone a las partes el artículo 871 del Código Comercio. Precisamente, ese deber, entendido como un comportamiento probo, obliga a quien impone el contenido negocial, mayormente cuando el contrato es por adhesión o estandarizado, a no abusar de su posición dominante, o lo que es lo mismo, a abstenerse de introducir cláusulas abusivas que lo coloque en una situación de privilegio frente al adherente, porque de lo contrario estaría faltando a esa buena fe que le impone el sistema jurídico con las consecuencias legales que ello implica” (sentencia del 14 de diciembre de 2011, exp. 2001-01489)

competencias del poder legislativo resultando contraria a las estipulaciones de la carta política colombiana.

Al respecto la corte expresó en sus consideraciones que en la constitución de 1991 se planteó la necesidad de que el estado interviniera, a través de las diferentes ramas del poder público, en la actividad económica nacional propendiendo por la salvaguarda del interés general. Así, es claro que si bien corresponde al Congreso de la República expedir las leyes, el poder ejecutivo en cabeza del Presidente de la Republica tiene la obligación constitucional de efectuar funciones de inspección, vigilancia y control pudiendo descentralizar, desconcentrar o delegar su cumplimiento en entidades que como las Superintendencias actúan bajo su dirección.

Con el propósito de fundamentar la declaratoria de exequibilidad de la norma acusada, la Corte concluyó en la sentencia citada que “...*resulta claro que los objetivos generales y la estructura orgánica de las superintendencias se fijan directamente por la ley y que, a su turno, el Presidente de la República, teniendo en cuenta tales fines, puede delegar en ellas potestades constitucionales que le son propias, con fundamento en el artículo 211 superior y en la Ley 489 de 1998...*” así como advirtió que “...*la facultad de la Superintendencia es abierta pero determinable, al disponerse que las cláusulas y prácticas abusivas serán establecidas de “manera previa y general”, lo que para la entidad supervisora comporta el deber de dar a conocer a las entidades vigiladas los criterios de definición y calificación escogidos, con el fin de que se adecuen la contratación y las prácticas financieras.*”

6. Comparación entre régimen general con el régimen especial

El ordenamiento jurídico colombiano distingue dos sistemas independientes de aplicación y sanción de las cláusulas abusivas en las relaciones contractuales, los cuales se diferencian con claridad en razón al elemento subjetivo, es decir atendiendo al sujeto a quien se dirige la protección. El régimen general, es aplicable a los negocios jurídicos cuyas partes son empresarios o comerciantes no consumidores y el régimen especial se dispone para garantizar la protección a los consumidores, entendidos estos a la luz de la Ley 1480 de 2011 como las personas naturales o jurídicas, destinatarias finales de un producto o servicio cuando la necesidad que pretenden satisfacer no esté ligada a su actividad económica.

Los dos regímenes encuentran sustento constitucional en el principio de la buena fe (art. 83) y en los postulados del artículo 13 de la carta política mediante el que el constituyente impone al estado el deber de promover condiciones reales y efectivas de igualdad adoptando medidas en favor de quienes se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionando los abusos o maltratos que se comentan. En ese sentido la prohibición legislativa de incluir en las relaciones negócias cláusulas abusivas, que desequilibren jurídicamente la relación, pretende proteger los intereses de la parte débil o adherente.

El régimen general sustenta la protección a través de las normas consagradas en el Código Civil tendientes a regular las relaciones contractuales asimétricas, dentro de las que se destaca el artículo 1624 al consagrar que “*se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor*” y “*las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella*”. En el mismo sentido resaltan los artículos como el 1604 y el 1616 del mismo código, a través de los que se “*...permite a las partes, en desarrollo de su autonomía privada, pactar cláusulas que modifiquen su responsabilidad...*”²⁰ Lo anterior pone de presente que en tratándose del régimen general, corresponde al juez analizar a la luz de las normas de derecho común las particularidades de cada situación con el propósito de definir si el evento analizado supone o no la inclusión de cláusulas vejatorias que por generar desequilibrio injustificado en la relación deban ser sancionadas con la declaración de nulidad.

Ahora bien, tal como se aludió con anterioridad el régimen especial está previsto para aplicación en las relaciones contractuales de consumo, en que se involucren los intereses de los consumidores, razón por la que se fundamenta en diversas normas, según la naturaleza de la relación de que se trate, siendo la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, de aplicación supletiva para las relaciones contractuales que no se encuentren reguladas por norma especial²¹.

En ese sentido el régimen especial se encuentra regulado en las siguientes normas: a. Ley 142 de 1994 cuando se trata de consumidores de servicios públicos domiciliarios, b. Decreto Ley 663 de 1993, Ley 1328 de 2009 y Circulares de la Superintendencia Financiera de Colombia (039 de 2011,

²⁰ 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

²¹ Ley 1480 de 2011, Artículo 2

029 de 2014, 18 de 2016 y 048 de 2016) si se involucran intereses de los consumidores financieros, y c. Ley 1341 de 2009 y Resolución 3066 de 2011, de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, para las relaciones con usuarios de los servicios de comunicaciones.

En la siguiente tabla pueden observarse las diferencias más relevantes en los términos de regulación de cada una de las normas aludidas, donde particularmente resalta que aunque no todas se refieren de manera expresa a la prohibición de incluir cláusulas abusivas en los contratos, si incluyen estipulaciones que propenden por proteger y garantizar el equilibrio jurídico de las relaciones negociales garantizando que la parte dominante o predisponente se abstenga de incluir injustificadamente condiciones que alteren el equilibrio que debe existir entre los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas por las partes.

Tabla 1. Comparativo de leyes del Régimen Especial

NORMA	DEFINICIÓN GENERAL	LISTA NEGRA	SANCIÓN	OBSERVACIÓN
Ley 142 de 1994	No	Art. 34 Conductas prohibidas por ser discriminatorias, abusivas o restrictivas Art. 133 Conductas frente a las que se presume abuso de posición dominante	NULIDAD	El Art. 133 consagra expresamente la sanción de nulidad ante la inclusión de las cláusulas prohibidas. Aunque el Art. 34 no hace mención particular al respecto, se entiende que aplica la misma sanción porque menciona como prácticas discriminatorias las que se enlistan en el art. 133
Ley 1328 de 2009	No	Art. 11 Cláusulas prohibidas por ser consideradas abusivas. Listado complementado por Superintendencia Financiera de Colombia	INEFICACIA	La sanción está prevista en el mismo Art. 11, al establecer que las cláusulas abusivas se entienden sin efectos para el consumidor financiero. En lo relacionado a las prácticas abusivas, el

		mediante circulares externas		legislador facultó a la Superintendencia para establecer la sanción
		Art. 12 Lista de prácticas abusivas		
Resolución 3066 de 2011 CRC	No	Art. 14 Cláusulas prohibidas ser lesivas para el interés del consumidor	INEFICACIA	El art. 14 de la resolución establece que estas cláusulas no producen efectos jurídicos y se tendrán por no escritas. Aunque la Ley 1341 de 2009 no desarrolla las cláusulas abusivas, mediante las estipulaciones de los art. 2, 4 y 53 fija las bases para el desarrollo legal que con posterioridad se realizó mediante la Resolución.
Ley 1480 de 2011	Art. 42	Art. 43	INEFICACIA/ NULIDAD	El legislador acudió a los dos sistemas de regulación de las cláusulas abusivas (definición general y lista negra) estableciendo como sanción específica la ineficacia, sin embargo en el art. 44 refiere también a la nulidad entendiéndose con ello que cuando se pretenda atacar una cláusula en virtud de la definición general, será necesario que el juez de la república se manifieste sobre la validez o no de la misma.

Conclusiones

1. Si bien las cláusulas abusivas se presentan con mayor preponderancia en los contratos de naturaleza adhesiva, esto no es óbice para reconocer que en los contratos de libre discusión pueden imponerse contenidos de esta naturaleza en razón a la asimetría del poder de negociación de las partes involucradas.
2. Existen dos regímenes de regulación para restablecer el equilibrio del contrato ante la inclusión de cláusulas abusivas. El primero es el régimen general que aplica para las relaciones diferentes a consumo y se rige por los principios generales del derecho y las normas de interpretación contractual, y el segundo es el régimen especial constituido por la normatividad expedida de manera específica para proteger los intereses de los consumidores.
3. La sanción jurídica ante la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos difiere de conformidad con el régimen que se esté aplicando. Para el régimen general será en todos los casos la nulidad por ilicitud del contenido de la cláusula, mientras que en el régimen especial confluyen las dos sanciones. La ineficacia siempre que se predique el carácter abusivo de una cláusula, aunque deba acudir a la autoridad competente para que lo reconozca, y la nulidad por ilicitud del contenido de la cláusula, más no por el carácter abusivo, o por la existencia de norma especial que así lo indique (ejemplo Ley 142 de 1994 o Ley 1328 de 2009 cuando la situación no haya sido previamente contemplada por la SFC).
4. Las listas legales de cláusulas abusivas tienen carácter disímil. En relación con las normas especiales de protección a los consumidores del sector financiero, asegurador y del mercado de valores operan como listados taxativos, debido a que la ley establece que corresponde a la superintendencia valorar de manera previa y general las conductas que se sancionarán con ineficacia. Contrario sensu la lista incluida en el estatuto del consumidor es de naturaleza enunciativa en la medida en que se prevé la posibilidad de analizar el carácter abusivo de las estipulaciones contractuales en los casos concretos de conformidad con la noción general, procediendo en todo caso la sanción de ineficacia.
5. Si bien en principio pareciera generar confusión la coexistencia de los dos sistemas de regulación y la mención legal a los dos tipos de sanción en el Estatuto del Consumidor

(nulidad e ineficacia) es clara la intención del legislador de reforzar la protección a los intereses de los consumidores a través de la previsión de la ineficacia de pleno derecho como sanción a las cláusulas abusivas.

6. La necesidad de los consumidores de acudir a la jurisdicción para que se reconozca el carácter abusivo de una cláusula y con ello la ineficacia de la misma, ante desavenencias entre las partes, no puede entenderse como necesidad de obtener la declaratoria judicial de nulidad pues se trata de dos sanciones claramente diferentes.
7. El otorgamiento de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas (superintendencias) es un esfuerzo del estado por eliminar barreras de acceso e incrementar la eficacia de la gestión jurisdiccional en procura de proteger los intereses de los consumidores.

Bibliografía

Libros

- Alfons Aragoneses. “Au-delà du code civil mais par le code civil”. Raymond Saleilles (1855-1912) y la lucha por el derecho comparado. Tesis doctoral Girona, (junio de 2006), At. 1 – 519.
- Carlos Fernández Sessarego, Abuso del derecho, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992.
- Rubén Saúl Stiglitz. Contrato de consumo y cláusulas abusivas. Revista Con texto Universidad Externado de Colombia. N° 4 (14 de abril de 1999), At. 32-51.
- Pedro Felipe Bonivento Correa. La autonomía privada de la voluntad frente a los contratos de derecho privado. Tesis de grado Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. (2000), At 1-246.
- Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Págs. 68 y s.s. Séptima Edición. Ed. Temis (2005).
- Verónica María Echeverri Salazar. El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. Opinión Jurídica. Medellín, Colombia., Vol. 10, N° 20, (Julio-Diciembre de 2011), At. 125-144 - ISSN 1692-2530
- Jaime Alberto Arrubla Paucar. Págs. 39 y s.s. Contratos mercantiles Teoría general del negocio mercantil. Decimotercera edición actualizada. Legis Editores (2012).
- Carlos de Cores. La fragmentación de la teoría general del contrato en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina de marzo de 2012. Revista de Derecho. Segunda época. Año 7. N° 7 (diciembre 2012), At. 65-113 - ISSN 1510-3714.
- Gonzalo Suárez Beltrán. La sanción de las cláusulas abusivas y su aplicación al contrato estatal: un vacío notable. Disertación Academia Colombiana de Jurisprudencia. (21 de febrero de 2013), At. 1 – 46.
- José Félix Chamie. Principios Derechos y Deberes en el Derecho Colombiano de Protección al Consumidor. Revista de Derecho Privado Volumen 24. 2013.
- Camilo Andrés Rodríguez Yong. Una aproximación a las Cláusulas abusivas. Ed., Legis. (2013).
- Carmen Ligia Valderrama Rojas, Directora. “ET AL”. Perspectivas del Derecho del Consumo. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2013)

- Orlando García Quintero. Defensas administrativas y Judiciales del Consumidor: del Decreto 3466 de 1982 a la Ley 1480 de 2011. Revista E-Mercatoria Vol 13. 2014.
- Camilo Posada Torres. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, N° 29. (Julio - diciembre 2015), At. 141-182. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.07>
- Jaime Alberto Arrubla Paucar. Contratos Mercantiles – Contratos Atípicos. Ed., Legis. (2015).

Artículos

- Liana Aida Lizarazo Vaca. Ponencia “Nulidad o ineficacia de la cláusulas abusivas en el estatuto del consumidor”.
- Claudia Campillo Velásquez. Foro del Jurista: Estatuto del Consumidor - Una mirada a la Ley 1480 de 2011. Capítulo 5. La Discusión Contractual: De la autonomía a la adhesión. Cámara de Comercio de Medellín. (2012).
- Julio Leonardo Álvarez Bernal, José David Sarmiento Gómez, Guillermo Eduardo Prieto Perico. Sanción Jurídica para las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro. Pontifica Universidad Javeriana. (2012).

Normas

- Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Julio 15 de 2009. DO No. 47.411.
- Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Octubre 12 de 2011. DO No. 48.220.
- Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Julio 11 de 1994. DO No. 41.433.
- Ley 1341 de 2009. Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones. Julio 30 de 2009. DO No. 47426.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-186 de 2011 (M. P. Sierra Porto Humberto Antonio; marzo 16 de 2011)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-909 de 2012. (M.P. Nilson Pinilla Pinilla; noviembre 7 de 2012).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia Expediente 6462 de 2002. (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; diciembre 13 de 2002).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. C-1100131030142001-01489-01. (M.P. Jaime Arrubla Paucar; diciembre 14 de 2011).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC1806-2015, Radicación n.º 85001-3189-001-2000-00108-01. (M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz; febrero 24 de 2015).
- Superintendencia Financiera de Colombia. Fallo No. 2014064218. Mayo 31 de 2015.
- Superintendencia Financiera de Colombia. Fallo No. 2016024358-003. Abril 14 de 2016.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Proceso Verbal Sumario, Acción de Protección al Consumidor, Radicación No 14-256344, marzo 14 de 2016.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Proceso Verbal Sumario, Acción de Protección al Consumidor, Radicación No 14-215844, octubre 21 de 2016.

Circulares externas

- Circular Externa No. 039 de 2011. (Superintendencia Financiera de Colombia). Por medio de la cual se imparten instrucciones relacionadas con las prácticas y cláusulas abusivas. Septiembre 6 de 2011.
- Circular Externa No. 029 de 2014. (Superintendencia Financiera de Colombia). Por medio de la cual se reexpide la Circular Básica Jurídica, actualizando su contenido en materia financiera, aseguradora y de mercado de valores. Octubre 3 de 2014.
- Circular Externa No. 18 de 2016. (Superintendencia Financiera de Colombia). Por medio de la cual se actualizan y modifican las instrucciones vigentes en materia de cláusulas y prácticas abusivas. Mayo 26 de 2016.

- Circular Externa No. 48 de 2016. (Superintendencia Financiera de Colombia). Por medio de la cual precisa las instrucciones en materia de cláusulas y prácticas abusivas. Noviembre 25 de 2016.

Conceptos

- Concepto Radicado 14-000375-00001-0000 (Superintendencia de Industria y Comercio). Por medio del cual se establece qué se debe entender por cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho. Febrero 14 de 2014.
- Conceptos radicado 13-046135- 00003-0000 (Superintendencia de Industria y Comercio). Mayo 2 de 2013.
- Concepto radicado 14-000375- -00001-0000 (Superintendencia de Industria y Comercio). Febrero 14 de 2014.
- Concepto 2013008465 – 008 (Superintendencia Financiera de Colombia). Julio 8 de 2013.