



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

EL CONTRATO POR ADHESION Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS, UN ACERCAMIENTO A SU EVOLUCION NORMATIVA¹

KARENT DANIELA NIZO PARADA²

RESÚMEN

El artículo presenta un análisis y evaluación de las medidas tomadas dentro del ordenamiento jurídico colombiano en materia de cláusulas abusivas teniendo en cuenta que, debido a la rapidez con la que se realizan las transacciones comerciales en los últimos años, se ha incrementado el uso de la contratación adhesiva por parte de los comerciantes conllevando a que sea mayor el riesgo de vulnerabilidad de derechos de los usuarios de bienes y servicios ofrecidos en el mercado. Por lo anterior, en este trabajo se analizarán las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, sus características y su tipología, con el propósito de determinar los riesgos que ello implica para los derechos de los consumidores.

PALABRAS CLAVE

Cláusula abusiva, contrato de adhesión, relación contractual, consumidor, comerciantes.

ABSTRACT

The article presents an analysis and evaluation of the measures taken within the Colombian legal system regarding abusive clauses, taking into account that due to the speed with which commercial transactions are carried out in recent years, the use of the adhesive contracting by merchants, leading to a greater risk of vulnerability of rights of users of goods and services offered in the market. That is why the letter that will be presented below, seeks to give more clarity in relation to the abusive clauses in the adhesion contracts, their characteristics and their typology, so that the reader can have a greater knowledge on the subject , which as will be evident throughout this investigation is of great relevance within the current consumer society.

¹ Artículo producto de la investigación sobre derecho del consumo y cláusulas abusivas dentro del Grupo de Derecho Privado de la Universidad Católica de Colombia. El presente artículo corresponde a una investigación reflexiva que se hace sobre las cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico colombiano. Para citar: K.D. Nizo Parada. Las cláusulas abusivas en la legislación colombiana, 2019.

² Estudiante de decimo semestre de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Correo Electrónico:kdnizo97@ucatolica.edu.co.

KEYWORDS

Abusive clause, adhesion contract, contractual relationship, consumer, merchants.

SUMARIO: Introducción. 1. El Contrato de adhesión. 2. Las cláusulas abusivas. 3. Cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico colombiano. 4. Tipología de las principales cláusulas abusivas. A. Cláusulas que limitan o exoneran de responsabilidad al predisponente. B. Cláusulas restrictivas o limitativas de los derechos del adherente. C. Cláusulas relativas a la solución de controversias (Cláusula Compromisoria). Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

A mediados del año 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a los operadores de telefonía celular Claro Tigo y Movistar por presunto incumplimiento a la orden emitida por dicha autoridad, con respecto a la supresión de la cláusula de permanencia en los contratos celebrados con consumidores, imponiéndoles una multa por el valor de 9000 millones de pesos. Según la SIC, los operadores ‘amarraban’ la compra de celulares con sus servicios de comunicación ofreciendo cuotas gratis en la venta del equipo celular adquirido por los usuarios, siempre y cuando sus usuarios suscribieran un plan de comunicaciones (Portafolio, 2017).

Sin embargo, esta no es la primera vez que las autoridades de vigilancia en Colombia sancionan este tipo de conductas; en los últimos años han sido cada vez más frecuentes las sanciones a empresas y multinacionales que manipulan las relaciones contractuales a su antojo, incorporando todo tipo de cláusulas o estipulaciones que vulneran los derechos de los consumidores, que son considerados como simples instrumentos a través de los cuales obtienen más utilidades económicas, valiéndose de la posición de dominio que tienen sobre el consumidor, desde el poder económico, que les permite tener la asesoría de abogados expertos en la materia, hasta la falta de conocimiento y la necesidad que tienen los consumidores de adquirir un producto o servicio. Es por ello que resulta relevante entrar a analizar frente a este tipo de conductas cómo ha reaccionado nuestro ordenamiento jurídico, en concreto, qué mecanismos se han creado dentro de la legislación colombiana que permitan garantizar una mayor protección a los consumidores frente a los abusos cometidos por parte de los empresarios en materia de cláusulas abusivas.

Entonces, este artículo tiene por objetivo, mediante el estudio del marco legal colombiano en torno al tema de cláusulas abusivas, analizar si dicho marco resulta o no coordinado y adecuado para garantizar los derechos de los consumidores en nuestro país. En este trabajo se parte de la hipótesis que, pese a los avances legislativos de los últimos años, la regulación en Colombia todavía no es suficiente para garantizar de forma eficaz los derechos de los consumidores y se evidencian vacíos normativos que son aprovechados por las empresas para seguir cometiendo todo tipo de abusos en contra de los usuarios.

Esta investigación se divide en cuatro partes: en primer lugar se hará un breve estudio del concepto de contrato de adhesión y las partes que intervienen en esta relación contractual; en segundo lugar se examinarán el concepto y características de las cláusulas abusivas; en tercer lugar se estudiará la regulación normativa que hay en la materia dentro del ordenamiento jurídico colombiano y en cuarto lugar se realizará un análisis de las principales cláusulas abusivas que son incorporadas en este tipo de contratos.

Expuestos los argumentos que motivan la presente investigación, a continuación, se hará un breve acercamiento al concepto del contrato de adhesión y a cómo es que a partir de este surgen los clausulados abusivos.

1. EL CONTRATO DE ADHESIÓN

Desde la doctrina clásica se ha considerado que el contrato es un acuerdo de voluntades, fruto de una negociación previa entre las partes, con miras a la creación, modificación, o extinción de obligaciones (Villalba, 2012). Sin embargo, a partir de la Revolución industrial, esta perspectiva cambio radicalmente, pues la creación de las primeras máquinas a vapor dio inicio a la producción masiva de bienes y servicios. Así, junto con el capitalismo y el desarrollo económico y social que trajo consigo, se dio lugar a la formación de la gran empresa (Cárdenas, 2007 A). El contrato tradicional carecía de rapidez para lograr un gran número de transacciones comerciales, por lo que se requería de una solución jurídica que otorgase validez y eficacia a las relaciones particulares (Soto, 2003).

Desde ese momento, los comerciantes empezaron a buscar un sistema de contratación alternativo, que les brindara mayor agilidad a la hora de negociar sus productos, es allí donde surgió el contrato de adhesión como aquella opción que, sin necesidad de suprimir la voluntad o consentimiento del adherente, les garantizaba a los empresarios una mayor rapidez a la hora

de la celebración de grandes cantidades de contratos. Es en ese momento cuando, en desarrollo de la autonomía de la voluntad reconocida, ellos comenzaron a elaborar contratos con contenidos uniformes para vender los bienes y prestar los servicios producidos o disponibles masivamente a todas las personas que los demandaran para satisfacer sus necesidades o deseos de adquirir (Posada, 2015).

Estos contratos tenían la peculiaridad de ser elaborados por los empresarios para regular de manera uniforme una serie de relaciones jurídicas homogéneas con los adquirentes de sus productos, a quienes se les presentaban como una oferta inmodificable que no admitía discusión alguna, pudiendo solo manifestar su aceptación (decisión de contratar) o su rechazo (decisión de no contratar) (Rezzonico,1987). Estos contratos posteriormente fueron denominados por la doctrina como “contratos de adhesión” y se erigieron como un instrumento al servicio de los empresarios para incrementar la eficiencia económica mediante la reducción de costos y obtención de mayores utilidades³. La contratación por adhesión es consecuencia de los cambios sociales, económicos y políticos experimentados en los últimos dos siglos y es una forma de contratación propia de la sociedad contemporánea, de la sociedad de consumo, en la cual se masificó la venta de bienes y la prestación de servicios (Villalba, 2012).

Bajo este tipo de contratación, las premisas de igualdad que se predicaban entre las partes intervinientes en una relación negocial clásica pasan a ser reemplazadas por aquellas que parten desde la asimetría que existe entre predisponente y adherente en cuanto al poder contractual y económico; en este caso la parte que se adhiere al acuerdo no dispone ni de los recursos, ni de los conocimientos que por el contrario sí tiene el comerciante, a raíz del ejercicio de su actividad en el mercado (Stiglitz y Stiglitz, 1985).

Con el paso de los años este mecanismo de contratación fue cogiendo fuerza tanto en el campo del derecho privado como en el derecho comercial permitiendo mayor flujo de transacciones económicas, puesto que, como se mencionó en líneas anteriores, bajo este esquema contractual no existe negociación del contenido por las partes, el comprador en este

³ Soto, C & Mosset, J. (2009). El contrato en una economía de mercado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p. 87. “la reducción de costos de transacción no implica la ‘no utilización’ del contrato. Lo que se busca es que la celebración de un contrato [...] sea a un costo mínimo que no encarezca el precio del producto a tal extremo de no contratar o realizar la contratación en forma ineficiente”.

caso debe adherirse a las estipulaciones que el vendedor ya ha impuesto de forma previa (Acosta y Jiménez, 2015). Sin embargo, pronto se advirtió que la masa de personas estaba compuesta por individuos con necesidades similares, pero no iguales, lo que requería una cierta diferenciación en los contratos. Para satisfacer este requerimiento se idearon las cláusulas generales de contratación, que constituyen una feliz combinación de los contratos por adhesión y los contratos paritarios (De la puente, 1993). La función de la contratación masiva, a través de las cláusulas generales de contratación, es permitir el tráfico masivo de bienes y servicios y, para lograr su fluidez, las cláusulas generales de contratación están orientadas a favorecer la producción y el comercio, no al productor o al comerciante (Santos, 1966).

La contratación masiva ha sido un fenómeno jurídico que en la actualidad ha desplazado al contrato clásico de negociación previa, de tal forma que hoy por hoy la gran mayoría de contratos que se celebran en el mercado donde hay presencia de consumidores son contratos adhesivos; no obstante, al ser un contrato con estipulaciones predisuestas por el empresario o productor, estos ven una oportunidad para imponer toda clase de cláusulas tendientes a favorecer sus intereses, en desmedro de los derechos de los consumidores, por lo que es evidente que en este tipo de relación contractual hay una constante situación de peligro para los usuarios. Esto se traduce en la práctica en el contrato en la inclusión de cláusulas abusivas, la omisión del deber de información, la estipulación de cláusulas de contenido técnico, ininteligible para el consumidor, además de otro tipo de conductas desleales que se ha evidenciado cometen los empresarios en contra de los consumidores (Villalba, 2012).

Frente a estos abusos, en la mayoría de legislaciones se han expedido leyes encaminadas a reglamentar el contrato de adhesión en el cual la parte adherente sea un consumidor imponiéndole unas reglas especiales a la parte fuerte del contrato, con el fin de evitar que las empresas, en ejercicio de su poder de autonomía, incurran en cualquier conducta que resulte lesiva para los derechos de los consumidores.

2. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Dentro de la doctrina mucho se ha discutido sobre una definición clara y específica de las cláusulas abusivas, y pese a haber diferencias la mayoría de estudiosos del derecho las definen como, aquellas estipulaciones que, en contravía a los postulados de buena fe, generan

un desequilibrio importante en las contraprestaciones, todo esto con el único fin de generar mayores utilidades para una de las partes, aun cuando esto conlleve a un perjuicio de la otra. Hoy día se podría afirmar en línea de principio que una cláusula abusiva es aquella que resulta predispuesta por una de las partes quien ejerce un cierto poder contractual derivado por lo general de una posición dominante, y que de hecho le resulta impuesta a la otra parte quien se encuentra en una condición de dependencia económica o debilidad que no solo es económica, sino que también se podría presentar por falta de pericia contractual o conocimientos, generando con dicha disposición un desequilibrio normativo es decir de los derechos y obligaciones pero que además debe ser de carácter importante o significativo entre los sujetos contratantes (Gual, 2016). Una cláusula lesiva es aquella que se da a partir de un abuso de la libertad contractual del predisponente, el cual no se refiere a un requisito de formación o validez del contrato, sino que este se sitúa en torno a la posición de dominio que ejerce el empresario, que le permite determinar cada uno de los elementos que hacen parte del contrato⁴.

La cláusula lesiva o abusiva, es fruto del abuso de los derechos de la empresa, limitación de su responsabilidad o la imposición por parte de esta de ciertas obligaciones excesivas para el consumidor, sin que en ningún caso este último tenga la posibilidad de controvertir dichas disposiciones, aun cuando estén contra sus garantías (Alterini, 2011).

- Características de las cláusulas abusivas o lesivas.

La doctrina en reiteradas oportunidades, se ha referido con respecto a la determinación de una estipulación como abusiva o lesiva, y para tal fin han sido formulados ciertos postulados, que de cumplirse llevarían a la presunción de cláusulas abusivas en un contrato, a continuación, se hará un breve análisis de cada una de las condiciones requeridas:

- a. Son estipulaciones que no han sido negociadas individualmente: en el contrato clásico se parte de la negociación previa de cada una de las disposiciones que se van a incluir en el acuerdo contractual; sin embargo como ya se vio en los contratos de la sociedad consumidora de hoy día no cabe esta premisa, contrario a esto una de las partes es

⁴Velandia, M. (2008). Derecho de la competencia y el consumo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 123. “Cuando se habla del concepto de posición dominante, debe distinguirse la que se presenta en el mercado de la que tiene ocurrencia en el contrato. La primera tiene lugar cuando un agente económico se encuentra facultado para establecer las condiciones del mercado sin tener en consideración a los demás partícipes de este”.

quien redacta las estipulaciones y condiciones relacionadas con los elementos naturales o accidentales que operaran en el contrato, sin que para ello tenga en cuenta la opinión o voluntad de su contraparte. Este tipo de estipulaciones que carecen de negociación y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente, son las que más tarde vienen a convertirse en clausulados abusivos. Una cláusula lesiva no es más que una manifestación del abuso de una posición dominante de la que se goza en una relación contractual. Si quien ostenta de posición de dominio permite a su contraparte negociar, proponer e incluso establecer una cláusula, lo que hace es renunciar al ejercicio de su dominio y predisposición de dicha cláusula (Correa, 2015). Por lo que en este último caso no estaríamos ante una cláusula lesiva.

- b. Causan un desequilibrio normativo importante: El equilibrio normativo del contrato consiste en que las partes, como consecuencia del perfeccionamiento del contrato, adquieran derechos y contraigan obligaciones recíprocas y equivalentes entre sí (Ordoqui, 2012). Conllevando a optimizar la creación de riqueza en función del bienestar colectivo como de la función social del negocio jurídico (Gual, 2009).

Por ende, cuando hay una cláusula o estipulación que se encuentre dirigida a generar un desbalance en la reciprocidad de las obligaciones, o que busque agravar la situación de inferioridad del consumidor o limite el ejercicio de sus derechos, poniéndolo en situación de mayor desventaja frente al predisponente, a quien por el contrario se exonere de sus responsabilidades y obligaciones, se genera una ruptura de ese equilibrio que por ley debe existir en cualquier tipo de relación negocial (Arango, 2016). Ahora bien existe un tipo de cláusulas que generan un desequilibrio económico en las prestaciones del contrato, por lo que surge el interrogante si en estos casos también se constituyen como cláusulas abusivas; frente a esto podemos responder que no, ya que aun cuando hay un desequilibrio, este no constituye una afectación grave a la reciprocidad de obligaciones y derechos, por lo que no se enmarcaría bajo este concepto, sin embargo en dado caso que una de las partes resulte afectada por este tipo de desequilibrio, no queda desprotegida puesto que en la

mayoría de legislaciones se ha establecido otro tipo de mecanismos, que se encuentran dirigidos a restaurar el equilibrio económico contractual⁵.

- c. Vulneran el principio de la buena fe: el principio de la buena fe en materia contractual impone como obligación a las partes, el deber de actuar con transparencia, honradez, lealtad, diligencia y responsabilidad no solamente al momento de celebrar un contrato, sino también durante las etapas precontractual y pos contractual, de tal forma que ninguno de los contratantes intente actuar en perjuicio del otro.

Así las cosas, en los eventos en que el predisponente incluye cláusulas abusivas en el contenido del contrato, alterando con ello su equilibrio jurídico, se asume que no está contribuyendo a la satisfacción de los intereses individuales del adherente, de esta forma, la inobservancia a este deber de cooperación por parte del predisponente conlleva la violación del principio de la buena fe (Cárdenas, 2007).

Cada uno de los contratantes debe actuar de forma leal y honrada, de tal forma que ambas partes puedan confiar en que hay una actitud de cooperación mutua, con el fin de que se garantice el cumplimiento de las obligaciones que adquirieron fruto de la negociación (Criado, 2014). En cuanto a los contratos de adhesión el predisponente tiene la obligación de actuar con transparencia, honrando la confianza que el consumidor ha depositado en él, con respecto a la elaboración de un contenido contractual justo, que no le impida ejercer sus derechos, que no le imponga de manera desmedida obligaciones que lo mantengan en una posición de inferioridad y que le permita satisfacer eficientemente sus intereses individuales (González y Pertiñez, 2009).

Lo que ha sido definido por la doctrina como una creación de obligaciones accesorias relativas a la conducta que deben tener las empresas, y a la prohibición que tienen de abusar de su derecho a celebrar contratos.

- Teoría de las cláusulas abusivas: al ser cada vez más frecuente el uso de cláusulas abusivas o lesivas dentro de los contratos de adhesión por parte de los comerciantes, se comenzó a pensar en un mecanismo jurídico que permitiera sancionar este tipo de

⁵ Ernesto Rengifo García, afirma que “habrá de reputarse abusivas, y por tanto nulas, aquellas cláusulas predisuestas que, pese a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor o adherente un desequilibrio significativo o importante entre los derechos y las obligaciones que se derivan del contrato”. si a pesar de estar en presencia de un desequilibrio económico, no se demuestra la existencia de uno normativo”.

conductas, imponiendo límites a la autonomía de la cual gozaban las empresas y garantizando una recomposición del equilibrio normativo contractual alterado, con la inclusión de este tipo de clausulados.

Dentro de este marco surgió la TEORIA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS, la cual se erigió como aquella herramienta normativa que buscaba controlar y castigar el ejercicio de la autonomía privada, cuando esta se volvía arbitraria y generaba un desequilibrio jurídico, así mismo aquella que protegía a la parte del contrato que no tenía la posibilidad de haber participado al momento de la determinación del contenido contractual o de alguna de sus cláusulas y que, por ende, se limitaba únicamente a aceptar o rechazar lo predispuesto por la otra parte, por último buscaba mantener el equilibrio y la justicia contractual⁶.

Hoy día la teoría de las cláusulas abusivas, es un mecanismo utilizado en casi todas las legislaciones, y a partir del cual se busca limitar la eficacia del contrato cuando se evidencie algún tipo de abuso, sin embargo, este control no afecta su totalidad, sino que se realiza de forma parcial a una o varias cláusulas que tengan posibles exigencias o limitaciones para el consumidor (Ebers, 2012). Así mismo con el fin de realizar un mayor control, se han creado unos sistemas de listados conocidos como listados grises y negros, en donde se incluyen las cláusulas que se consideran abusivas.

Dentro de las listas grises son incorporadas aquellas cláusulas que se presumen abusivas, pero que admiten prueba en contrario (presunción de hecho) en consecuencia, en estos casos es necesario realizar un estudio más profundo del contrato para poder determinar si existe afectación a los derechos del consumidor y de ser así, en qué grado de abusividad se encuentra; por el contrario en las listas negras las cláusulas que se incluyen como abusivas, no puede desvirtuarse dicha presunción (presunción de derecho) por cuanto el contenido de ellas es abusivo por sí mismo (Villalba, 2012). Las listas negras, son aquellas que establecen de forma taxativa todos y cada uno de los clausulados que por sí solos afectan el objeto y causa del contrato

⁶Camilo Rodríguez Yong sostiene que tres propósitos fundamentales justifican la razón de ser de la teoría de las cláusulas abusivas: 1) controlar y castigar el ejercicio abusivo de la autonomía privada, 2) proteger a aquella parte del contrato que no ha tenido la posibilidad de participar en la determinación de su contenido o en algunas de sus cláusulas y que, por tanto, se limita a aceptar lo predispuesto por la otra parte y 3) mantener el equilibrio y la justicia contractual entre las partes.

por lo que es posible detectarlos a simple vista, en este caso se ha determinado que deben ser inmediatamente eliminadas del contrato (Arango, 2016).

3. CLÁUSULAS ABUSIVAS O LESIVAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

En Colombia hacia los años 90, todavía no se evidenciaba que existiera una normativa clara e integral en cuanto a la protección de los consumidores, y pese a que se habían expedido varias leyes que intentaban regular temas relacionados con la materia, no eran suficientes para brindar un verdadero control a los abusos cometidos contra los consumidores que día a día acudían de forma masiva a todo tipo de entidades financieras y comerciales, para adquirir bienes u obtener la prestación de servicios. La Ley 142 de 1994 de servicios públicos domiciliarios, intentó regularlo de forma parcial, incluyendo en su artículo 133 un control sobre cláusulas prohibidas en materia contractual, bajo la figura del abuso de la posición dominante contractual (Villalba, 2012). Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ya se había referido al tema, realizando algunos intentos de protección al consumidor bajo el esquema de control de abusividad, con base en el principio de buena fe (Gual, 2013).

No obstante a estos pequeños avances, nuestro ordenamiento jurídico carecía de una regulación clara que permitiera garantizar la protección de los consumidores, frente a relaciones contractuales que no fuesen en el marco de los servicios públicos domiciliarios; cosa que parece que el legislador no pudo evidenciar, sino solo hasta el año 2009 cuando se expidió la Ley 1328 de 2009 o Estatuto del consumidor financiero, donde se hizo por primera vez referencia clara a las cláusulas abusivas, y la sanción que se impondría a aquellas entidades bancarias que utilizaran este tipo de disposiciones contractuales.

- **Ámbito de aplicación de la Ley 1328 de 2009 y Circulares SIF**

El 15 de julio de 2009 entró en vigencia la Ley 1328, por la cual se estableció un nuevo régimen de protección al consumidor financiero que antes de la expedición de esta, carecía de regulación clara en el ordenamiento jurídico colombiano. En cuanto a su marco de acción, es susceptible de ser aplicable a todos los contratos celebrados entre entidades bancarias y consumidores; adicionalmente se crearon parámetros relacionados con la protección al consumidor financiero, incluyendo desde la incorporación de políticas públicas concernientes a desarrollar programas de

educación financiera a los consumidores, pasando por la vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones contractuales, que tienen las entidades financieras, hasta los trámites que deben surtir aquellos consumidores que tienen reclamaciones y quejas en contra de estas.

En materia de cláusulas abusivas, en su artículo 7 impuso a las entidades vigiladas el deber de abstenerse, de redactar cualquier tipo de cláusula que impida el normal equilibrio y desarrollo del contrato, como consecuencia de su posición de dominio dentro de la relación contractual.

Dentro del artículo 11 se estableció un listado de cláusulas que el legislador consideró resultaban abusivas, por vulnerar el principio de la buena fe y causar un detrimento en los derechos de los consumidores, imponiendo como sanción a cualquier tipo de utilización de estas cláusulas en un contrato, la ineficacia de pleno derecho, dejando sin efectos a aquella disposición tachada como abusiva; las cláusulas a que se refiere la norma, se encuentran relacionadas con la limitación o renuncia de los derechos de los consumidores, la inversión de la carga de la prueba, la inclusión de espacios en blanco, etc.

También se determinó que serían principios orientadores para la protección del consumidor financiero, la debida diligencia, la libertad de elección, la transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, la responsabilidad de las entidades vigiladas en el trámite de quejas, el manejo adecuado de los conflictos de interés y la educación para el consumidor financiero. Intentando cubrir todos los aspectos contenidos en diferentes instrumentos normativos, que sirvieron como antecedente y cubrir aspectos nuevos y relevantes para este tipo de consumidores (Naranjo y Barón, 2013).

Por último el mismo postulado normativo, le otorgó facultades a la Superintendencia Financiera (SIF) para que estableciera de forma adicional las cláusulas y estipulaciones que considerase como abusivas; con esto le dio vía libre a la entidad para que bajo su arbitrio pudiera ampliar dicho listado, cuando lo considerase necesario⁷. Es a partir de estas facultades, que la Superintendencia Financiera con el

⁷ En la Sentencia C-909 de 2012, la Corte Constitucional aclara la discusión jurídica sobre la competencia de la Superintendencia Financiera para emitir listas negras de cláusulas abusivas.

objetivo de brindar mayor seguridad a los consumidores, expidió la circular básica jurídica incluyendo aquellas cláusulas que bajo su concepto resultaban lesivas para los usuarios, sin embargo debido a la habilidad que tienen las empresas, para imponer de forma casi desapercibida disposiciones contractuales que afectan los intereses de los adherentes, ha sido necesario que la SIF de forma reiterada actualice su normativa básica a través de nuevas circulares, las cuales han ampliado el listado inicialmente establecido con el Estatuto del Consumidor Financiero.

Así mediante la Circular Externa 039 de septiembre 2011 de la SIF, se agregaría por primera vez a la Circular Básica Jurídica, el listado de control de abusividad de 27 nuevas cláusulas que serían abusivas. De esta manera prohíbe bajo un listado negro no taxativo, las cláusulas que generen un desequilibrio del contrato o un abuso de posición dominante, en complemento a el listado ya establecido con la Ley 1328 de 2009 (Gual, 2016). En cuanto a la sanción jurídica para este tipo de clausulados, la SIF siguió el camino ya tomado por el Estatuto del Consumidor Financiero, imponiendo la ineficacia de pleno derecho, puesto que en ningún caso se requiere que haya una sentencia judicial de por medio, que declare la sanción.

Siendo la primera circular emitida por la Superintendencia Financiera, en materia de cláusulas abusivas posteriormente a las facultades otorgadas por la ley 1328 de 2009; fue fundamental para que se reglamentaran las obligaciones que tenían las entidades bancarias de hacer revisión a sus contenidos contractuales y clausulados, para poder determinar si estos contenían algún tipo de estipulación abusiva, dicha revisión debía ser registrada en un informe, cuya copia debía ser remitida a la SIF. La circular 039 hizo especial énfasis en las cláusulas relacionadas con la tarifa legal probatoria en materia de responsabilidad civil, la renovación automática de un contrato de seguro y la inclusión de la cláusula compromisoria en contratos de seguro (Suescún, 2009). Posteriormente en el mes de mayo del año 2016, la Superintendencia Financiera emitió la circular 018, con el fin de actualizar y adicionar, aquellas cláusulas que últimamente se han considerado como abusivas, por ende, modifíco el Capítulo I, del título III, en el cual se desarrollan todas las cláusulas que por su contenido se estiman lesivas. Algunos de los cambios efectuados con esta circular, se presentarán al lector en la siguiente gráfica.

CIRCULAR 039/2011		CIRCULAR 018/2016
CLÁUSULAS EN GRAL	TIPOS DE CLÁUSULAS	ADICIÓN DE NUEVOS EJEMPLOS DE CLÁUSULAS
Exoneración, limitación o atenuación de la responsabilidad,	<p>Aquellas que conlleven a:</p> <p>Desconocimiento del derecho de defensa.</p> <p>Exoneración de la responsabilidad por error u omisión.</p> <p>Exoneración de responsabilidad de información páginas de internet.</p> <p>Limitación de medios probatorios y derecho de defensa.</p> <p>Limitación de derechos del consumidor financiero y deberes de la entidad.</p> <p>Limitación o renuncia a derechos. Entre otros.</p>	<p>El hecho de limitar los derechos de los consumidores financieros, que estén relacionados con:</p> <p>Los mecanismos de defensa y resolución de conflictos.</p> <p>Los extractos, cuentas de cobro, estados de cuentas o documentos similares, cuando incurra en mora.</p> <p>La posibilidad de realizar pagos de forma diferente a la definida en el contrato.</p> <p>Por otro lado, aquellas que limitan o exoneran de responsabilidad a las entidades financieras o que las autorizan a realizar conductas violatorias de los derechos de los consumidores, por ejemplo:</p> <p>Exonerar de toda responsabilidad a la entidad en caso de pérdida o hurto de instrumentos, títulos o claves.</p> <p>Eximir de responsabilidad por la entrega o transferencia de recursos a terceros no</p>

		<p>autorizados, por el pago de cheques falsos, o por el pago de cheques que no cumplen con las condiciones establecidas por el consumidor financiero.</p> <p>Exonerar de responsabilidad a la entidad aseguradora por demora o incumplimiento en los procesos de reposición, reparación o reconstrucción del bien asegurado.</p>
Modificación unilateral del contrato.	<p>En cuanto a esta modalidad de cláusulas, inicialmente se establecieron:</p> <p>Modificación unilateral de obligaciones adicionales.</p> <p>Autorización de operaciones sin instrucción previa.</p> <p>Modificación unilateral, condiciones de tarjeta de crédito.</p> <p>Disminución injustificada de cupos de crédito</p>	<p>Posteriormente se adicionaron ejemplos tales como:</p> <p>Establecer el número de cuotas en que se difieren las compras o avances que se hagan mediante tarjeta de crédito.</p> <p>Acelerar de manera automática el plazo de una obligación por el incumplimiento en una de las cuotas o de otra obligación, sin informarlo al consumidor financiero.</p>
Contratación obligada y alteración del equilibrio contractual	<p>Por considerarse abusivas, se incluyeron:</p> <p>Imposición de notarios.</p> <p>Imposición de aseguradora para otorgar crédito.</p> <p>Facultar a la entidad aseguradora para</p>	<p>Con la circular 018 se crearon más ejemplos con relación a:</p> <p>Mantener estricta confidencialidad sobre las fallas del servicio o sobre las fallas de los sistemas de información de la entidad vigilada.</p>

	contratar, sin posibilidad de escoger al deudor.	<p>El pago de gastos, comisiones o cuotas de manejo que no son expresamente determinadas o determinables.</p> <p>Exigir la suscripción del contrato sin que la entidad vigilada garantice el otorgamiento del producto financiero.</p>
--	--	--

Fuente: Cuadro elaborado por la autora. Para conocer las demás cláusulas del listado, ver Circular 018 de 2016, Superintendencia Financiera de Colombia.

Finalmente se introdujeron 46 prácticas relacionadas con la restricción al acceso a información relevante por parte de los consumidores financieros y a permitir a las entidades vigiladas cobrar cargos adicionales, excesivos o no autorizados por el consumidor. Todos los cambios que introdujo esta circular, conllevaron a considerarla como un verdadero avance en materia de clausulado abusivo, puesto que no solamente ratificó aquellas cláusulas que la anterior circular ya había establecido, sino que adicionó un gran número de prácticas que habían sido acusadas por los consumidores financieros como abusivas.

- Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor Financiero

Posteriormente a la expedición de la Ley 1328, en el año 2011 fue promulgada la Ley 1480 más conocida como Estatuto del Consumidor, la cual sirvió como marco de referencia para la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en cuanto a las medidas que dicho ente de control debía tomar con relación a la protección del consumidor. Brindando un fundamento legal integral, para que la SIC pudiese actuar con mayor precisión a la hora de eliminar estipulaciones que resultaban lesivas para los consumidores en el ámbito comercial, ya que como se expuso en líneas anteriores, el vacío legal que se presentaba en materia de protección al consumidor era bastante amplio, mientras los usuarios se veían sometidos a todo tipo de abusos por parte de las empresas, sin recibir ninguna clase de respaldo para la garantía de sus derechos (Criado, 2015).

Dentro del ámbito de aplicación de esta normativa se encuentra la regulación de los derechos y las obligaciones surgidas entre las relaciones de consumo (Corte Suprema, 2009) y con respecto a los productores, proveedores y consumidores, y la responsabilidad sustancial y procesal que tienen los productores, con relación a los consumidores en todos los sectores de la economía cuando no haya una regulación especial.

La protección contractual al contratante débil, cuyo principal exponente sin duda es el consumidor, ha sido uno de los aspectos de mayor interés con la Ley 1480; para ello se dejó el título VII en el cual se reguló todo aquello que se encuentra relacionado con la protección contractual del consumidor, adicionando nuevos cambios en el ordenamiento jurídico nacional.

Con el artículo 36 se impone la obligación a los comerciantes, de abstenerse de establecer o renovar de forma automática el contrato cuando hacen ofrecimiento de algún producto o servicio al consumidor y este no haya aceptado expresamente, ya que era constante que las empresas cobraran cargos económicos a los usuarios, cuando estos ni siquiera habían aceptado el producto o la prestación del servicio, violando con esto el principio contractual del acuerdo de voluntades para la realización o celebración de un acuerdo negocial, puesto que en ningún momento se puede presumir la voluntad de una de las partes. En el artículo 37 se consagró una norma de protección al consentimiento del consumidor, para lo cual se creó un deber especial que tienen las empresas de dar información completa y real a sus consumidores, con relación a las características del bien o servicio y a las condiciones generales del contrato adhesivo, de tal manera que este pueda tener un amplio conocimiento del producto o servicio que va a adquirir y a que estipulaciones se va a sujetar al ser parte adherente del contrato.

En materia de cláusulas abusivas el artículo 42 define expresamente lo que en materia comercial se entiende como cláusula lesiva⁸. A continuación, en el artículo 43 de

⁸ El artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 las define como “aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza”.

forma enunciativa se establecen 14 tipos de estipulaciones que se consideran abusivas, estableciendo como sanción la ineficacia de pleno derecho.

Dentro de este tipo de cláusulas que fueron reglamentadas, se encuentran las cláusulas de permanencia mínima, las cuales solamente pueden ser pactadas expresamente cuando otorguen una ventaja al consumidor, se pueden pactar solo una vez y el término máximo de duración de estas es de un año. Una vez terminada la permanencia mínima y prorrogando el contrato, el consumidor podrá dar por terminado el contrato en cualquier momento sin penalidad alguna. Excepcionalmente el parágrafo permite que se pueda pactar una nueva cláusula de permanencia mínima dentro de las prórrogas del contrato, cuando se otorguen nuevas ventajas al consumidor y este haya aceptado expresamente (Villalba, 2012).

Acto seguido, el artículo 44 de la Ley 1480 de 2011 regula que la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones cuando el contrato subsista aun con la declaratoria de ineficacia de las cláusulas abusivas (SIC, 2016). Con el Estatuto del Consumidor surgió un sistema sancionatorio de ineficacia objetiva, esto con base a que si determinada cláusula del contrato, llega a encontrarse dentro del listado contenido en el artículo 43, se impondrá dicha sanción jurídica, sin que en ningún caso el predisponente pueda realizar una reclamación, puesto que por el hecho de encontrarse dentro del listado de la Ley 1480 de 2011, ya se considera como una estipulación abusiva por sí misma. Finalmente, en el artículo 59 se confirieron facultades a la Superintendencia de Industria y Comercio para que modifique los clausulados abusivos en los contratos de adhesión, donde el adherente ostente la calidad de consumidor.

Todo esto ha dejado en evidencia, que en nuestro ordenamiento jurídico el legislador se ha tomado un poco más en serio la regulación del régimen de protección a los consumidores, dejando atrás aquella época donde la poca normatividad que había, dejaba por fuera la determinación de quienes serían los sujetos que gozarían de protección, además de no estar determinados muchos aspectos, con relación a aquellos comerciantes que incurrieran en dichas conductas (Echeverry, 2011). Sin embargo aún no es uniforme la manera en que ha determinado la sanción a las cláusulas abusivas, puesto que existen estipulaciones que en materia comercial tienen

validez, mientras que en materia financiera no, o viceversa, generando incertidumbre frente a las sanciones aplicables, así mismo el hecho de que se sectorice el régimen de protección al consumidor en materia de cláusulas abusivas, conlleva a que muchas veces se tilde como lesiva una disposición que en realidad es ilegal o incluso inconstitucional, desnaturalizando con ello el concepto de cláusula abusiva (Correa, 2015).

Por otro lado aún se evidencian vacíos normativos de los cuales se aprovechan las empresas, para seguir cometiendo abusos contra los consumidores, siendo un ejemplo de ellos el tema relacionado con las prácticas abusivas o más comúnmente conocidas como prácticas desleales en el ámbito comercial y financiero, y pese a estar reguladas en la ley 1328 de 2009, estas carecen de regulación en el sector comercial; dejando por fuera aquellos abusos que no son estrictamente contractuales en los que incurren los productores o distribuidores con respecto a los consumidores.

Se pone como ejemplo algunos casos en los que el prestador de un servicio impone a sus usuarios condiciones no establecidas en el contrato o toma medidas unilaterales que ni la ley ni el contrato lo permiten, como en el caso de que un prestador obliga al consumidor a tomar un servicio no pactado y se lo cobra de manera abusiva (Villalba, 2012). Este es un vacío importante que se pasó por alto en la ley 1480 de 2011, el cual desafortunadamente no ha pasado desapercibido por los comerciantes, quienes día a día buscan cualquier medio para cometer abusos contra los usuarios, sabiendo que, por no contarse con una regulación completa, podrán seguir actuando de forma irresponsable y desleal, sin ningún temor a ser sancionados por sus actos.

4. TIPOLOGIA DE LAS PRINCIPALES CLÁUSULAS ABUSIVAS

A. Cláusulas que limitan o exoneran la responsabilidad del predisponente

Como ya vimos al momento de la celebración de un contrato, ambas partes siguiendo el principio de reciprocidad contractual, se comprometen a cumplir con las prestaciones a las cuales accedieron a realizar; en el caso del contrato de adhesión entre empresa y consumidor, la entidad comercial debe garantizar al usuario la calidad del bien o servicio ofrecido, así como una completa y transparente asesoría tanto de lo que está ofreciendo, como de las condiciones a las cuales debe someterse quien desea adquirir el servicio o bien, encontrándose obligada a que en todas sus

actuaciones se cumplan los postulados de buena fe, por su parte el consumidor se compromete a pagar el precio del bien o servicio adquirido, y a cumplir con todas las demás condiciones a las cuales se ha sujetado en ejercicio de su libre autonomía (Pagador, 2012).

Sin embargo, en la práctica el panorama es totalmente diferente, puesto que los comerciantes siempre van a buscar los mayores ingresos con los menores gastos posibles, y el hecho de obligarse con los usuarios a responder por defectos en el bien, por fallas en sus sistemas operacionales o por conductas negligentes, implicaría una serie de gastos adicionales que en la mayoría de los casos no están dispuestos a pagar, es allí donde utilizan su posición de dominio contractual, para imponer al consumidor cláusulas en las cuales se limite su responsabilidad o en algunos casos sean totalmente exonerados de cualquier tipo de responsabilidad jurídica, estas cláusulas han sido denominadas por la doctrina como cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad del predisponente.

En estricto sentido las cláusulas de limitación o exoneración de la responsabilidad son aquellas que se refieren a la asunción por parte del deudor, de toda o alguna consecuencia o efecto que se derive de la inejecución de la obligación. De esta manera, de forma amplia se podrá limitar la responsabilidad, por el grado de la culpa, o limitar los efectos del incumplimiento (Rengifo, 2009). Este tipo de cláusulas son muy comunes dentro de las relaciones de consumo y siempre tienden a favorecer la negligencia de los predisponentes y la no indemnización por los perjuicios que se generan, aprovechando la situación de necesidad de adquisición de determinado bien o servicio que tienen los usuarios, imponiendo a su antojo cláusulas que van desde la limitación de la culpa por la cual deben responder, hasta la limitación de responsabilidad del mínimo cuidado en la ejecución de las prestaciones. Y a veces la cláusula de exención relativa o limitada respecto de la utilidad intrínseca del producto puede ser en la práctica casi tan abusiva como una exención absoluta (Farina, 2006). Así ocurren muchas situaciones en las que después de que los usuarios presentan alguna clase de inconveniente con relación al bien o el servicio que adquirieron, y acuden a las empresas a realizar el respectivo reclamo, encuentran que estas no responden por los daños que se causaron, puesto que en el contrato que firmaron

aparecían estipulaciones que limitaban o exoneraban de responsabilidad a las empresas, y que debido a la astucia que tienen para incorporar este tipo de cláusulas el consumidor en su conocimiento limitado, no pudo evidenciar el verdadero contenido que tenían (Gual, 2012). Por ende, podríamos afirmar que, en los contratos de adhesión, al ser el consumidor la parte que presta su consentimiento a estas cláusulas sin darse cuenta o de su existencia o de su importancia, deja a su contraparte hacer de su voluntad unilateral la voluntad contractual (González, 2011).

En este sentido es preciso mencionar que cuando nos encontramos frente a un contrato de adhesión quien se presenta como aceptando, por haber puesto su firma al acto, una cláusula de irresponsabilidad que produzca pleno efecto, no ha consentido realmente en ella (Esmein, 1927). Al presentarse al consumidor un contrato bajo el esquema de lo toma o lo deja, a este no le queda más remedio que aceptar, puesto que tiene la necesidad de adquirir los productos ofrecidos por su contraparte, por lo que prácticamente actúa obligado por las circunstancias que ya han sido preestablecidas por la empresa; en este evento no puede hablarse verdaderamente de un contrato, puesto que se está autorizando a una de las partes para que incumpla con sus obligaciones esenciales, dejando el contrato a su voluntad y potestad.

Excepcionalmente se tendrán como válidas estas cláusulas, cuando se está frente a un mal manejo del producto o servicio por parte del consumidor, o con grave negligencia permitió que otro hiciera uso indebido del mismo. Por ende, la jurisprudencia basada en esta autorización legal, también ha reconocido la validez de las mismas, al respecto la Corte Suprema en sentencia del año 1938 acogió la exoneración de la responsabilidad del banco con base en una cláusula restrictiva de responsabilidad por las que esta se exonera de la culpa grave del cliente y, al ser así catalogada por el fallo de 1938 esa conducta del usuario titular de chequera, la cláusula se consideró válida. En el fallo en mención se exoneró al banco de la restitución de los dineros (Gual, 2015).

B. Cláusulas relativas a la limitación o renuncia de los derechos de los consumidores Resultan comprendidas dentro de esta modalidad las cláusulas que pretendan limitar los derechos que por ley tiene el consumidor, relativos ya sea a la calidad del producto

vendido, como a los mecanismos de defensa que tiene este frente a conductas arbitrarias por parte del empresario o comerciante.

En materia de derecho de consumo existe una prohibición expresa (artículo 43 de la ley 1480) para los comerciantes y empresarios, de incluir cualquier cláusula tendiente a la limitación o renuncia de los derechos del consumidor. Básicamente el artículo 43 de la ley 1480 de 2011 prohíbe este tipo de conductas, ya que se consideran abusivas en sí mismas, por atentar directamente contra las garantías de los consumidores. Por lo tanto, no admiten prueba en contrario que permita realizar una ponderación posterior de su abusividad, toda vez que el legislador hizo dicha ponderación previamente a la promulgación de la ley (Posada, 2015).

Con relación a los servicios públicos domiciliarios el legislador, estableció que tales cláusulas se presumirían abusivas, por lo que se le deja la carga de la prueba al predisponente, quien tendrá que comprobar que no existe tal contenido abusivo; y finalmente será el juez quien determine si según las circunstancias que se desarrollaron entorno al contrato, tales condiciones resultan ser abusivas y por ende se deba imponer la sanción legal correspondiente.

Las cláusulas de renuncia o limitación de derechos más usadas actualmente por las empresas, son aquellas relacionadas con el derecho que tiene el consumidor a la calidad e idoneidad de los productos y servicios que desea adquirir, esto en la práctica implica que el consumidor pierde toda posibilidad de reclamar en caso de que el producto adquirido contenga vicios, que impidan el correcto funcionamiento del mismo, y lo que es más grave todavía, queda absolutamente imposibilitado de demandar a la entidad cuando el producto de mala calidad lo afecte incluso directamente en su integridad física (Lara y Echaide, 2006). De ahí que la legislación en materia de protección al consumidor haya establecido como abusivas este tipo de cláusulas, imponiendo la obligación a los productores y distribuidores de abstenerse de incorporarlas, ya que es su deber garantizar la calidad de los productos que exhiben al público; en caso de que por circunstancias ajenas a la voluntad de la empresa, un producto que sea defectuoso afecte la salud física del usuario, estarán obligados a resarcir los perjuicios causados por el defecto del producto o servicio.

Exactamente el artículo 6 del Estatuto del Consumidor establece que “todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida”. Dicho precepto normativo quiere decir que los empresarios deben garantizar la seguridad de los productos que ponen a disposición de los consumidores; el incumplimiento de estas obligaciones, acarrea a los empresarios la responsabilidad por garantía, por productos defectuosos y responsabilidad administrativa, en las cuales pueden responder solidariamente el productor y proveedor o de forma individual por falta de idoneidad del producto o servicio, así como por la ausencia de seguridad o incumplimiento de sus obligaciones con respecto a los bienes que ponen en circulación (Espinosa, 2015).

Dicha exigencia se extiende aun cuando son bienes de segunda o usados, pues el hecho de que no sea un producto nuevo, no justifica que el vendedor pretenda exonerarse de su responsabilidad en cuanto al funcionamiento del producto, limitando los derechos que tiene el consumidor. Por otra parte, no se trata, entonces, de que el consumidor no pueda renunciar a nada. Lo que se busca es evitar la imposición de renunciaciones al consumidor que impidan su acceso al bien o servicio, que afecten aspectos no patrimoniales (integridad física, salud, honor) o que desequilibren la justicia conmutativa del contrato (Farina, 2006).

Tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, se ha referido en varias oportunidades sobre los derechos que tienen los consumidores, en cuanto a la calidad de los productos y servicios que adquieren en el mercado, afirmando que es responsabilidad de las empresas garantizar el correcto funcionamiento de un producto o servicio, debido a que los defectos de los productos y servicios no son indiferentes para el consumidor y el usuario, conllevando a que en muchos casos se generen lesiones que pueden afectar su vida, su integridad física y su salud (Corte Constitucional, 2001, 2009, 2014, ; Corte Suprema, 2001, 2005, 2011).

C. Cláusulas relativas a la modificación unilateral del contrato

Las cláusulas de modificación unilateral se encuentran relacionadas con la facultad que se confiere a una de las partes, para modificar el contenido contractual. En materia de contratación simétrica o paritaria ha sido autorizado que una parte o ambas

modifiquen o alteren disposiciones del contrato, ya que se considera como una herramienta necesaria que permite a las partes reaccionar de manera oportuna y eficaz a los cambios del mercado, y a las acciones adelantadas por sus competidores, sin embargo su validez se encuentra condicionada a que su ejercicio, recaiga sobre aspectos puntuales del contrato y a la ocurrencia de circunstancias de carácter objetivo (Cámara de Comercio de Bogotá, 2005, 2009). Esta facultad contractual ha sido aceptada por el Código Civil Colombiano quien autoriza la modificación unilateral siempre que sea por mutuo consentimiento o por causas legales.

Por el contrario, en materia de cláusulas abusivas, la ley 1480 de 2011 incluyó este tipo de estipulaciones, estableciendo que “en los contratos de adhesión, no se podrán incluir cláusulas que permitan al productor y/o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones”. Con esto se establece, una restricción total para las empresas que tengan intención de establecer una cláusula que les permita modificar o alterar el contenido contractual, aun cuando estas aleguen que dicha disposición se ajusta a los criterios objetivos de la relación negocial, puesto que, en el ámbito de protección al consumidor en ningún caso, dichos criterios autorizan la incorporación de este tipo de cláusulas.

En relación a la protección de los consumidores financieros, la Superintendencia Financiera, pese a incluir en las circulares 039 y 018 una serie de cláusulas modificatorias del contrato, teniéndolas como abusivas, acepta la validez de algunas de ellas, a menos que se esté en presencia de una situación que por ley exija el consentimiento expreso del consumidor o que se contrarié una norma de orden público (SIF, 2007). Por lo que surge el interrogante sobre si la SIF considera o no validas estas cláusulas, consideramos que, frente a este tipo de situaciones, será necesario acudir a la SIF para que valore la estipulación en concreto, y pueda determinar si se está en presencia de una cláusula abusiva o si por el contrario es válida.

De acuerdo con la tesis planteada por la Súper Financiera, por ejemplo, aquellas cláusulas que autorizan ajustes unilaterales del plazo de la tasa de interés pactado en los contratos de mutuo, por ir en contravía del artículo 868 del Código de Comercio se tendrán como nulas. Posteriormente en concepto (2008) la SIF mantuvo su postura

frente a esta tipología de clausulado, manifestando que ante una variación en el contrato de mutuo que implique un desequilibrio evidente en materia contractual, las partes mismas pueden arreglar el defecto y si no llegan a un acuerdo sobre el particular, la parte inconforme pueden acudir ante el juez (Laguado y Archila, 2010). Siguiendo la postura tomada por la Súper Financiera, la justicia arbitral ha sostenido que, para poder determinar el contenido abusivo de una cláusula, además de su consideración en abstracto, se requiere estudiarla en concreto, es decir, tomando en cuenta los factores como condiciones individuales y profesionales de los contratantes, el tipo de negocios de que se trata, y las características del mercado donde se van a desarrollar las actividades (Cámara de Comercio de Bogotá, 2006, 2007).

De lo anterior puede tenerse que tanto la SIF como la jurisprudencia arbitral, no consideran que una predisposición contractual relativa a la modificación unilateral se constituya abusiva por sí sola, sino que es a partir de un análisis de la misma que permita inferir que se busca un perjuicio a los usuarios; puesto que una cláusula que sea abusiva por sí sola no tendrá los mismos efectos, que aquella en la que pese a no ser abusiva per se, se ejecuta de forma lesiva a los intereses de la contraparte (Laguado, 2003).

Bajo nuestro concepto las cláusulas de modificación unilateral en los contratos de adhesión celebrados con consumidores, son abusivas en la medida en que buscan poner a la empresa en una situación de mayor ventaja frente al consumidor, facultando a dicha entidad, para ajustar el contenido contractual a su conveniencia y buscando siempre la mayor rentabilidad posible, sin importarle el detrimento de los derechos del adherente. Es claro que al ser disposiciones que conllevan al ejercicio desleal e irresponsable de la empresa, este tipo de cláusulas resultan violatorias de los postulados de buena fe y afectan directamente el equilibrio normativo del contrato.

Actualmente es mucho más común de lo que se pensaría, que las empresas busquen incluir cualquier tipo de cláusulas que les reserve la facultad de alterar, a su conveniencia, el contenido contractual, estipulando que la aceptación será automática y con la mera recepción de la notificación. El usuario que no las observe expresamente dentro de un plazo perentorio, ya no podrá alegar su inoponibilidad o ineficacia (SIC, 1998).

D. Cláusulas relativas a la solución de controversias (cláusula compromisoria)

La cláusula compromisoria es el convenio por el cual las partes deciden someter algunos asuntos a arbitraje, sustrayéndolos al conocimiento de los jueces ordinarios. Las partes renuncian a que sean decididos por los tribunales de justicia, asignándoseles a particulares, a quienes invisten, como consecuencia de ello, de funciones y facultades jurisdiccionales (Caivano, 2010).

Se ha entendido que la cláusula compromisoria corresponde a la disposición contenida en un contrato celebrado por las partes o en otro documento, pero referida al mismo contrato, por medio de la cual los contratantes acuerdan, antes de que surja cualquier conflicto entre ellos, que de llegar a suscitarse alguno, su solución se someterá total o parcialmente al conocimiento de los árbitros (Consejo de Estado, 2012).

Se destaca de los elementos de la cláusula compromisoria, el consentimiento mutuo de las partes que tiene como presupuestos internos el discernimiento, intención y libertad, y externos la manifestación; la falta de alguno de los requisitos internos vicia la voluntad tornando inválido el acto, por el contrario, el error, dolo, fraude, violencia, intimidación o simulación ilícita, son los clásicamente denominados vicios de la voluntad. El consentimiento, para tener relevancia jurídica, debe salir de la esfera interna del sujeto emisor, de manera que haya un hecho exterior por el que se manifieste. De lo contrario, no podrá ser considerado como tal (Caivano, 2010). De ahí que una cláusula predispuesta a partir de la cual, una parte quiera imponer de forma arbitraria a la otra la cláusula compromisoria resulte ser inválida.

En cuanto a los contratos de adhesión celebrados con consumidores, el artículo 43 de la ley 1480 de 2011, prohibió de manera expresa este tipo de cláusulas, ya que el legislador consideró que resultaban ser abusivas en sí mismas, por el hecho de obligar al consumidor a someterse a una justicia que le genera gastos que en la mayoría de los casos no puede asumir; por lo tanto, se estableció en el mismo artículo que en caso de ser incorporadas serían ineficaces de pleno derecho. Sin embargo, con la expedición de la ley 1563 de 2012 o Estatuto de Arbitraje, dicho artículo fue declarado inexecutable, dejando estas cláusulas como válidas.

No obstante, la jurisprudencia ya de forma previa considero que se tendrá como abusiva una estipulación contractual cuando constituye un límite para acceder a la justicia, envuelve la negación de derechos irrenunciables o impone obligatoriamente al adherente el acudir a la justicia arbitral.

Frente a la validez de una clausula compromisoria que por razones económicas afecte el acceso a la justicia, sostuvo que las convenciones entre particulares que restrinjan definitivamente el derecho de, acceso a la justicia están proscritas constitucionalmente, ya sea que éstos prohíban de manera absoluta acudir a la justicia ordinaria o por medio de la imposición de sanciones o cargas desproporcionadas e irrazonables que imposibilitan el acceso a la jurisdicción. En ese orden de ideas carece de licitud todo pacto en el que los contratantes renuncian irrevocablemente al acceso a la administración de justicia por parte de la jurisdicción ordinaria (Corte Constitucional, 2000).

El derecho al acceso a la justicia es reconocido a todas las personas dentro del territorio nacional, por lo que resulta totalmente intolerable que una empresa quiera privar de este derecho a sus consumidores, afectándolos económicamente, debido a que al acudir a estos mecanismos de justicia especial, se generan gastos que en la mayoría de los casos, un consumidor promedio no puede asumir, conllevando a que haya desmotivación por parte del usuario al momento de instaurar acciones legales contra la empresa (Roppo, 2011). Esta modalidad de cláusulas puede presentarse en todo tipo de relaciones contractuales, sin embargo, en el campo de la contratación adhesiva es casi que constante, las situaciones en las cuales las entidades utilizan este instrumento, para privar a los adherentes de la posibilidad que tienen de exigir sus derechos por vía judicial, convirtiendo el arbitraje en una herramienta que obstruye el acceso a la justicia ordinaria.

Dentro de la protección al consumidor financiero, la circular 039 de 2011 mantiene la presunción de abusividad frente a este tipo de cláusulas, al disponer que se tendrán como ineficaces de pleno derecho, aquellas estipulaciones contractuales que impongan a los consumidores la obligación de utilizar exclusivamente el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias. Sin embargo no excluye del todo la utilización del arbitraje, sino que lo deja condicionado a la voluntad del consumidor,

es decir que una empresa puede utilizar este mecanismo de justicia, cuando medie autorización expresa por parte del consumidor; frente a este punto consideramos acertada la posición de la SIF, puesto que al reconocer que únicamente a partir de la voluntad del consumidor pueda acudir al arbitraje como herramienta de solución de conflictos, permite con ello promover la utilización del arbitramento como un mecanismo eficiente y legítimo para la solución de controversias.

El instrumento del arbitraje no debe restringirse de manera automática a los consumidores, pues algunos de ellos pueden tener interés de acudir a él y disfrutar de las ventajas que este procedimiento ofrece. Igualmente, la interpretación propuesta evitaría situaciones de abuso que podrían presentarse como consecuencia de una cláusula compromisoria obligatoria. Esto en virtud de que siempre podrá el consumidor acudir a la jurisdicción ordinaria para la defensa de sus derechos, especialmente en aquellas situaciones en las cuales no tenga los recursos económicos para participar en un procedimiento arbitral (Rodríguez, 2013).

CONCLUSIONES

1. Un contrato de adhesión ha sido un instrumento jurídico que ha brindado ventajas importantes en cuanto a la facilidad y rapidez que da a la hora de contratar con grandes masas de población, sin embargo, al ser un contrato predispuesto y asimétrico le permite a la parte fuerte del contrato, en ejercicio de su autonomía imponer sus propias condiciones, cometiendo abusos contra los consumidores.
2. Una cláusula abusiva es aquella estipulación predispuesta por la parte fuerte del contrato, que genera un desequilibrio normativo relevante, va en contra de los postulados de buena fe y se encuentra dirigida a causar un perjuicio al consumidor, así mismo la teoría de las cláusulas abusivas ha jugado un papel fundamental a la hora de la determinación de una cláusula como abusiva.
3. En Colombia el derecho del consumidor ha tenido un avance importante en los últimos años a través de normas generales de protección contra las cláusulas abusivas, tales como la ley 1328 de 2009 y 1480 de 2011 además de las funciones desempeñadas por la SIF y SIC, las cuales han tomado medidas que han ido desde la incorporación de listados con aquellas condiciones contractuales que resultan ser abusivas para el adherente, hasta la vigilancia y sanción a entidades financieras

y comerciales que incluyan este tipo de disposiciones en los contratos que celebren con consumidores.

4. El control de contenido de las cláusulas abusivas en derecho colombiano no se encuentra consagrado en una sola normativa, sino que, por el contrario, se halla dividido en varias leyes, entre ellas la ley 1480 de 2011 la cual es aplicable a las relaciones contractuales con consumidores en el ámbito comercial y la 1328 de 2009, que se aplica a los contratos entre entidades y consumidores financieros.
5. Pese a que dentro de nuestro ordenamiento jurídico han sido expedidas normas tendientes a la completa regulación sobre cláusulas abusivas, debido a la constante evolución de los mercados económicos y las relaciones sociales las leyes en muchos casos no logran abarcar la totalidad de negociaciones, por lo que todavía existen situaciones donde se presenta abuso desde la misma celebración de los contratos.
6. Es necesario que el legislador establezca de forma mucho más rigurosa, reglas que le brinden mayor utilidad al juez al momento de analizar cada situación, permitiendo que este a partir de un juicio de abusividad determine con claridad si en el caso valorado, se actuó con abuso del derecho y violando el principio de buena fe contractual produciendo desequilibrio jurídico desfavorable para el consumidor y por lo tanto se está en presencia de una cláusula abusiva.
7. Aun con los avances normativos en materia de cláusulas abusivas, es largo el camino que queda para que dentro de nuestro ordenamiento jurídico se brinde una protección total a los consumidores, que diariamente ven como sus derechos se encuentran amenazados por las conductas de las entidades financieras y comerciales.

REFERENCIAS

Acosta, J & Jiménez F. (2015). Elementos de derecho europeo para la caracterización de las cláusulas abusivas en la contratación. *Dikaion* (24 -1), p.12. Doi: 10.5294/dika.2015.24.1.2.

Alterini, A. (2011). Treinta estudios de derecho privado. Bogotá: Colección internacional n.º 31, Temis, p. 70.

- Arango, M. (2016). La causa jurídica de las cláusulas abusivas. *Estudios Socio-Jurídicos*, 18(1), 243-266. Doi: [dx.doi.org/10.12804/esj18.01.2016.08](https://doi.org/10.12804/esj18.01.2016.08).
- Caivano, R. (2010). Arbitraje. Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L, pp. 25-30.
- Cárdenas, J. (2007). Justicia y abuso contractual en: Los contratos en el derecho privado. Bogotá: Legis, pp. 693-720.
- Cárdenas, J. (2007 A). La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo. En F. Mantilla y F. Ternera (Dir.) (p. 44) Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Legis.
- Correa, G. (2015). Anulabilidad de las cláusulas abusivas. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, p. 15.
- Criado, J. (2014). Cláusulas abusivas en los contratos de consumo (artículos 42 y 43 de la ley 1480 de 2011 o estatuto del consumidor). Tesis Maestría en Derecho. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, Colombia.
- Criado, J. (2015). Juicio de abusividad en los contratos de consumo. *Revista de Derecho Privado Uniandes* (53), 1-32. Doi: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.53.2015.05>.
- De la puente, M. (1993) El contrato en general, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 64.
- Ebers, M. (2012). El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional. *Indret* (1), p. 1-46.
- Echeverri, V. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Opinión Jurídica* (20), p. 125-144.
- Esmein, P. (1927). De las cláusulas de irresponsabilidad. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (24), p. 30.
- Espinosa, B. (2015). La responsabilidad por producto defectuoso en la Ley 1480 de 2011. Explicación a partir de una obligación de seguridad de origen legal y constitucional. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia* (28), p 22.
- Farina, J. (2006). Defensa del consumidor y usuario. Buenos Aires: Astrea, p. 86.
- González, J & Pertíñez, F. (2009). Los contratos de adhesión y la contratación electrónica. En R. Bercovitz (Dir.) (p. 54) Valencia: Tirant lo Blanch.

- González, J. (2011). Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites, *Revista Chilena de Derecho* (38), p. 24.
- Gual, J. (2012). Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil. Bogotá: Ibáñez, p. 54.
- Gual, J. (2009). El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución. *Revista Iusta* (30), pp. 15-44.
- Gual, J. (2016). Las cláusulas abusivas - Evolución hacia una noción. *Revista Verba Iuris* (36), pp. 113-134.
- Gual, J. (2013). Perspectivas globalizadas sobre el control de las cláusulas abusivas En J. Gual & J. Villalba (Dir.) (pp. 327-357). Bogotá: Ibáñez.
- Gual, J. (2015). Cláusulas de irresponsabilidad: entre asimetría, equilibrio y abusividad. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, p. 78.
- Lara, R & Echaide J. (2006). *Consumo y Derecho*. Madrid: ESIC, p. 170.
- Laguado, D. (2003). Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de la buena fe en el contrato de seguro. *Vniversitas* (105), pp. 231-251.
- Laguado, D & Archila, R. (2010). *Defensoría del Consumidor Financiero*. Bogotá: Laguardo Giraldo Ltda, p. 42.
- Naranjo, C & Barón, C. (2013). *El derecho del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 190.
- Ordoqui, G. (2012). *Buena fe contractual*, 2.ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Católica del Uruguay y Grupo Editorial Ibáñez, p. 68.
- Pagador, J. (2012). *Condiciones generales y cláusulas abusivas en La defensa de los consumidores*. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 77.
- Posada, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista Universidad Externado de Colombia* (29), 141-182. Doi <https://doi.org/10.18601/01234366.n29.07>.
- Rodríguez, C. (2013). Una aproximación a las cláusulas abusivas, Colección Precedentes jurisprudenciales. Bogotá: Legis, Universidad del Rosario, p. 78.
- Rengifo E. (2009). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, reimpr. de la 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 120.

- Rezzónico, J. (1987). Contratos con cláusulas predispuestas. Buenos Aires: Astrea, p. 235.
- Roppo, V. (2011). Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del Derecho contractual europeo. *Revista de Derecho Privado* (20), pp. 177-223.
- Santos, J. (1966). La contratación privada. Madrid: Montecorvo, p. 208.
- Soto, C. (2003). Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos *Vniversitas* (106), p. 98.
- Soto, C & Mosset, J. (2009). El contrato en una economía de mercado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p. 87.
- Suescún, F. (2009). Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad. *Revista de Derecho Privado* (41) pp. 1-17.
- Superintendencia de Industria y Comercio (1998). Política y derecho del consumo, Bogotá: El navegante editores, p. 76.
- Stiglitz, R & Stiglitz, G. (1985). Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor. Buenos Aires: De palma, p. 170.
- Velandia, M. (2008). Derecho de la competencia y el consumo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 123.
- Villalba, J. (2012). Introducción al derecho del consumo. Bogotá: Universidad Nueva Granada, pp. 90-125.

NORMAS JURIDICAS

- Constitución Política de la República de Colombia (1991).
- Congreso de la República de Colombia (1994). Ley 142 del 12 de julio de 1994 por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C.: Congreso de la República.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1480 del 12 de octubre de 2011 por la cual se expide el Estatuto del Consumidor y otras disposiciones. Bogotá D.C.: Congreso de la República.
- Congreso de la República de Colombia. (2009). Ley 1328 del 5 de julio de 2009 por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Bogotá D.C.: Congreso de la República.

Superintendencia Financiera de Colombia (2011, 2016). Circulares 039 de 2011 y 018 de 2016 SIF a través, de las cuales se amplía el listado de cláusulas abusivas preestablecido con la Ley 1328 de 2009. Bogotá D.C.: Superintendencia Financiera de Colombia.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, Sala Plena (22 de marzo de 2000) Sentencia C-330 de 2000 expediente D-2504 [M.P. Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional Sala Plena (30 de agosto de 2000, 23 de marzo de 2000) Sentencia C-1142 de 2000 expediente D-2835 y T 333 de 2000 expediente T-267601 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional, Sala Plena (13 de junio de 2001) Sentencia C-616 de 2001 expediente D-3279 [M.P. Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional, Sala Plena (13 de noviembre) Sentencia C-973 de 2002 expediente D-4032 [M.P. Álvaro Tafur Galvis].

Corte Constitucional, Sala Plena (21 de octubre de 2009) Sentencia C-749 de 2009 expediente D-7686 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional, Sala Plena (11 de marzo de 2014) Sentencia C-133 de 2014 expediente D-9779 [M.P. Alberto Rojas Ríos].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2 de febrero de 2001) expediente 5670, [M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil (2 agosto de 2001) expediente 6146 [M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (19 de diciembre de 2005) expediente 1996-102 74 [M.P. César Julio Valencia Copete].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (30 de abril de 2009) expediente 234561 [M.P. Pedro Octavio Munar Cadena].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (19 de octubre de 2011) expediente 20000847 [M.P. William Namén Vargas].

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil (2012) expediente 18013 [Consejero Ponente. Luis Camilo Osorio].

LAUDOS ARBITRALES

LA Punto Celular Vs Comcel S. A del 27 de febrero de 2007 expediente 230207.

LA Concelular en liquidación Vs Comcel del 1 de diciembre de 2006 expediente 011206.

LA Herpaty Vs Consesa del 16 de diciembre de 2005 expediente 161205.

LA Megaenlace Net S.A. vs. Telefónica Móviles Colombia S.A del 25 de marzo de 2009 expediente 1163.

CONCEPTOS

Superintendencia Financiera de Colombia (23 de febrero de 2007) Concepto 2007001302-001.

Superintendencia Financiera de Colombia (8 de agosto de 2008) Concepto 2008050033-001.

Superintendencia de Industria y Comercio (15 de abril de 2016) Concepto oficina jurídica, Concepto 16-057729- -00004-0000.