

## **Nulidad o ineficacia de las cláusulas abusivas en el estatuto del consumidor**

Ponencia presentada por Liana Aida Lizarazo Vaca

Magistrada del Tribunal Superior de Bogotá

Segundo encuentro de Autoridades Jurisdiccionales en Materia de  
Competencia Desleal y Derechos de Propiedad Industrial

Establece el Estatuto del Consumidor que “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”.

“Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho”.

La naturaleza proteccionista que caracteriza al Derecho del Consumidor fue plasmada en la exposición de motivos de la ley 1480 de 2011, en la que puntualizó que las cláusulas abusivas son aquellas “producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor como las que limitan la responsabilidad del productor o proveedor, invierten la carga de la prueba, trasladan al consumidor o a un Tercero la responsabilidad o las que impidan al consumidor resolver el contrato, entre otras”. Así mismo, definió que “las cláusulas

abusivas son ineficaces de pleno derecho, pero la nulidad de una cláusula no afecta la totalidad del contrato”<sup>1</sup>.

Al respecto, la Corte Suprema de justicia ha señalado que las cláusulas abusivas son “(...) todas aquellas que aún 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 (cas.civ. sentencias de 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 747; 2 de febrero de 2001, exp. 5670; 13 de febrero de 2002, exp. 6462), que la doctrina y el derecho comparado trata bajo diversas locuciones polisémicas, tales las de cláusulas vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas o abusivas con criterios disimiles para denotar la ostensible, importante, relevante, injustificada o trascendente asimetría entre los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los contratantes, la falta de equivalencia, paridad e igualdad en el contenido del negocio o el desequilibrio *"significativo"* (art. L-132-1, *Code de la consommation Francia*; artículo 1469 bis *Codice Civile italiano*) *"importante"* (Directiva 93/13/93, CEE y Ley 7ª/1998 -modificada por leyes 24/2001 y 39/2002- España), *"manifiesto"* (Ley 14/7/91 Bélgica), *"excesivo"* (art. 51, ap. IV. Código de Defensa del Consumidor del Brasil; art. 3º Ley de contratos *standard* del 5743/1982 de Israel) o *"exagerado"* (C.D. del Consumidor del Brasil), *"sustancial y no justificado"* (Ley alemana del 19 de julio de 1996, adapta el AGB-Gesetz a la Directiva 93/13/93 CEE) en los derechos, obligaciones y, en menoscabo, detrimento o perjuicio de una parte, o en el reciente estatuto del consumidor, las *"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*

---

<sup>1</sup> Gaceta del

*puede ejercer sus derechos", en cuyo caso "[p]ara establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza", no podrán incluirse por los productores y proveedores en los contratos celebrados con los consumidores, y "en caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho" (artículos 42 y ss), y que igualmente las Leyes 142 de 1994 (artículos 131, 132 y 133) y 1328 de 2009 (D.O. 47.411, julio 15 de 2009, arts. 2o, 7o, 9o, 11 y 12 ), prohíben estipular"*<sup>2</sup>.

De acuerdo a lo anterior, el legislador propende por la protección de la parte a quien se le cause un desequilibrio injustificado y por ende corresponderá al juez dilucidar si en el negocio jurídico existe aquél en perjuicio del consumidor, así como deberá verificar las demás condiciones del contrato. Lo anterior, por cuanto la norma expresó de forma general los elementos que deben observarse para considerar las cláusulas abusivas y en consecuencia será cada caso en concreto el que determine si tal conducta reprochada se presenta o no.

Sin embargo, la norma también especificó casos en los que se configura la abusividad y por ello se enlistan, señalando el legislador como sanción la ineficacia de pleno derecho, sobre los cuales, a su vez, debe verificarse que reúna las particularidades antes mencionadas.

Estas cláusulas son de acuerdo con el artículo 43 de la ley 1480 de 2011:

1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP. William Namén Vargas. Sentencia del 19 de octubre de 2011. Referencia: 11001-3103-032-2001-00847-01

2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;
5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;
6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;
7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;
8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;
9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;
10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.
11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;

12. <Numeral derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012. Entra a regir a partir del 12 de octubre de 2012>

13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.

14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.

Ahora bien, el estatuto del consumidor estableció como sanción al pacto de cláusulas abusivas que “Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho”.

A su turno, indicó en el artículo 44 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.

Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente”.

Ahora bien para determinar la clase de sanción que conlleva la inclusión de una cláusula abusiva resulta útil acudir a las normas del Estatuto Mercantil tal como lo previó el artículo 4 *ibidem*, según el cual “En lo no regulado por esta ley, en tanto no contravengan los principios de la misma, de ser asuntos de carácter sustancial se le aplicarán las reglas contenidas en el

Código de Comercio y en lo no previsto en este, las del Código Civil. En materia procesal, en lo no previsto en esta ley para las actuaciones administrativas se le aplicarán las reglas contenidas en el Código Contencioso Administrativo y para las actuaciones jurisdiccionales se le aplicarán las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en particular las del proceso verbal sumario”.

Se dice que un negocio jurídico es eficaz cuando tienen lugar los efectos jurídicos a los cuales se dirige. A contrario sensu es ineficaz cuando no tienen lugar los efectos jurídicos pretendidos debido a que el ordenamiento jurídico así lo impone.<sup>3</sup>

De ineficacia se habla en dos sentidos: El primero, el más amplio y genérico comprende todas las hipótesis en que el negocio jurídico no produce efectos o, en caso de producirse, están destinados a desaparecer.

“Con este criterio, todas las categorías que sancionan la irregularidad del negocio jurídico son ineficacias. La ineficacia sería el género para designar todas aquellas situaciones que por una u otra razón llevan el negocio jurídico a no producir efectos. La inexistencia, la nulidad e incluso resolución e inoponibilidad, serían meras especies de ineficacia.

Si eficacia es la aptitud para producir efectos la ineficacia sería lo contrario, es decir la ausencia de efectos debido a la irregularidad del

---

<sup>3</sup> Karl Larenz. Derecho Civil, Parte general.

negocio jurídico, que no es otra cosa que la disconformidad del negocio producido, con aquel que es señalado por la norma jurídica.”<sup>4</sup>

El concepto de ineficacia en sentido estricto, se utiliza para referirse al negocio que, aún siendo válido, no es de suyo suficiente para dar nacimiento a los efectos previstos, o estos se malogran en todo o en parte. “Se trata más bien de una frustración de los efectos finales del negocio jurídico como consecuencia de causas extrínsecas al mismo, tales como el evento del incumplimiento, la revocación, etc.”<sup>5</sup>

La ineficacia en sentido estricto “presupone pues que ya haya sido resuelta en sentido positivo la valoración relativa a la relevancia y a la validez del acto de autonomía privada y que, sin embargo, el negocio no se considera idóneo a nivel dinámico (o como también se suele decir funcional) para la ejecución plena de la ordenación de intereses prevista en la autoregulación.”<sup>6</sup>

El Código de Comercio disciplinó la figura de la ineficacia en el artículo 897 que establece: “Cuando este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.”

La ineficacia consagrada en el Código de Comercio, no encuadra dentro de ninguno de los criterios de ineficacia anteriormente

---

<sup>4</sup> Jaime Alberto Arrubla Paucar. Contratos mercantiles.

<sup>5</sup> ibídem

<sup>6</sup> Derecho Civil Tomo I Volumen II Hechos y actos jurídicos .Lina Bigliuzzi Geri y otros.Traducción Fernando Hinestrosa Universidad Externado de Colombia.

expuestos y reconocidos por la doctrina universal, a tal punto que esta norma incluida en la legislación colombiana es considerada por diversos tratadistas como una figura inútil, extraña, imprecisa y confusa y advierten que “si no existiere el artículo 897 del estatuto mercantil, todos los casos de ineficacia que aparecen diseminados en el Código serían nulidades absolutas por contrariarse una norma imperativa.”<sup>7</sup>

En efecto, la ineficacia del artículo 897 del Código de Comercio es considerada “ como una figura sui generis, al parecer sin antecedentes y desprovista de perfiles nítidos y de autonomía”, al punto que tal estatuto no consagró causales generales de ineficacia, como si las hay para la nulidad y para la inexistencia, sino que dispuso un número de ineficacias particulares consagradas para castigar en forma expedita y sin intervención judicial ciertas violaciones de normas, tales como las que aparecen consagradas en los artículos 112, 198, 200, 297, 318, 407, 433, 435, 501, 524, 670, 678, 712, 1005, 1045, 1055, 1203, 1244 en los cuales “quizá con las solas excepciones de los relativos a las asambleas de socios, a la expedición de títulos-valores y a algunos de los elementos del seguro, en donde pudiera pensarse que se configuraría la inexistencia, prevenida en el artículo 898, se trata incuestionablemente de la nulidad de determinadas cláusulas por contrariedad a normas imperativas, eventualidad contemplada en el artículo 899, tanto en el numeral 1º como en el 2º por lo cual lo primero que se ocurre es preguntar a qué esa repetición innecesaria y a qué la creación inútil de una figura extraña, imprecisa y confusa.”

---

<sup>7</sup> Jaime Alberto Arrubla Paucar. Contratos mercantiles

Entonces, la ineficacia consagrada en el art. 897 del C. de Co. y que opera en los casos en que el Código de Comercio dice que el acto no produce efectos o que es ineficaz de pleno derecho, se manifiesta en algunos casos como inexistencia, en otros como nulidad absoluta, no obstante la inclusión de la expresión de que no requiere de declaración judicial, y en otros como una verdadera y auténtica ineficacia.

Hay inexistencia por ejemplo en el caso consagrado en el artículo 670 que prevé que los títulos creados en contravención a la prohibición de expedir títulos al portador fuera de los casos autorizados expresamente en la ley, no producirán efectos como títulos valores.

Por ejemplo, el numeral 4 del artículo 110 que dispone que la extensión indeterminada del objeto social será ineficaz “no se trata de un caso de ineficacia propiamente dicha, sino más bien de violación de una norma imperativa, la cual acarrearía la nulidad absoluta (art.899), pero a la cual se le dan los efectos de pleno derecho.”<sup>8</sup>

Y, la sanción consagrada en el artículo 150 según el cual las cláusulas del contrato que priven a algún socio de toda participación en las utilidades se tendrán por no escritas “no parece un caso de ineficacia propiamente dicha, ya que es la validez misma de la cláusula, aún aceptada por los socios la que está en duda. Tampoco es un caso de inexistencia puesto que ésta se refiere a la falta de elementos

---

<sup>8</sup> Humberto de la Calle Lombana. Inexistencia, nulidad e ineficacia en el derecho mercantil.

constitutivos o solemnidades esenciales. Entonces hemos hallado otro caso de nulidad absoluta de pleno derecho.”<sup>9</sup>

Y hay otros eventos de verdadera ineficacia como el consagrado en el artículo 297 según el cual no produce efecto alguno respecto de la sociedad y los demás socios la cesión del interés social y la delegación en un extraño de las funciones de administración y vigilancia de la sociedad.

“En los supuestos de inexistencia, la prevención de ausencia de efecto y de no necesitarse declaración judicial, sobra del todo”<sup>10</sup> y en lo relativo a la nulidad de pactos o cláusulas por contrariedad del ius cogens no aparece acertada la creación de una medida adicional a la nulidad absoluta propia de estos casos, con el nombre de ineficacia, en cuanto elimina la intervención del juez, para estatuir una nulidad virtual al capricho de los particulares y de autoridades administrativas, vaya a saberse si imprescriptible y cuya aplicación de ninguna manera podría hacerse a espaldas de la jurisdicción, del derecho de defensa y del debido proceso.”<sup>11</sup>

Dada la redacción equívoca de las disposiciones del Código de Comercio que regulan la materia, se hace necesario precisar en cada caso concreto cual de las distintas modalidades de inoperancia se configuró.

---

<sup>9</sup> Ibidem

<sup>10</sup> Hinestrosa, libro citado

<sup>11</sup> ibidem

Cuando se trata de un negocio jurídico realizado en contravención de norma imperativa no queda la menor duda que está viciado de nulidad absoluta pues en el Código de Comercio las causales de nulidad absoluta son la incapacidad absoluta, la ilicitud del objeto y la ilicitud de la causa, y la infracción de norma imperativa, a menos que el propio precepto castigue esa violación con pena diferente la cual puede ser la ineficacia de pleno derecho, la cual no es más que una nulidad absoluta que no requiere de declaración judicial.

Esta causal de nulidad absoluta está consagrada también el Código Civil aunque no de forma autónoma sino ligada al concepto de objeto ilícito ya que el artículo 1523 dispone que hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

Así las cosas queda claro que aquellos negocios jurídicos que contrarían el ius cogens quedan afectados de nulidad absoluta, solo que en la legislación colombiana en los casos específicamente señalados en el Código de Comercio y en algunas disposiciones especiales, tal sanción del negocio jurídico se consagró con el nombre de ineficacia a fin de eliminar la intervención judicial, lo que a la postre no constituye verdad absoluta porque ésta se hace necesaria cuando el acto como hecho humano que es ha producido consecuencias frente a las cuales se hace necesario un pronunciamiento judicial.

En otras palabras, “el nuevo Código de Comercio se caracteriza precisamente por consagrar en muchas de sus disposiciones la ineficacia como sanción que ha venido a desplazar en una medida

importante, el tradicional castigo de la nulidad”<sup>12</sup> cuya principal característica es la de “privar de todo efecto, sin necesidad de intervención judicial, las estipulaciones violatorias de ciertas normas imperativas, consideradas por el legislador como particularmente graves”<sup>13</sup>

Y no se diga que en estos casos cuando la ineficacia se configura por violación de norma imperativa se asimila a la inexistencia pues “en la ineficacia hay un acto que no produce efectos, en la inexistencia hay, en cambio, ausencia de acto”, “ y mientras la ineficacia es una sanción por violación grave de ciertas normas imperativas, la inexistencia no tiene sentido de castigo y es, más bien, una exigencia para lograr la configuración típica de los contratos o para asegurar su certeza mediante el cumplimiento de determinada solemnidad.”<sup>14</sup>

Por ello si bien puede sostenerse que un acto inexistente no produzca efectos, no puede decirse que un acto ineficaz sea inexistente. “La ineficacia se refiere exclusivamente a los efectos de un acto jurídico, sin tener en cuenta si esa acto es existente y es válido o no lo es. Podría decirse, en efecto, que hay una ineficacia absoluta y una ineficacia relativa, simétricamente a lo que ocurre en el caso de las nulidades; la ineficacia absoluta sería una consecuencia inmediata de la inexistencia, puesto que en sana lógica – y ésta no puede ser ajena al derecho- lo que no existe no puede producir efectos; no obstante

---

<sup>12</sup> Gaviria Gutierrez Enrique. Lecciones de derecho comercial. Medellín. Dike 2ª edición, 1987, págs.. 201a1 209.

<sup>13</sup> *Ibíd*em

<sup>14</sup> *ibíd*em

hay casos de ineficacia absoluta o erga omnes aún tratándose de actos cuya existencia o cuya validez no se cuestionen, como la prevista en el artículo 150 del Código, lo mismo que los casos de ineficacia temporal, como los que se prevén en el artículo 407 del mismo Código, en forma de suspensión temporal de sus efectos. La ineficacia relativa sería a su vez, una verdadera y simple inoponibilidad, como falta de efectos solamente respecto de algunas personas o situaciones jurídicas, como ocurre en los distintos casos de inoponibilidad previstos en el Código para los actos sometidos a la inscripción en el registro público de comercio, so pena, precisamente, de no ser oponibles a terceros sin esa inscripción”<sup>15</sup>

Luego, si un negocio jurídico es ineficaz de pleno derecho por contrariar una norma imperativa, quiere decir que está viciado de nulidad absoluta, y por ende se aplican todos y cada uno de los efectos que cobijan cualquier declaración de nulidad de tal estirpe.

Entonces, la ineficacia consagrada en el artículo 897 del Código de Comercio no es cosa distinta que la nulidad absoluta por violación de norma imperativa, solo que no requiere declaración judicial.

Así lo han sostenido diversos tratadistas que sostienen “que la nota característica de la ineficacia (del acto) es que a pesar que en todos estos eventos se trataría de nulidades absolutas que requerirían de declaración judicial, aquel fenómeno no exige esta declaratoria, al

---

<sup>15</sup> Gabino Pinzón. Sociedades comerciales. Vol II Tipos o formas de sociedad. Bogotá –Editorial temis 1983 pág. 223-223.

considerar de entrada o in limine estos pactos prohibidos están desprovistos de eficacia”<sup>16</sup>

En igual sentido la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “se caracteriza porque actúa exclusivamente cuando la ley “...*exprese que un acto no producirá efectos...*”; y opera de modo automático, esto es *ope legis*, sin necesidad de reconocimiento judicial, de suerte que la decisión emitida por un funcionario, si es que así sucede, no tiene índole declarativa ni constitutiva, sino de constatación de los hechos que pudieran dar lugar al fenómeno”.<sup>17</sup>

Ahora bien, descendiendo a lo normado en el Estatuto del Consumidor debe decirse que de conformidad con el artículo 4 de la ley 1480 de 2011 las disposiciones contenidas en esa ley son de orden público, por lo que la inclusión de cláusulas abusivas no solo está expresamente prohibido en el artículo 42 que señala que los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados en los consumidores, sino que además incluirlas quiere decir que se actúa en contravía de normas imperativas, y en consecuencia tales estipulaciones son ineficaces de pleno derecho, es decir adolecen de nulidad absoluta, solo que no requieren declaración judicial.

---

<sup>16</sup> Jorge Suescún Melo. Derecho Privado, segunda edición, editorial Legis.

<sup>17</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. M P. César Julio Valencia Copete. Sentencia del seis (6) de agosto de dos mil diez (2010).

Si bien en principio la ineficacia no requiere declaración judicial, cuando el acto se ha ejecutado total o parcialmente se hace necesario que la autoridad no solo reconozca los presupuestos de la ineficacia sino también que se pronuncie sobre las prestaciones que se han cumplido.

Y en ese orden de ideas la regulación de sus consecuencias no puede ser otra distinta que la que determina las relativas a la declaración de nulidad absoluta.

Ahora bien, en aras de establecer el actuar del juez frente a una cláusula abusiva, la Corte Suprema de Justicia consideró:

*“Lo que puede hacer el juez frente a una cláusula abusiva en ese tipo de contratos, es resolver el caso aplicando la teoría general, la cual invita a observar la prohibición de insertar ese tipo de cláusulas, según restricción que implícitamente se desprende del citado artículo 871 del Código de Comercio, y derivar la consecuencia legal que corresponda, que no puede ser otra que sancionar con la invalidez la cláusula del contrato transgresora del mandato legal, si ello se torna necesario para mantener el equilibrio y por ende la justicia contractual entre las partes”<sup>18</sup>.*-

**CASO 1: sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil M.P Jaime Alberto Arrubla Paucar 14 de diciembre de 2011 referencia C- 1100131030142001-01489-01.**

## **CLÁUSULA ABUSIVA EN UN CONTRATO DE MUTUO CON BANCO**

### **PARTES:**

---

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil M.P Jaime Alberto Arrubla Paucar 14 de diciembre de 2011 referencia C- 1100131030142001-01489-01.

- JORGE SAFFÓN SALAZAR
- BANCAFE S.A., ANTES CORPORACIÓN CAFETERA DE AHORRO Y VIVIENDA CONCASA.

## **SUPUESTO FÁCTICO**

Suplica el demandante que se declare un cobro excesivo de sumas de dinero por parte de la entidad bancaria, no amparadas por el contrato de mutuo, al aplicar pagos realizados a papelería, visitas de obra, avalúos, estudios de títulos, timbres, seguros e intereses.

Se estableció que las partes pactaron que los rubros antes descritos corrían por cuenta de ellos, inclusive que se deducirían de los desembolsos.

## **PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO**

Establecer, en el campo estrictamente jurídico, si las imputaciones realizadas a rubros distintos a intereses y a capital, en todo caso previstos en la ley positiva y contractual, eran válidos, o si, por el contrario, violaban normas de orden público.

## **RESOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO**

### **Argumentos expuestos:**

**a.-** La autonomía de la voluntad de los contratos de mutuo tienen límites, pues los deudores constituyen la parte débil del contrato que no puede dejarse al arbitrio de los acreedores, que para el presente caso, los bancos ejercen posición dominante, lo que se traduce en la influencia que pueden ejercer para imponer las condiciones del contrato.

**b.-** El banco no puede desconocer el principio de confianza y abuse de su posición de privilegio, pues debe observar el deber de buena fe que para el momento de perfeccionarse el contrato impone a las partes el

artículo 871 del Código Comercio. En ese sentido debe abstenerse de incluir en el negocio jurídico cláusulas abusivas que lo coloque en una situación de privilegio frente al adherente.

*Sobre la cláusula abusiva la Corte Suprema de Justicia indica que “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”.*

*Por lo pronto, en la situación actual del sistema legal de los contratos, ausente de una regulación propia para el contrato por adhesión, mientras entra en vigencia el nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), lo que puede hacer el juez frente a una cláusula abusiva en ese tipo de contratos, es resolver el caso aplicando la teoría general, la cual invita a observar la prohibición de insertar ese tipo de cláusulas, según restricción que implícitamente se desprende del citado artículo 871 del Código de Comercio, y derivar la consecuencia legal que corresponda, que no puede ser otra que sancionar con la invalidez la cláusula del contrato transgresora del mandato legal, si ello se torna necesario para mantener el equilibrio y por ende la justicia contractual entre las partes”<sup>19</sup>.*

---

<sup>19</sup> Jaime Alberto Arrubla Paucar. Sentencia del catorce (14) de diciembre de dos mil once (2011). Referencia: C-1100131030142001-01489-01

**c.-** La resolución del caso, bajo los anteriores parámetros, no es discrecional pues por mandato constitucional (Artículo 13 CP) obliga al juez a proteger a las personas que estén en una situación de debilidad manifiesta, por su condición económica en las relaciones contractuales, como por ejemplo los consumidores de las empresas proveedoras de bienes y servicios, quienes ejercen una posición dominante, y por ende debe sancionar los abusos contra dichas personas.

**d.-** *“El sentenciador, en todo caso, en su labor interpretativa, deberá mantener como norte, precisamente, que las condiciones generales en el contrato por adhesión deben interpretarse a favor del adherente y en el sentido más favorable, por razones de equidad, mientras entra en vigencia el nuevo Estatuto del Consumidor, donde se dispone expresamente, en el artículo 34, que dichas cláusulas se interpretan a favor de la parte adherente y que en caso de duda prevalecen las cláusulas más favorables para éste”<sup>20</sup>.*

**e.-** El artículo 68 de la Ley 45 de 1990, prevé que existen rubros autorizados que se justifican y causan de manera independiente, de una parte, aquellos que las autoridades competentes no tienen en cuenta para el cálculo de la tasa de interés efectiva, y de otra, los servicios vinculados directamente al crédito.

**f.** La norma prohíbe: 1. cobro de puntos relacionados con la inflación y el porcentaje de utilidades a que tiene derecho la entidad crediticia en desarrollo de su negocio, pues tales conceptos se entienden incluidos en la tasa de interés efectiva. 2. los gastos por administración del crédito, manejo de cartera, papelería, en fin, considerando, al tenor del artículo 4º de la Resolución 19 de 1998, emanada de la Junta Directiva del

---

<sup>20</sup> *Ibidem*

Banco de la República, que el “*concepto de tasa de interés efectiva comprende, también, la totalidad de los costos financieros a cargo del deudor -cualquiera que sea su denominación- vinculados al préstamo o relacionados con él*”.

g. El cobro por concepto de papelería transgredió la ley sustancial, pues se trataba de un cobro prohibido.

## **DECISIÓN.**

Declarar que, en efecto, la entidad bancaria cobró una suma de \$165.000 por concepto de un gasto no autorizado.

**CASO II: Relacionado con un caso concreto del Estatuto del Consumidor Financiero. Auto del Tribunal Superior de Bogotá adiado el trece (13) de agosto dos mil catorce (2014). Expediente No. 01 2013 00808 01.**

## **PARTES**

- RESTREPO HENANO S.A CORREDORES DE SEGUROS
- ASESORES EN VALORES S.A COMISIONISTA DE BOLSA

## **SUPUESTO FÁCTICO**

Las partes fijaron el litigio como una acción de protección del consumidor financiero, y los hechos que la originaron fueron las

órdenes que el actor dio al comisionista para la realización de las operaciones REPO, por lo que pretende ventilar la responsabilidad de este último de cara a las mismas.

Ahora bien, de conformidad con los artículos 3.2.1.3.3.2, 3.2.1.3.3.8 y 3.2.1.3.3.9 del Reglamento de la Bolsa de Valores de Colombia y el artículo 3.4.3.3.4 de la Circular Única de la BVC<sup>21</sup> es necesario que los clientes de operaciones de venta con pacto de recompra suscriban una carta de compromiso, que es el documento denominado “*Anexo 12- carta de compromiso para la celebración de operaciones de venta con pacto de recompra sobre acciones y/o valores de renta variable*” el cual establece en el artículo decimocuarto la cláusula compromisoria, a saber : “*Las diferencias que surjan entre las partes en relación la presente carta o su ejecución, serán sometidas a un Tribunal de arbitramento conformado por tres (3) Árbitros designados (...)*”.-

## **PROBLEMA JURÍDICO**

El punto central de la controversia giró en torno a la existencia de un contrato de adhesión y si en punto a la naturaleza de la acción de protección al consumidor, hay lugar a considerar la cláusula compromisoria citada como abusiva, pues bien, aun cuando aparece explícita en estipulaciones contractuales, no es menos cierto que el comitente no ha tenido la oportunidad de controvertir sus términos, o lo

---

<sup>21</sup> “ cuando la Sociedad comisionista actúe por cuenta de un tercero, éste debió haber suscrito una autorización expresa mediante la cual ordene la realización de operaciones Repo y cuyas condiciones mínimas se encuentran establecidas en el formato previsto en la presente Circular en el Anexo 12”

que es lo mismo, la libertad de discusión respecto de dicha previsión se ha visto reglada a un simple “sí”.

## **RESOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO**

a. Los contratos de adhesión se caracterizan por la posición dominante de una de las partes, que por su poder económico y profesional tiene la facilidad de imponer sus condiciones en la redacción, administración y ejecución del negocio jurídico respectivo, el cual, valga anotar, viene preimpreso o estandarizado, como en el caso bajo estudio.-

Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

*“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 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”.*<sup>22</sup>

**b.** Ahora bien, la Ley 1328 de 2009 (estatuto del consumidor financiero) establece en su artículo 11, un sistema reconocido por la propia Corte Suprema de Justicia, como de “lista negra”<sup>23</sup> el cual dispone:

**“PROHIBICIÓN DE UTILIZACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS.** *Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:*

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

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

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

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

*e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.*

**PARÁGRAFO.** *Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.”*

---

<sup>22</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil M.P Jaime Alberto Arrubla Paucar 14 de diciembre de 2011 referencia C-1100131030142001-01489-01.

<sup>23</sup> “Sistema “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, (...), la cual en su artículo 42, considera como tal aquellas conductas que producen desequilibrio injustificado en contra del consumidor” Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil M.P Jaime Alberto Arrubla Paucar 14 de diciembre de 2011 referencia C-1100131030142001-01489-01.

c. Asimismo la circular básica jurídica 039 de 2011 expedida por la Superintendencia Financiera, establece en su numeral 10° cláusulas y prácticas abusivas, en las que se destaca la contenida en el numeral 10.1.2 que prevé:

*“Las que impongan la obligación de utilizar de manera exclusiva un determinado mecanismo alternativo de solución de conflictos para resolver las controversias entre consumidores financieros y entidades vigiladas”*

## **DECISIÓN**

El caso se resolvió determinando que pese a que la Ley 1563 de 2012 en su artículo 118 derogó el numeral 12 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011<sup>24</sup>, se debe dar aplicación a la regla especial del consumidor financiero contenida en el ya citado artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, en donde se prohíbe la utilización de cláusulas abusivas en contratos de adhesión, teniendo en cuenta la circular básica 039 de 2011 expedida por la Superintendencia Financiera.

Lo anterior, significa, sin más, que la cláusula compromisoria en que se soportó el a quo para rechazar la demanda constituye a todas luces una cláusula abusiva, por lo tanto se tendrá por no escrita para el consumidor financiero, que en este caso era el demandante. Así se ordenó que la Superintendencia Financiera como juez de conocimiento resolviera sobre la admisibilidad de la demanda.-

---

<sup>24</sup> **ARTÍCULO 43. CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO.** *Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que: 12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.*

