



Revista de Derecho Privado

E-ISSN: 1909-7794

mv.pena235@uniandes.edu.co

Universidad de Los Andes

Colombia

Gómez Castillo, Diana Carolina

EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL SECTOR BANCARIO

Revista de Derecho Privado, núm. 55, enero-junio, 2016, pp. 1-35

Universidad de Los Andes

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360046467010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Revista de
Derecho
Privado

**EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS
EN EL SECTOR BANCARIO**

DIANA CAROLINA GÓMEZ CASTILLO

Artículo de revisión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.55.2016.02>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Rev. derecho priv. No. 55

enero - junio de 2016. e-ISSN 1909-7794

El control de las cláusulas abusivas en el sector bancario

Resumen

Los contratos de adhesión han permitido que una de las partes de la negociación incluya disposiciones contractuales que perjudican gravemente al adherente y propician la aparición de asimetrías reales en la celebración de negocios; estas son denominadas cláusulas abusivas. En el sector bancario esta no es una discusión ajena, dada la dinámica del mercado, motivo por el cual se procederá a analizar la eficacia del control adoptado por el Estado para restaurar la igualdad en los contratos de adhesión celebrados en dicho sector. En esta evaluación se revisará la configuración de este tipo de cláusulas en los contratos de adhesión celebrados entre los consumidores financieros y los establecimientos bancarios; posteriormente, se estudiarán los mecanismos de control del citado sector; para finalmente, proceder a efectuar la valoración de la efectividad de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Palabras clave: contratos de adhesión, cláusulas abusivas, consumidor financiero, intervención estatal, Superintendencia Financiera de Colombia.

The control of abusive clauses in the banking industry

Abstract

Adhesion contracts have allowed abusive clauses that propitiate the real asymmetries in transactions. Taking into account market dynamics, this is not a trivial discussion in the banking sector, and hence this paper analyses the efficacy of the control adopted by the State to restore equality in adhesion contracts celebrated in such sector. Firstly, the configuration of the above-mentioned kind of clauses is analyzed; secondly, an overview of the control mechanisms will be provided; and finally, an evaluation of the effectiveness of the intervention by the Colombian Financial Regulation Agency will be presented.

Key words: Adhesion contracts; abusive clauses; financial consumer; State intervention; Colombian Financial Regulation Agency.

O controle das cláusulas abusivas no setor bancário

Resumo

Os contratos de adesão tem permitido que uma das partes da negociação inclua disposições contratuais que prejudicam gravemente o aderente e propiciam a aparição de assimetrias reais na celebração de negócios; estas são denominadas cláusulas abusivas. No setor bancário esta não é uma discussão alheia, dada à dinâmica do mercado, motivo pelo qual se procederá a analisar a eficácia do controle adotado pelo Estado para restaurar a igualdade nos contratos de adesão celebrados em dito setor. Nesta avaliação será revisada a configuração deste tipo de cláusulas nos contratos de adesão celebrados entre os consumidores financeiros e os estabelecimentos bancários; posteriormente, serão estudados os mecanismos de controle do citado setor; para finalmente, proceder a efetuar a valoração da efetividade das atuações realizadas pela Superintendência Financeira da Colômbia.

Palavras-chave: contratos de adesão, cláusulas abusivas, consumidor financeiro, intervenção estatal, Superintendência Financeira da Colômbia.

El control de las cláusulas abusivas en el sector bancario*

DIANA CAROLINA GÓMEZ CASTILLO**

SUMARIO

Introducción – I. PRESUPUESTOS DE LA CONTRATACIÓN ABUSIVA EN EL SECTOR BANCARIO – A. *Contratos de adhesión en el sector bancario* – B. *Cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores financieros* – C. *Los consumidores financieros como sujetos de especial protección* – II. MECANISMOS DE CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR BANCARIO – A. *Consideraciones generales sobre los mecanismos de control de las cláusulas abusivas* – B. *Legislaciones extranjeras* – 1. Comunidad Económica Europea – 2. España – 3. Francia – 4. Argentina – 5. Chile – C. *Tratamiento nacional* – III. AUTORIDAD ADMINISTRATIVA COMPETENTE PARA CONTROLAR LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL SECTOR BANCARIO: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA – A. *Objetivos* – B. *Función de supervisión* – C. *Facultad sancionatoria* – D. *Función de atención de reclamaciones o quejas* – F. *Funciones jurisdiccionales* – IV. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Gómez Castillo, D. C. (Diciembre, 2015). El control de las cláusulas abusivas en el sector bancario. *Revista de Derecho Privado*, 55. Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.55.2016.02>

** Abogada (Universidad de Antioquia). Especialista en Derecho Financiero y Bursátil (Universidad Externado de Colombia) y en Derecho Comercial (Universidad de los Andes). Magíster en Derecho Privado (Universidad de los Andes). Directora de la Dirección Legal para Intermediarios Financieros de la Superintendencia Financiera de Colombia. Correo: dcmgomezcastillo@gmail.com

Introducción

Los contratos de adhesión son aquellos cuyo contenido ha sido previamente definido por una de las partes de la negociación y es presentado a la otra con la opción de aceptarlo o rechazarlo. Estos contratos han permitido que una de las partes, en ejercicio de la posición dominante, incluya cláusulas que perjudican gravemente al adherente, denominadas cláusulas abusivas, sin la posibilidad de ser controvertidas o negociadas por la parte débil del contrato.

Presentado el anterior contexto, es importante mencionar que las condiciones del mercado y la voluntad de las partes no resultan suficientes para contrarrestar la asimetría que se presenta entre los establecimientos bancarios y los consumidores financieros. Motivo por el cual se hace indispensable la existencia y necesidad de imponer limitaciones a la autonomía contractual y, especialmente, a la libertad empresarial, considerando que el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia destaca la libertad de la iniciativa privada, pero le señala como límite el bien común y la libre competencia económica, siendo además de interés estatal la protección del consumidor, según los términos del artículo 78 de la Constitución.

En ese orden, si la parte que está en una posición dominante dentro de una relación contractual contraviene las normas de protección al consumidor, vulnera el principio de buena fe y abusa de su posición, siendo evidente el desequilibrio contractual; evento en el cual el Esta-

do debe intervenir con el fin de garantizar cierta equidad, respecto de lo cual se ha generado la puesta en escena de múltiples medidas tendientes a evitar el abuso de la parte débil, por parte de quien tiene una posición dominante.

De acuerdo con lo expuesto, se hace necesario revisar los mecanismos de control de las cláusulas abusivas que se han aplicado tanto en la legislación colombiana como en algunas experiencias extranjeras, con el propósito de identificar soluciones o mejoras posibles aplicables a nuestro derecho. Tal ejercicio está especialmente dirigido a que la autoridad de control actualmente competente en materia bancaria, esto es, la Superintendencia Financiera de Colombia (en adelante Superfinanciera), pueda lograr uno de los objetivos trazados por el Estado, es decir, aquel referido a velar por la protección de los consumidores financieros, mediante el restablecimiento de la igualdad en los contratos de adhesión celebrados.

Así las cosas, el propósito del presente estudio es analizar la eficacia del control impuesto por el Estado para restaurar la igualdad en los contratos de adhesión celebrados en el sector bancario, tarea que se adelantará revisando, en el primer capítulo, la literatura que gira en torno a describir los presupuestos más relevantes de la contratación abusiva en el sector bancario, entre los cuales se mencionarán los contratos de adhesión, las cláusulas abusivas y los consumidores financieros como sujetos de especial protección. En el segundo capítulo se evaluarán los mecanismos de control de las cláusulas abusivas de los contratos del sector

bancario, para lo cual se analizarán las normas referidas a la materia que se han adoptado en el ordenamiento jurídico colombiano, y algunas referencias extranjeras en las cuales se abordan distintos supuestos dirigidos a restablecer el equilibrio contractual en una relación asimétrica. Y, finalmente, se evaluarán las actuaciones adelantadas por la Superfinanciera como autoridad estatal competente para controlar la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión celebrados entre consumidores financieros y establecimientos bancarios, con el propósito de constatar la eficacia del control que ha ejercido dicha autoridad respecto de los abusos que se cometen en materia contractual dentro del sector bancario.

I. PRESUPUESTOS DE LA CONTRATACIÓN ABUSIVA EN EL SECTOR BANCARIO

A. Contratos de adhesión en el sector bancario

Los contratos de adhesión son aquellos cuyo contenido ha sido previamente definido por una de las partes de la negociación y es presentado a la otra con la opción de aceptarlo o rechazarlo (Ballesteros Garrido, 1999). La celebración de este tipo de contratos refleja los cambios que ha sufrido la concepción tradicional del contrato, según la cual las partes discutían las condiciones y decidían si se contrataba o no, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, para atender una realidad social que ha venido demostrando que, en algunos casos, la aplicación estricta de los principios

civiles no es suficiente (Cárdenas Mejía, 2009, p. 694).

La concepción tradicional se comenzó a resquebrajar por distintos motivos de carácter económico, social y político en la primera mitad del siglo XX, lo cual influyó en que el Estado se viera forzado a intervenir en el contrato tratando de disminuir las desigualdades reales. Aunado a lo anterior, el liberalismo económico de la época influyó en que el contrato se adaptara a las circunstancias, como un instrumento eficiente que permitiera la circulación rápida de bienes y servicios (Echeverry Salazar, 2011a).

En esa medida, la propagación de los contratos de adhesión hizo que la forma tradicional de contratación haya prácticamente desaparecido, afectando la libertad contractual, y haciendo que una de las partes se encuentre en desventaja por su incapacidad de negociación frente a la parte fuerte de la relación contractual. Lo anterior, toda vez que el margen de maniobra del consumidor es casi nulo, y propicia que la parte dominante imponga sus propias reglas de ventaja sobre los intereses de los consumidores (Biquet, 2010).

Por su parte, la Corte Constitucional ha reconocido la asimetría real en que se desenvuelve el consumidor (sentencia C-1141/2000, E. Cifuentes), y ha señalado que las entidades financieras tienen una posición de preeminencia o dominante, reconociendo una relación asimétrica que se entabla específicamente entre una entidad financiera y los usuarios (sentencias T-661/2001, J. Córdova y T-1085/2002, J. Araújo).

En cuanto a la orientación de la Corte Suprema de Justicia respecto de los abusos de la posición de dominio que pueden presentarse en la celebración de un contrato, procede indicar que la sentencia más significativa, mas no la única,¹ es la del 19 de octubre de 1994 (Suescún Melo, 2005, pp. 217-218), cuyo ponente fue el magistrado Carlos Esteban Jaramillo Scholss, en la cual señaló que la banca en todas sus manifestaciones dispone de un enorme poderío económico que le permite a las entidades financieras

gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponerlas a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar, así como también administrar el conjunto del esquema contractual de esa manera puesto en marcha.

Así, es importante resaltar que si en algún sector de la economía es patente la desigualdad entre empresarios y consumidores es, precisamente, en el de la contratación bancaria, toda vez que las entidades crediticias disponen de medios económicos y jurídicos suficientes para imponer condiciones jurídicas a quienes contratan con ellas (Montés Rodríguez, 2002). Al respecto, procede indicar que la contratación bancaria responde con muy pocas excepciones a la predisposición-adhesión, la cual se

lleva a cabo mediante la elaboración de los formularios, trasladando previsiones de un negocio a otro sin someterlas a un juicio severo de procedencia, y sin un análisis técnico jurídico suficiente (Barbier, 2002).

En la normativa que protege al consumidor financiero (Ley 1328 de 2009, artículo 2°, literal f) está consagrado que los contratos de adhesión son aquellos elaborados unilateralmente por la entidad financiera y cuyas cláusulas y/o condiciones no son de libre discusión por parte de los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad. En ese sentido, se ha considerado que el contrato de adhesión se caracteriza porque su contenido carece de discusión entre las partes (Superintendencia Financiera de Colombia [SFC], noviembre 26 de 2009).

Es importante indicar que después de la Ley 1328 de 2009 se expidió la Ley 1480 de 2011 que consagró el Estatuto del Consumidor, y específicamente en su artículo 5 definió como contrato de adhesión, “aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas”.

La Corte Constitucional (SU-039/1998, H. Herrera; T-563/2009, G. Mendoza) y la Corte Suprema de Justicia (Civil, 4 nov. 2009, P. Munar) se han pronunciado respecto de los contratos

1. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado a través de las sentencias del 22 de abril de 2009 (E. Villamil) y del 14 de diciembre de 2011 (J. A. Arrubla).

de adhesión, señalando que se trata de una modalidad contractual según la cual las partes se someten a condiciones que no son discutidas libremente, sino preestablecidas por una de ellas, y sobre las cuales la contraparte expresa su aceptación o su rechazo absoluto.

En este sentido, se observa que la definición de contratos de adhesión no ha sufrido un gran cambio de tiempo atrás, siendo sus principales características la construcción unilateral del contrato, la falta de discusión de sus condiciones, el número plural de sus destinatarios; además, la única alternativa del consumidor es aquella de contratar aun en contra de su voluntad, o abstenerse de contratar, porque la empresa es monopolística o porque la competencia tiene exactamente las mismas formas contractuales (Arrubla Paucar, 2007).

Procede entonces concluir que esta forma de contratación masiva responde a la necesidad de la rápida negociación que demanda la dinámica del sector bancario, a través de la elaboración de formularios que son presentados como contratos estandarizados y dirigidos a un número indeterminado de contrapartes, en ejercicio de la libertad contractual que tienen las partes para elaborar un contrato (Gual Acosta, 2012, p. 208). No obstante, es evidente que se instaura un modelo de relación contractual en la que el adherente se somete a las reglas del mercado, quedando expuesto al abuso del establecimiento bancario, que como empresario y profesional conoce mejor las circunstancias importantes en torno a los contratos, sus riesgos y posee mayor experiencia (Rodríguez

Yong, 2013, p. 86). Motivo por el cual ciertas medidas de protección se han ido instrumentando según la dinámica del mercado financiero, para impedir o controlar los abusos hacia la parte débil y, en esa medida, evitar desequilibrios contractuales que son originados por el abuso de una de las partes contratantes.

B. Cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores financieros

Ahora bien, conviene precisar que los contratos de adhesión no pueden ser *per se* analizados como abusivos y no deben ser confundidos con las cláusulas abusivas, en la medida que estas “sólo exhiben el aspecto patológico” de la contratación predispuesta. Sin embargo, los contratos de adhesión resultan ser el escenario ideal para la aparición de las cláusulas abusivas, toda vez que como se señaló, en dicha forma de contratación no se permite la discusión de las condiciones (Stiglitz, 1997, p. 86).

La presencia de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión tiene como resultado privar o restringir al consumidor del ejercicio de sus derechos, y una de las razones por las cuales se podría estar generando dicha problemática radica en que muchos consumidores financieros no se oponen a las cláusulas que les imponen los bancos, ya sea por ausencia de educación financiera que conlleva al desconocimiento de su carácter abusivo, ya porque aun conociendo sus derechos los recursos con los que cuentan para oponerse son en muchas

ocasiones escasos o ineficaces, o bien porque la satisfacción de una necesidad imperiosa los obliga a la suscripción del negocio jurídico sin mayor detenimiento en la revisión de sus condiciones.

Al problema de contratación en masa debemos sumarle la usual escasa cuantía de los potenciales reclamos individuales, que propicia el desaliento y la resignación del consumidor al momento de iniciar un reclamo administrativo y judicial; por eso no se puede restringir la defensa colectiva, teniendo en cuenta que muchas de las afectaciones son de escaso monto individual pero que involucran a muchos afectados (Wajntraub, 2006).

Conviene indicar que en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del año 94, anteriormente citada, se planteó que en ejercicio de la facultad de las personas de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación contractual,

pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionan agravio a intereses legítimos no amparados en una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aún encontrándose vinculado por el negocio y por fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficiencia que de este último es propia, pueda exigir la correspondiente indemnización.

Procede manifestar que la primera norma que trató el tema de las cláusulas abusivas fue el

Decreto 2179 de 1992, al adicionar al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero la obligación para las entidades financieras, en la celebración de las operaciones propias de su objeto, de “abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante” (art. 4°), generando con ello una interpretación amplia alrededor del asunto por no tener una definición legal de lo que se entendía por cláusula exorbitante.

Posteriormente, en la Ley 1328 de 2009, como norma especial para el sector financiero, tampoco se consagró una definición legal de lo que es una cláusula abusiva. No obstante, se prohibió la utilización de determinadas cláusulas de este tipo que se incorporan en los contratos de adhesión, las cuales serán objeto de análisis en el siguiente capítulo de este texto. Luego, se expidió la Ley 1480 de 2011 que consagró el Estatuto del Consumidor, aplicable a todos los sectores de la economía nacional que no tengan normas especiales y a los vacíos de las normas de carácter especial, motivo por el cual dispuso su remisión a esta norma general, lo que permite suplir la falencia de la Ley 1328 de 2009 respecto de la definición de cláusulas abusivas.

En consecuencia, es conveniente indicar que en la citada norma general se estableció la definición legal de cláusulas abusivas en el artículo 42, en los siguientes términos:

Artículo 42. Concepto y prohibición. Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en per-

juicio 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.

Adicionalmente, cabe resaltar que respecto de las cláusulas empleadas en el sector financiero, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-909 de 2012, señaló que una cláusula abusiva será aquella que contravenga el principio de buena fe en perjuicio del consumidor “por generar un desequilibrio notable entre los derechos y obligaciones de las partes”; en ese orden, el carácter abusivo de la cláusula estará determinado por el proceder desleal de la entidad vigilada frente al conjunto de expectativas razonables del consumidor financiero (CConst., C-909/2012, N. Pinilla).

De conformidad con lo expuesto, resulta pertinente indicar que el común denominador que se presenta en la predisposición de las cláusulas abusivas sería la generación de una situación de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que obliga a que en el ordenamiento jurídico se deba recurrir a un riguroso control del contenido de las cláusulas abusivas con la finalidad de lograr el restablecimiento del equilibrio contractual y, especialmente, la protección del consumidor

financiero, ámbito que hace parte de las funciones de la Superfinanciera, como se revisará más adelante.

C. Los consumidores financieros como sujetos de especial protección

Bajo el anterior contexto es importante hacer referencia a los consumidores o usuarios, a quienes como se ha señalado se les ha reconocido como parte débil dentro de la relación contractual en el marco del derecho del consumo, caracterizado por un contexto de asimetría real en el que se desenvuelven dichos sujetos. A partir de esta realidad y desde la inclusión del artículo 78 en la Constitución de 1991 (CN), se empieza a dar mayor importancia, por no decir relevancia política, a la protección de los derechos de los consumidores como uno de los objetivos del Estado social de derecho, en consonancia con lo previsto en el artículo 95 constitucional sobre la obligación de las personas de no abusar de sus derechos.

Ahora bien, conviene precisar que la definición de consumidor propuesta en el Decreto 3466 de 1982,² antiguo Estatuto del Consumidor, fue recogida luego de casi tres décadas por la Ley 1480 de 2011 y los lineamientos jurisprudenciales especialmente de la Corte Suprema de Justicia en esta materia. El numeral 3° del artículo 5° de la mencionada ley define como consumidor o usuario:

2. “Artículo 1, literal c): Consumidor. Toda persona natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades.”

Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

Al existir normas referidas a la protección de los derechos de los usuarios de servicios financieros, el Decreto 3466 de 1982 se aplicaría de forma residual a las materias no previstas en las normas especiales del sector financiero. No obstante, según se pudo apreciar en algunos pronunciamientos jurisprudenciales publicados en vigencia del citado decreto en materia bancaria, la Corte Suprema de Justicia en la ya mencionada sentencia de 1994, en consonancia con los criterios de buena fe y abuso del derecho, hace referencia a lo dispuesto en el artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sin tomar como referencia el Decreto 3466 de 1982, lo cual permite concluir que esta norma no se aplicó durante el término de su vigencia en materia financiera.

Por su parte, se observa que en la Ley 1328 de 2009 se adoptó una definición distinta de consumidor, más cercana a los lineamientos de la Corte Constitucional, al reconocer una asimetría en las relaciones con las entidades financieras como sujetos profesionales con una posición de dominio, puesto que en el artículo 2° define como consumidor financiero a “todo”

cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas, no siendo posible en principio ninguna excepción ni diferenciación en razón de si se trata de la satisfacción de una necesidad propia o ligada a la actividad económica.

Resulta conveniente indicar que la definición contenida en la Ley 1328 de 2009 estuvo sujeta al control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, órgano que en la Sentencia C-909 de 2012 consideró que el consumidor financiero se desenvuelve en un escenario de asimetrías, por lo cual requiere una especial protección, y al efecto precisó el alcance de la definición de consumidor financiero abarcando a toda persona natural o jurídica, sin que concierna sobre esa calidad la existencia o no de desigualdades, o de circunstancias de necesidad o conveniencia, dado que las profundas desigualdades “inmanentes” al mercado y al consumo son suficientes y superan cualquier incertidumbre, duda o especulación. Además, indicó:

Las características particulares y personales de quien busca un bien o servicio de carácter financiero, no son óbice para ser considerado consumidor financiero, siempre que lo adquirido busque la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar y empresarial, no ligada intrínsecamente a su actividad económica, sin que por ello deban considerarse o añadirse otros factores.

En adición a lo señalado, resulta oportuno mencionar que para la Superfinanciera “el

término de Consumidor Financiero se restringe a la relación de consumo entre las entidades vigiladas por esta Superintendencia y los clientes, usuarios o potenciales clientes de las mismas, en desarrollo de su actividad social” (2015a, p. 2).

Conviene también señalar que antes de la precisión en la definición de consumidor financiero que introdujo la Ley 1328 de 2009 (cliente, usuario o cliente potencial), en los fallos tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia solo se utilizó la expresión usuario, es decir, sin hacer referencia a cliente. En este sentido es válido traer a colación la apreciación de Juan Jacobo Calderón, quien considera que tanto el cliente como el usuario quedarían amparados por las reglas de protección al consumidor financiero, pero sería una manifestación de desengaño frente a la jurisdicción de tutela respecto del cliente (2013, p. 97).

La anterior conclusión se estima inconveniente por cuanto la mayoría de pronunciamientos relevantes en la materia se dieron antes de la expedición de las normas vigentes de protección al consumidor, y en ellos no existía la diferenciación de clientes, usuario y potencial cliente al definir al consumidor financiero; por lo cual, considerar que los clientes, que son quienes tienen el vínculo contractual con la entidad financiera, no tendrían la posibilidad de acudir a un mecanismo de protección constitucional menoscabaría sus derechos, en especial porque los dejaría sin posibilidad de ejercer acciones constitucionales como sujetos en con-

diciones de inferioridad merecedores de dicha protección.

Para la Corte Constitucional la definición de consumidor financiero no solo se enmarca en el contexto de asimetría que caracteriza las relaciones de consumo en general, donde regularmente los bancos son quienes tienen una posición dominante, sino que además es mucho más amplia y permite la revisión de un mayor número de relaciones contractuales. Su apreciación contrasta con el entendimiento de la Corte Suprema de Justicia y la Ley 1480 de 2011, donde el concepto de consumidor aparece restringido a determinadas relaciones, y con el objetivo de satisfacer una necesidad que no esté relacionada con la actividad económica.

En el mismo contexto de asimetría resulta interesante plantear un escenario en el cual sea determinada institución bancaria la que detenta la posición débil en la relación contractual, bien porque su contraparte es quien le impone las condiciones, o porque los partícipes se encuentran en igualdad de condiciones para llevar a cabo la contratación. Esto, en el entendido que la posición dominante de una de las partes en una relación negocial no conlleva, de manera necesaria, una situación de indefensión del otro extremo de la relación (CConst., T-587/2003, M. Monroy). El anterior podría ser el caso en la celebración de un contrato bancario con una entidad estatal, por cuanto esta última tiene capacidad jurídica o fáctica para repeler los presuntos abusos. En dicho escenario, las prerrogativas del régimen de protección al consumidor financiero consagradas en la

Ley 1328 de 2009 no deberían hacerse extensivas a la contraparte de la entidad bancaria, toda vez que no se estaría en el marco de una relación de consumo caracterizada por la asimetría.

En este orden, los establecimientos bancarios podrían afirmar que no se aprovechan de la situación de inferioridad de los consumidores financieros para obtener un beneficio, toda vez que nunca reconocerían que están imponiendo cláusulas desproporcionadas que menoscaban los derechos de estos. Sin embargo, la realidad ha llevado al Estado a establecer controles a las cláusulas determinadas por las entidades vigiladas por la Superfinanciera, y a intervenir el mercado financiero dada la caracterización de ser imperfecto y debido a las asimetrías reales.

II. MECANISMOS DE CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR BANCARIO

A. Consideraciones generales sobre los mecanismos de control de las cláusulas abusivas

La gran mayoría de las jurisdicciones reconocen la importancia de revisar el problema de las cláusulas abusivas y adoptan diferentes medidas para limitar o prohibir el uso en los contratos de adhesión (Union des Consommateurs, 2011). Resulta por tanto oportuno referirnos a la jurisprudencia de las altas Cortes colombianas, respecto de la cual Suescún Melo (2005)

ha advertido una clara tendencia dirigida a impedir la inclusión y eficacia de cláusulas abusivas en cualquier clase de contratos. A su vez Martín Pérez (2007), teniendo en cuenta que la lógica contractual clásica no sirve, advierte que se hacen necesarios controles y medidas de protección a la parte adherente en los contratos de adhesión.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico reconoce por vía constitucional el ejercicio de la posición dominante que ostentan algunos participantes del mercado, también permite que el Estado evite o controle cualquier abuso de esta (CN, art. 333). En consecuencia, el Estado tiene la posibilidad de intervenir excepcionalmente frente al principio de autonomía de la voluntad contractual de los particulares, cuando existen razones referidas a pactar cláusulas contractuales que sean contrarias al orden público o a una previsión legal expresa, o que por su naturaleza fuesen abusivas (Calderón Villegas, 2004, p. 53).

En tal sentido, y para el objeto del presente estudio, resulta pertinente indagar sobre los mecanismos de control existentes respecto de las cláusulas abusivas, centrando el análisis en los contratos de adhesión celebrados entre los establecimientos bancarios y los consumidores financieros, para proceder a valorar la efectividad de las actuaciones adelantadas por la Superfinanciera como autoridad estatal competente para controlar la incorporación de cláusulas abusivas en el sector bancario, en cumplimiento de su deber de velar por la protección de los consumidores financieros.

En materia de control de las cláusulas abusivas se encuentran diferencias entre el momento en que se lleva a cabo y según quien lo lleve a cabo. El primero tiene que ver con mecanismos preventivos y represivos que operan antes de la celebración del contrato como un control a su contenido, y de manera posterior a su celebración a través del ejercicio de una acción judicial. Y respecto de quien realiza los controles, encontramos mecanismos de control voluntario, administrativo y judicial (De la Maza Gazmuri, 2004), a los que se suma el control legislativo.

El control voluntario se refiere a aquel realizado directamente por los consumidores financieros al revisar los términos de contratación y, en particular, al adoptar las prácticas de protección propia contenidas en el artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, relacionadas con informarse sobre los productos o servicios que piensan adquirir o emplear; indagar sobre las condiciones generales de la operación, es decir, los derechos, obligaciones, costos, exclusiones y restricciones aplicables al producto o servicio; exigir las explicaciones verbales y escritas necesarias, precisas y suficientes que les posibiliten la toma de decisiones informadas; y revisar los términos y condiciones del respectivo contrato y sus anexos. En el evento en que encuentren cláusulas abusivas podrían negarse a firmar el contrato; no obstante, la realidad muestra que en la mayoría de ocasiones, si el potencial cliente no lo firma, se queda por fuera del sistema bancario.

Por su parte, el control administrativo se realiza antes de la celebración del contrato (*ex ante*), por

parte de la autoridad administrativa competente, a través de la aprobación de las cláusulas generales de contratación predispuestas por el oferente de bienes o servicios. Este será objeto de análisis y desarrollo en el siguiente capítulo, dedicado a la autoridad colombiana de control en materia financiera, esto es, la Superfinanciera.

A su turno, el control legislativo se efectúa *ex ante*, mediante el establecimiento de una regla general o abierta, y un catálogo de cláusulas nulas de pleno derecho conocidas como listas grises o negras. El control judicial se realiza *ex post*, por medio de los jueces que son los encargados de declarar la nulidad o ineficacia de las cláusulas consideradas abusivas en el marco de un contrato de adhesión, que para el caso es el contrato bancario.

Y por último, se puede dar un control extrajudicial en cabeza de “profesionales oficiales al servicio de la protección al consumidor” (Weingarten, 2007, p. 202) como notarios, corredores y registradores, quienes al momento de la protocolización del negocio jurídico tendrían la facultad de revisar el clausulado y señalar aquellas que por su connotación podrían ser consideradas abusivas. Esta última figura no se encuentra desarrollada en la legislación colombiana; una aproximación a ello lo constituye la creación del Defensor del Consumidor Financiero, respecto del cual se harán unos comentarios más adelante.

No obstante, para la descalificación de las cláusulas abusivas no es suficiente la adopción de listas negras, por las siguientes razones:

1) no excluye a la fórmula general, que brinda la razón fundante de la prohibición, la cual se concreta en los enunciados particulares de la lista; 2) no puede ser exhaustiva, habida cuenta de las infinitas variables que presenta la negociación, y en especial de la proliferación de los contratos absolutamente atípicos, y 3) de ordinario enuncia ciertas cláusulas que sólo son prohibidas según las circunstancias. En definitiva, con listas negras o sin ellas, la cuestión queda diferida, por lo menos en cierta medida, a los jueces (Alterini, 2011, p. 256).

En lo atinente específicamente al control de cláusulas abusivas en el sector bancario, es imperioso ocuparse del “control de contenido” para verificar que la contratación sea jurídicamente justa, lo que lleva a sostener que se observa un catálogo de tipos de cláusulas distorsivas que coexiste con una norma general abierta, basada en principios generales, capaz de captar residualmente toda ilicitud de las cláusulas contractuales (Barbier, 2002).

B. Legislaciones extranjeras

Como una aproximación a la legislación colombiana sobre el control a las cláusulas abusivas, se exponen a continuación algunas referencias jurídicas de origen extranjero en las cuales se sanciona el aprovechamiento de la posición dominante al incluir cláusulas abusivas, que ayudarán al estudio del tema propuesto de cara a evaluar la función estatal atribuida al

órgano de control respecto de los establecimientos bancarios. Como se puede constatar, las legislaciones extranjeras que se presentan a continuación son previsiones jurídicas que no siguen un modelo único de control y que, además, han sido expedidas a lo largo de los años 90. El desarrollo de la legislación colombiana en materia de control específico de las cláusulas abusivas en el sector financiero se presenta de forma tardía, alrededor de diez años más tarde, con la expedición de la Ley 1328 de 2009, en primer lugar; y al parecer, nuestra legislación está inspirada en el derecho europeo.

Es importante resaltar que los mecanismos de control a las cláusulas abusivas parecen ser el resultado de un aprendizaje colectivo que determinó su imposición, toda vez que el consumidor no pudo por sí solo lograr el equilibrio contractual que debería caracterizar toda relación jurídica, lo que hizo necesaria una protección de índole legal, con la participación de terceros, para hacerla efectiva.

1. Comunidad Económica Europea

La Comunidad Económica Europea adoptó la Directiva 93/13 del 5 de abril de 1993, dirigida a regular las relaciones entre profesionales y consumidores, que además ha sido desarrollada por sus diversos Estados miembros. En su artículo 3° consagra:

Las cláusulas abusivas que no se hayan negociado individualmente se conside-

rarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Esta normativa tuvo como fundamento la Ley del 9 de diciembre de 1976 consagrada por el legislador alemán (Cárdenas Mejía, 2009, p. 698).

2. España

El Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, contempla en su artículo 83, modificado por la Ley 3 de 2014 del 27 de marzo de 2014, que la consecuencia jurídica de las cláusulas abusivas será la nulidad absoluta, permitiendo al juez moderar los derechos y obligaciones de las partes en el contrato cuando este subsista a la nulidad de las cláusulas abusivas.³

El mecanismo de control del contenido de las cláusulas abusivas conjuga una regla general que califica como abusivas a aquellas: “que,

en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”, y una lista negra y enunciativa de las cláusulas abusivas (artículos 85 a 90 del citado Real Decreto). Este mecanismo de control es similar al adoptado en Colombia, por lo cual se podría concluir que nuestro ordenamiento está inspirado en el ordenamiento europeo. Sin embargo, la sanción jurídica que en principio recae sobre una cláusula abusiva en la legislación colombiana es la ineficacia de pleno derecho.

3. Francia

En el derecho francés, la sanción a las cláusulas abusivas prevista en el Code de la Consommation es entenderlas por no escritas,⁴ y no están limitadas a los contratos de adhesión, toda vez que es posible que aparezcan estipulaciones abusivas en contratos negociables (Suescún Melo, 2005); contrario a la legislación colombiana que se limita a las estipulaciones contractuales de aquellos contratos cuya característica es ser de adhesión, obviamente sin perder de vista que se prevén otras sanciones para otras modalidades, por infringir los principios

3. “Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.”

4. http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=D7219B627057226147A77ACB4295FF18.tpdila09v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006161834&cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20150217, consultado el 16 de febrero de 2015.

del derecho civil, como sería el abuso de la posición dominante.

4. Argentina

La Ley 24.240 de 1993 de Argentina, denominada Ley de Defensa del Consumidor, consagra en el artículo 37⁵ una lista de cláusulas que se tienen por abusivas, advirtiendo en la interpretación que se tendrán por no convenidas, y en el artículo 38 da a la autoridad de aplicación el deber de vigilancia para que los contratos de adhesión no contengan las cláusulas señaladas en el artículo 37 de la citada norma. En ese sentido, la sanción jurídica prevista en Argentina es similar a la de Colombia, toda vez que la lista de cláusulas que se tienen por abusivas se consideran como no escritas.

5. Chile

En la legislación chilena, la Ley 19.496 de 1997 contiene las disposiciones sobre la protección de los derechos de los consumidores. En su artículo 16 consagra una lista de cláusulas que no producirán efecto alguno cuando se encuentren en contratos de adhesión, castigándolas con ineficacia de pleno derecho, al estar previsto que no producirán efectos. La legislación colombiana prevé el mismo efecto respecto de las cláusulas abusivas, al tenerse

por no escritas, y contempla un catálogo abierto de cláusulas que por su condición se les considera abusivas.

C. Tratamiento nacional

Respecto del tratamiento que se le da en Colombia a las cláusulas abusivas, se ha de comenzar por hacer referencia al siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional:

La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas (sentencia C-1141/2000, E. Cifuentes).

Ahora bien, el desarrollo histórico del control a las cláusulas abusivas va desde la utilización de principios del derecho civil como el de la buena fe y el abuso del derecho hasta un procedimiento de control abstracto, preferentemente realizado por una autoridad administrativa, y un procedimiento de control judicial cuando se vulnera el principio de la buena fe o el contrato no cumple la exigencia del equilibrio de las prestaciones (Rengifo García, 2004). De manera previa a la consagración de una regulación especial para las cláusulas abusivas, existían

5. http://es.consumersinternational.org/media/937265/proconsumer_ebook%204%C2%AA%20edicion.pdf, consultado el 16 de febrero de 2015.

los principios generales de la buena fe y abuso del derecho, como herramientas jurídicas para definir los casos o situaciones de pactos abusivos, junto con la reparación del perjuicio (Pérez Salas, 2005).

Respecto del régimen legal referido específicamente al control de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los establecimientos bancarios, procede reiterar que por medio del Decreto 2179 de 1992, artículo 4°, se consagró que las instituciones vigiladas por la antigua Superintendencia Bancaria, en la celebración de las operaciones propias de su objeto social, “deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante.”

La norma en referencia fue incorporada un año más tarde en el artículo 98, numeral 4° del Decreto 663 de 1993, actual Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y de nuevo modificado por el artículo 24 de la Ley 795 de 2003, en cuyo numeral 41 aparece así:

4.1 Deber General. Las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes a fin de que estos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones.

Igualmente, en la celebración de las operaciones propias de su objeto social dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante.

Conforme a la norma transcrita, en los contratos celebrados por las entidades vigiladas por la Superfinanciera, en este caso los establecimientos de crédito y sus clientes, quedaron proscritas claramente las cláusulas que favorecieran de manera exorbitante a una parte en detrimento de la otra, afectando el equilibrio contractual o dando lugar a una situación de abuso de posición dominante, sin importar si se trataba o no de un contrato de adhesión.

Ahora bien, los numerales 4.1, 4.2, 4.3, 4.4 y 5 del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero fueron derogados expresamente por el artículo 101 de la Ley 1328 de 2009, que en materia de protección al consumidor financiero comenzó regir a partir del 1° de julio de 2010. En el título I de dicha norma se consagró el régimen de protección al consumidor financiero, y conviene resaltar que su artículo 11 prohíbe la utilización de determinadas cláusulas abusivas que se incorporen en los contratos de adhesión, estipulación que trae como consecuencia que se entienda por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero. Es en dicha norma donde específicamente se hace alusión a los contratos de adhesión o de construcción, predeterminada por una de las partes.

Además, el legislador previó en el citado artículo 11 un listado de cláusulas abusivas prohibidas, suficientemente abstracto para incluir cualquier situación que genere un desequilibrio notable entre los derechos y obligaciones de las partes:

Artículo 11. 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.

Con fundamento en esta última disposición legal, la Superfinanciera expidió la Circular Externa 039 de 2011, a través de la cual amplió el listado de cláusulas abusivas, incorporada a su vez en la parte I, título III, capítulo I de la

Circular Externa 029 de 2014, actual Circular Básica Jurídica de dicha Superintendencia.

Cabe resaltar que la facultad legal asignada a la Superfinanciera, en el artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, fue declarada exequible por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-909 de 2012, donde consideró que la Superfinanciera, en desarrollo de sus funciones de supervisión, se hallaba legítimamente facultada para describir y señalar conductas adicionales a aquellas previstas por el legislador, que pudieran llegar a generar amenaza o desconocimiento de los derechos del consumidor financiero, las cuales deben ser establecidas de “manera previa y general”, comportando el deber de dar a conocer a las entidades vigiladas los criterios de definición y calificación escogidos.

En ese orden, resulta necesario precisar que en materia financiera prima la regulación especial prevista en las normas anteriormente citadas; en consecuencia, la determinación de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre entidades financieras-clientes (consumidores financieros), debe estar enmarcada en alguno de los supuestos previamente establecidos. Lo anterior no impide que ante una situación particular puesta en conocimiento de la Superfinanciera, se pueda proceder a evaluar su eventual calificación de ser abusiva, a efectos de ampliar el marco instructivo que sobre este particular rige.

Posteriormente se expidió la Ley 1480 de 2011 que consagró el Estatuto del Consumidor, apli-

cable a todos los sectores de la economía que no tengan normas especiales, y como se señaló en el capítulo precedente, también para llenar vacíos de las normas especiales. En dicha norma se atribuyeron facultades jurisdiccionales a la Superfinanciera respecto de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. Esta facultad jurisdiccional de la Superfinanciera se suma a aquella que actualmente tienen los jueces de la República para conocer disputas en materia contractual que se presenten entre los establecimientos de crédito y los consumidores financieros, incluyendo controversias que implican la incorporación de cláusulas que causan perjuicios al consumidor financiero.

Adicionalmente, en el artículo 13 de la Ley 1328 de 2009 se definen las funciones del Defensor del Consumidor Financiero, figura orientada a la protección especial de los consumidores financieros a través de las funciones específicamente indicadas en el citado artículo, a saber: su atención y vocería, resolución de quejas, actuación como conciliador en derecho, elaboración de recomendaciones a la entidad vigilada, y proposiciones encaminadas a complementar o modificar la normativa consagrada en materia de protección al consumidor financiero y las instrucciones de la autoridad de control. En el marco de dichas funcio-

nes puede identificar cláusulas abusivas en los contratos elaborados por los establecimientos bancarios, con las previsiones señaladas con anterioridad.

Es importante aclarar que le corresponde al establecimiento de crédito aportar los recursos para el funcionamiento de su respectivo Defensor del Consumidor Financiero; y que es facultativo de las entidades financieras contemplar la obligatoriedad de las decisiones del Defensor (artículo 9 de la Ley 1328 de 2009), en la medida que la norma de su creación y regulación no previó como obligatorias las decisiones que adopte en la resolución de las quejas. Dichas características cuestionan la credibilidad de sus actos, toda vez que se pone en duda su independencia y efectividad como institución creada a favor de la protección al consumidor financiero.

Lamentablemente el legislador colombiano no ha sido uniforme en la regulación referida al control de las cláusulas abusivas; las distintas consideraciones y mandatos al respecto han creado distintos regímenes aplicables, dependiendo del sector económico de que se trate. Así, una misma cláusula puede ser abusiva en un contrato de consumo en general, pero no en un contrato de seguro; o ser abusiva tanto en un contrato de servicios públicos domiciliarios como en un contrato bancario. Además, su consecuencia jurídica varía dependiendo de la configuración en el marco de uno u otro contrato. Esta situación lleva a abogar por que la regulación se aplique con independencia del tipo contrato, de quiénes sean sus partes y del

sector económico en el que dicho contrato se celebre. En ese orden, siempre que una cláusula cumpla los requisitos y elementos para ser considerada abusiva, ha de ser tachada como tal y ha de tener los efectos que jurídicamente le correspondan.

Esta labor de tachar a una cláusula de abusiva le corresponde principalmente a la Superfinanciera, como autoridad administrativa competente para velar por la protección de los consumidores financieros; en esa medida resulta importante evaluar la efectividad de las actuaciones adelantadas por dicha entidad para lograr el restablecimiento de la igualdad en los contratos de adhesión celebrados en el sector bancario.

III. AUTORIDAD ADMINISTRATIVA COMPETENTE PARA CONTROLAR LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL SECTOR BANCARIO: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

La Superfinanciera es una entidad estatal de carácter técnico, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. De conformidad con lo consagrado en el artículo 121 de la Constitución Política colombiana, solo tiene competencia en relación con las materias a su cargo y con sujeción a las funciones atribuidas por la Constitución y la ley, las cuales se encuentran principalmente consagradas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en el Decreto 2555 de 2010, entre otras normas.

A. Objetivos

En materia de control de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión celebrados entre los establecimientos bancarios y los consumidores financieros, es importante señalar que dicha autoridad estatal es la competente dada su función en materia de protección al consumidor financiero. Sobre este aspecto, procede resaltar que en el artículo 11.2.1.3.1 del Decreto 2555 de 2010 está consagrado:

La Superintendencia Financiera tiene por objetivo supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y *la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados*. [Cursivas fuera de texto].

Tal objetivo constituye uno de los pilares fundamentales en el desarrollo de las labores por las que debe velar y cumplir frente a todos los consumidores financieros. En materia de protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados, el artículo 11.2.1.4.35 del Decreto 2555 de 2010, relativo a las funciones comunes de los Superintendentes Delegados para Supervisión Institucional, en su numeral 17, les asigna: “Velar por el cumplimiento de las normas de protección al consumidor”.

Dicha facultad expresa es ejercida por la Delegatura para Intermediarios Financieros respecto de la supervisión de los intermediarios finan-

cieros, dentro de los cuales se encuentran los establecimientos bancarios, con la permanente coordinación de la Dirección de Protección al Consumidor Financiero, según las funciones previstas en el artículo 11.2.1.4.11. del Decreto 2555 de 2010, una de las cuales es procurar una adecuada educación de los consumidores financieros respecto de los productos y servicios que ofrecen las entidades vigiladas, especialmente sobre aquellos que tienen una mayor participación en el mercado: cuentas de ahorro, cuentas corrientes, tarjetas de crédito, entre otros. Es en ese contexto que la Superfinanciera debe velar porque las entidades por ella vigiladas atiendan el régimen de protección al consumidor financiero consagrado en la Ley 1328 de 2009; de ahí que uno de sus objetivos estratégicos en materia de políticas y acciones sea “proporcionar a los consumidores financieros información amplia y suficiente acerca de sus derechos y deberes y sobre los productos o servicios que adquieren” (SFC, s. f.).

Al revisar los *Lineamientos estratégicos 2015-2018* de la entidad, publicados el 27 de octubre de 2014, se encuentra que el objetivo 6: velar por la protección del consumidor financiero, precisa que la defensa del consumidor financiero incluye, entre otras acciones:

Ajustar la regulación para incluir varias cláusulas y prácticas abusivas comunes, adicionales a las ya consideradas en la Circular Externa 039 de 2011, derivadas de nuevas situaciones conocidas en desarrollo de las funciones de supervisión

de la SFC (...) fortalecer la reglamentación de los derechos del consumidor financiero frente a las cláusulas abusivas en los contratos y las prácticas abusivas de las entidades vigiladas, en el marco establecido por la Ley 1328 de 2009 (SFC, 2014).

Sin embargo, mientras en el objetivo 1 se refiere a las actividades que desarrollará con el fin de aumentar la efectividad en el ejercicio de las funciones de regulación y supervisión que la ley ha asignado, en el objetivo 2 presenta el Marco Integral de Supervisión (MIS),

el cual se fundamenta en el enfoque de supervisión basada en riesgos, partiendo de la identificación y análisis de las actividades significativas o principales líneas de negocio de cada entidad supervisada, de sus riesgos inherentes y la gestión que se adelanta para el control de los mismos.

De lo antes expuesto es posible concluir que los objetivos 1 y 2 ocuparán buena parte de la gestión y los recursos de dicha entidad, dejando en un segundo lugar la defensa del consumidor financiero.

Ahora bien, en el evento que destinara la misma cantidad de esfuerzos para desarrollar las acciones previstas en cada uno de los objetivos, podrían presentarse conflictos en su ejecución. Lo anterior, en la medida que la función de supervisión se fija especialmente en la estabilidad del sistema financiero, para garanti-

zar la disponibilidad de los ahorros del público y la protección de sus entidades vigiladas, bajo principios de regulación prudencial, empezando por la calidad y suficiencia de su capital, mientras que el objetivo de protección al consumidor financiero se debe concentrar en evitar abusos que puedan llevar a cabo las entidades vigiladas y sancionar actuaciones que afecten los derechos de los consumidores.

Debido a lo anterior, es importante considerar que ambos enfoques deben ser desarrollados en forma armónica y no representar decisiones contradictorias, toda vez que el propósito de evitar la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión fortalece y aumenta la confianza del público en el sistema financiero, repercutiendo directamente en su estabilidad.

Adicionalmente, es oportuno recalcar que de conformidad con el literal e) del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, a la entidad le corresponde, en primera medida, adelantar las acciones pertinentes para determinar la calificación de una posible cláusula abusiva de manera previa y general, para luego tomar las decisiones a que haya lugar, en ejercicio de las facultades de supervisión. En ejercicio de la facultad conferida en la norma citada, la Superfinanciera expidió la Circular Externa 039 de 2011, instructivo a través del cual calificó como abusivas algunas cláusulas o estipulaciones contractuales. Dicho instructivo fue incorporado en la Circular Externa 029 de 2014, actual Circular Básica Jurídica, sobre la cual se observa que las cláusulas son generales y desarrolladas de forma

ejemplificativa, lo cual deja un margen amplio para que muchas estipulaciones contractuales que no están expresamente señaladas en dicho instructivo puedan ser catalogadas como abusivas.

Además es pertinente señalar que su facultad para ampliar la lista de cláusulas abusivas debe ser ejercida de manera previa y general, por lo cual una entidad financiera podría alegar que al no estar contenida expresamente una estipulación contractual, no tendría el carácter de abusiva; y que la tarea de encuadrar estipulaciones contractuales que no están expresamente señaladas en la norma o en el instructivo anteriormente mencionado sería una carga excesiva para los consumidores financieros, por estar dentro de un marco demasiado amplio y abstracto. En esa medida, la Superfinanciera, en ejercicio de sus facultades legales, debe brindar mayor claridad ampliando el listado de cláusulas, actuación que debe ser dinámica y adaptada a las necesidades de los consumidores financieros.

Resulta conveniente recordar que la consecuencia de incorporar las cláusulas consideradas abusivas en los términos de la Ley 1328 de 2009 y la Circular Básica Jurídica es tenerlas por no escritas. Esta sanción legal permite que las cláusulas sean retiradas de los contratos, sin necesidad de pronunciamiento de un juez de la República, lo cual hace que en teoría esta sanción jurídica ofrezca una mayor protección al consumidor, por ser mucho más expedita. No obstante, se siguen encontrando contratos que incorporan cláusulas de las que aparecen

en las listas, las cuales pueden ser descaradamente invocadas por los establecimientos de crédito como ley que rige la relación contractual (artículo 1602 del Código Civil), pero que finalmente pueden ser objeto de un pronunciamiento judicial o administrativo en ejercicio de un control posterior, y ser descartadas por su carácter exorbitante.

Según está señalado en los *Lineamientos estratégicos 2015-2018*, la defensa del consumidor financiero se focalizará en ajustar la regulación para incluir varias cláusulas y prácticas abusivas comunes, adicionales a las ya consideradas en la Circular Externa 039 de 2011; y en la Agenda normativa 2015 está previsto “Actualizar las instrucciones de la Superintendencia en materia del régimen de cláusulas abusivas, con base en los resultados del proceso de supervisión en la materia” (SFC, 2015b).

Respecto de dicha actualización, es importante manifestar que la modificación que se realice al listado de cláusulas abusivas debe contemplar las observaciones que puedan efectuar las áreas de supervisión, las cuales deben conocer de primera mano las problemáticas cotidianas y recurrentes que enfrentan los consumidores financieros, por ejemplo en materia de protección de datos personales; y que en ningún evento se vea afectada la autonomía del supervisor para establecer las disposiciones contractuales que resultan abusivas, toda vez que es fundamental que se garantice su independencia respecto de influencias externas.

B. Función de supervisión

En este aparte procede indicar que la Dirección Legal para Intermediarios Financieros de la Superfinanciera, con fundamento en la facultad consagrada en el inciso primero, numeral 5 del artículo 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), y en particular el numeral 1, artículo 11.2.1.4.46 del Decreto 2555 de 2010 (antes artículo 55 del Decreto 4327 de 2005), aprueba los Reglamentos de Cuenta de Ahorros de los intermediarios financieros que tengan autorizado dicho producto, entre ellos los establecimientos bancarios.

En la revisión de los reglamentos de cuentas de ahorro la Superintendencia debería tener como propósito verificar que sus cláusulas contractuales se ajusten a la ley. Por ello, la labor de dicha autoridad no puede limitarse a una mera revisión formal de las condiciones de las cuentas de ahorro, sino, además, identificar posibles fuentes de conductas abusivas o que puedan alterar el equilibrio contractual, en detrimento de los intereses del consumidor financiero. Este es un control que se puede calificar como preventivo, en la medida que se realiza antes de divulgar el texto al público.

No obstante, a pesar de las labores de revisión que ha adelantado esta Superintendencia y de la revisión efectuada por los Defensores del Consumidor Financiero a los contratos de adhesión, en virtud de la instrucción contenida en la Circular Externa 039 de 2011, aún se encuentran disposiciones contractuales de algunos de los reglamentos de cuentas de ahorro que incorpo-

ran cláusulas desproporcionadas, inequitativas, impuestas por los establecimientos bancarios y que podrían estar eximiendo de responsabilidad al establecimiento de crédito y limitando el ejercicio del derecho a la defensa del cliente.

Esta facultad de autorización frente a los establecimientos bancarios está dirigida exclusivamente a los reglamentos de los productos de ahorro, motivo por el cual la Superfinanciera no revisa de manera previa los demás contratos de adhesión que son puestos en circulación por parte de los establecimientos de crédito.

Como se planteó con anterioridad, los Defensores del Consumidor Financiero realizaron una revisión de los contratos de adhesión con el propósito de identificar cláusulas abusivas, a la luz de la Ley 1328 de 2009 y de la Circular Externa 039 de 2011, cuyos resultados fueron remitidos a la Superfinanciera e incluidos en su *Informe de gestión enero-diciembre 2014*. De las cláusulas abusivas identificadas se resaltan las siguientes: 1.- autorizar a la entidad para suministrar a cualquier tercero la información del titular del producto; 2.- estipular que no se pagarán intereses por los dineros depositados en productos de ahorro; 3.- autorizar el débito automático de ahorros sin autorización previa y expresa; 4.- permitir la modificación sin aviso previo por el medio que habitualmente se utiliza; 5.- imponer de manera injustificada el cobro de cuota de manejo; 6.- obligar a la contratación de otros productos financieros con costos elevados, como las tarjetas de crédito y seguros, como condición para mantener las tasas ofrecidas para los créditos hipotecarios y de leasing

habitacional; 7.- contratar las pólizas de seguros anexas a los créditos con aseguradoras del mismo grupo financiero, las cuales frecuentemente tienen tarifas superiores a otras alternativas del mercado; 8.- bloquear o terminar un producto por incumplimiento en el pago de otros.

Como estas cláusulas no están expresamente consagradas en el artículo 11 de la Ley 1328 de 2009 ni en la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia, se espera que sean tenidas en cuenta en la actualización del listado que se encuentra pendiente de realizar.

Ahora bien, en ejercicio de la facultad general de velar por la protección de los consumidores financieros, la entidad podría revisar los demás contratos de manera posterior para descubrir la inclusión de cláusulas abusivas. Si bien esta propuesta puede resultar exageradamente onerosa en materia de recursos humanos y tiempo, teniendo en cuenta que solo al referirnos a los establecimientos bancarios 23 de los autorizados por dicha autoridad ofrecen distintos productos y servicios, se podría plantear la posibilidad de unificar algunos de los textos, lo cual permitiría realizar una supervisión mucho más eficiente en este aspecto.

C. Facultad sancionatoria

Esta tiene que ver con el control posterior que puede ejercer la Superfinanciera ante el incumplimiento de disposiciones de obligatorio acatamiento, y su facultad legal para sancionar las infracciones en que incurran las entidades suje-

tas a su control y vigilancia cuando haya mérito para ello, con fundamento en lo dispuesto por los literales a) y c) del numeral 1° del artículo 211 del EOSF, en concordancia con el literal i), numeral 5 del artículo 326 del mismo Estatuto y lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 11.2.1.4.35 del Decreto 2555 de 2010, según el cual le compete al Superintendente Delegado para Intermediarios Financieros adoptar las decisiones y sanciones respecto de los intermediarios financieros, como es el caso de los bancos.

Sin embargo, al revisar el *Reporte de sanciones en firme a entidades*, entre los años 2000 a 2014, que aparece publicado en la página web de la Superfinanciera (SFC, 2015c), solo se constató una sanción por infracción al régimen de protección del consumidor financiero, impuesta al establecimiento de crédito Giros & Finanzas Compañía de Financiamiento, del 27 de septiembre de 2013. Lo anterior, a pesar de que según el *Informe de gestión enero-diciembre 2014* (SFC, 2014a):

Las quejas recibidas de los consumidores financieros en contra de las entidades supervisadas se evalúan y se utilizan como insumo de supervisión. Como resultado de lo anterior, durante 2014 se impulsaron 17 procesos administrativos sancionatorios, en 7 de los cuales se impusieron multas por valor de \$392 millones (p. 64).

Resulta extraño que a pesar del número de reclamaciones radicadas en la Superintendencia, la entidad no registre un número más amplio de sanciones en contra de los establecimientos de

crédito, en especial los bancos, quienes tienen el mayor número de clientes. En esa medida, y de acuerdo con los datos publicados en el *Informe de gestión enero-diciembre 2014*, se espera que el listado de sanciones se actualice incluyendo las multas que queden en firme, para que se genere un precedente ejemplarizante que obligue a los establecimientos bancarios a ajustar sus sistemas de atención al cliente. Al respecto, en el literal d. del artículo 208 del EOSF se concibió el principio de revelación dirigida en desarrollo del proceso sancionatorio, a efectos de permitir que la Superfinanciera determine el momento en el cual divulgará la información, sin poner en riesgo la solvencia o la seguridad de las entidades vigiladas, consideradas individualmente o en su conjunto.

Por lo tanto, la entidad podría no estar publicando sanciones que se encuentran en firme, dado que uno de sus objetivos misionales es la confianza pública en el sector financiero y una medida administrativa de carácter sancionatorio a una entidad por ella vigilada podría generar una salida de clientes hacia otras entidades financieras, ocasionando pánico y pérdida de credibilidad en el sector, situaciones que por supuesto van en contravía de lo que busca dicha entidad estatal.

D. Función de atención de reclamaciones o quejas

La Superfinanciera, en desarrollo de sus funciones de control y vigilancia consagradas en el artículo 326 del EOSF, debe recibir y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se pre-

senten contra entidades vigiladas, entre ellas aquellas relacionadas con eventuales estipulaciones contractuales abusivas que pudieren afectar el equilibrio del contrato. La actuación así iniciada se orienta a determinar la responsabilidad administrativa imputable a la entidad vigilada involucrada, la cual podría culminar con la imposición de las sanciones previstas en la parte séptima del EOSF.

Al revisar los datos estadísticos de quejas que publica en su página web (SFC, 2015d), se pudo establecer que no existe una clasificación de motivos de quejas correspondiente a cláusulas abusivas. En ese orden, no es posible determinar el número de quejas radicadas en dicha entidad que se refieran puntualmente a esa materia. No obstante, es importante indicar que en el año 2014 los establecimientos bancarios recibieron un total de 679.419 quejas, correspondientes a un porcentaje del 68% en relación con las demás entidades del sector, lo que representa un incremento del 98% respecto al año 2013, cuando se registraron 342.091 quejas (SFC, 2015d).

También llama la atención el que a pesar del incremento de reclamaciones, no se encuentra ningún cambio estructural en el procedimiento de atención de quejas tendiente a generar una reducción importante en el número de reclamaciones, máxime cuando como se anotó con anterioridad, no existe un número importante de sanciones en materia de protección al consumidor financiero que motive un cambio en la actitud de las entidades vigiladas. No obstante, es oportuno indicar que el aumento en

el número de quejas también puede obedecer a la mayor información que está a disposición del público en general y la ampliación de los mecanismos para presentar reclamaciones.

En esa medida, no solo el ejercicio de la facultad sancionatoria podría generar una disminución en el número de reclamaciones, también un seguimiento regular y oportuno en materia de cláusulas abusivas, con la realización de visitas para la verificación del Sistema de Atención al Consumidor (SAC) y reuniones en las cuales se contraigan compromisos puntuales en orden a lograr resultados positivos. Tales medidas evitarían la sanción a una entidad vigilada por la Superintendencia y, en cierta medida, la migración de clientes hacia otras entidades financieras ante la pérdida de confianza en la entidad sancionada.

Adicionalmente, la atención de quejas debería ser considerada por los establecimientos bancarios como una oportunidad para conocer sus debilidades, crear mecanismos que les permitan mejorar la prestación de los servicios financieros y fortalecer su Sistema de Atención al Consumidor, en suma, como una ganancia frente a la posibilidad de fortalecer la credibilidad y confianza del público, el incremento en la contratación y, en últimas, la bancarización y fortalecimiento de los mercados financieros.

F. Funciones jurisdiccionales

Respecto de la resolución de conflictos; definición de derechos, deberes y responsabilidad

des; y efectos de las obligaciones propias de la relación contractual entre el consumidor financiero y las entidades vigiladas, conviene señalar que estos aspectos son competencia de las autoridades judiciales. Es en el escenario de conflictos que el legislador atribuye a la Superfinanciera facultades jurisdiccionales (Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor), función para la cual se creó el Despacho del Superintendente Delegado para Funciones Jurisdiccionales (Decreto 710 de 2012 que adiciona el artículo 11.2.1.4.14.1 del Decreto 2555 de 2010), en especial en lo atinente al conocimiento de la acción de protección al consumidor financiero (inciso 2º artículo 57 de la Ley 1480 de 2011 y 24 de la Ley 1564 de 2012), frente a una controversia relacionada con la ejecución y cumplimiento de las obligaciones emanadas de la relación contractual establecida entre un consumidor financiero y una entidad vigilada por esta Superintendencia.

De las actuaciones de este Despacho es importante resaltar que, en los tres años que lleva ejecutando sus funciones, ya se ha pronunciado sobre la posible incorporación de cláusulas abusivas en contratos de adhesión celebrados por las entidades vigiladas y los consumidores financieros, quienes han ventilado sus inconformidades ante esta misma Delegatura, dependencia que una vez realiza-

das las evaluaciones pertinentes⁶ y aplicado las disposiciones de la Ley 1328 de 2009 y la Circular Externa 039 de 2011 ha entendido dichas cláusulas como no escritas.

A pesar de ser una dependencia en teoría independiente de las áreas de supervisión de la Superfinanciera, al ser parte de la mencionada autoridad la actuación de esta Delegatura podría verse cuestionada en lo que tiene que ver con la autonomía e imparcialidad de sus decisiones frente a las entidades vigiladas. Conviene aclarar que si bien la Corte Constitucional en la Sentencia C-1641 de 2000 declaró inexecutable la competencia jurisdiccional para la entonces Superintendencia Bancaria,⁷ el mismo tribunal a través de la Sentencia C-1071 de 2002 modificó la línea jurisprudencial al respecto, toda vez que declaró la constitucionalidad de las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, aclarando que estas deben ejercerse por funcionarios que gocen de independencia e imparcialidad, lo cual resulta aplicable a las facultades concedidas por la Ley 1480 de 2011 a la Superfinanciera.

Ahora bien, vista desde otra óptica, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales podría generar un insumo valioso no solo para el desarrollo de la facultad de supervisión de la

6. Los fallos de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia se pueden consultar en el siguiente enlace: <http://biblio.superfinanciera.gov.co/superfin/indexjuris.html>. Algunos casos en los cuales se aborda la temática de cláusulas abusivas son: No. 2012103499-Expediente/Radicado: 2012-0157 del 27 de mayo de 2013; No. 2013034824-Expediente/Radicado: 2013-0178 del 19 de septiembre de 2013 y No. 2013082437-Expediente/Radicado: 2013-0515 del 30 de abril de 2014.

7. Artículo 51 de la Ley 510 de 1999.

Superfinanciera, sino para el conocimiento de las problemáticas recurrentes que afectan los derechos de los consumidores, para solicitar medidas correctivas y para sancionar a la entidad vigilada que incumpla con sus obligaciones desde el punto de vista administrativo.

Adicionalmente, es necesario mencionar que la acción de protección del consumidor financiero es una herramienta judicial que se tramita a través un procedimiento verbal sumario ante un juez especializado del sistema financiero y tiene como fin principal reducir los costos en materia de tiempo y dinero. Sin embargo, el control judicial presenta las desventajas de tener un alcance limitado, que los fallos solo tienen efectos interpartes y los costos del proceso judicial, a pesar de ser reducidos, pueden disuadir a muchos contratantes de acudir a la jurisdicción (Cárdenas Mejía, 2009, págs. 797-798).

Al respecto es oportuno mencionar que según los datos presentados por el Superintendente Financiero en la *Audiencia pública de rendición de cuentas a la ciudadanía agosto 2013 - julio 2014*, el número de arreglos directos (156 casos de conciliación, desistimiento y transacción) supera ampliamente el número de fallos proferidos por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales (93 fallos absolutorios, es decir, aquellos que acceden total o parcialmente a las pretensiones). Este dato debe corresponder al razonamiento que podrían estar efectuando las entidades financieras con base en la línea jurisprudencial que les permite anticipar el sentido de los fallos, y que les lleva a

recurrir a una forma de terminación anticipada del proceso y, en esa medida, se estarían ampliando los efectos de las providencias para terceros.

Finalmente, resulta importante considerar que el fortalecimiento de esta facultad jurisdiccional podría tener un impacto importante en sede constitucional, en la medida que al ser un mecanismo de protección de los derechos de los consumidores financieros que está en auge (1222 demandas al 31 de julio de 2014) según datos de la Superfinanciera (2014g), podría conllevar que la protección de tutela se reduzca, y la Corte Constitucional ante la existencia de otros mecanismos para reducir las asimetrías de las partes contratantes niegue la procedencia de la acción constitucional. Así mismo, el impacto que está teniendo el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la Superfinanciera en el sector bancario debe motivar a la entidad a fortalecer su infraestructura y sus recursos humanos para garantizar a los consumidores financieros el acceso a la justicia de manera eficiente y efectiva.

IV. CONCLUSIONES

En consideración a lo expuesto resulta procedente concluir lo siguiente:

Dada la dinámica del sector, es usual encontrar contratos de adhesión que se presentan como un escenario ideal para que los establecimientos bancarios, prevalidos de su posición dominante, incluyan unilateralmente cláusulas

abusivas que perjudican gravemente a la parte débil de la contratación, creando una evidente situación de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes.

Toda vez que en dicho marco de contratación no es posible que el consumidor financiero determine el contenido del contrato, se hace necesaria la inclusión de controles adicionales a los que las partes puedan someterse para lograr el restablecimiento del equilibrio contractual.

Resulta de gran importancia señalar que la intervención del Estado en el establecimiento de controles a la incorporación de las cláusulas abusivas por parte de los bancos se encuentra justificada por la imperfección del mercado financiero y las asimetrías reales de las partes en la contratación. Asimismo, al tratarse de una actividad que incide en buena parte de la población financieramente activa, es de vital importancia que sea sometida al intervencionismo estatal, visto desde una óptica no represiva sino garante de los derechos de los consumidores.

En esa medida se identificaron varios controles a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, que pueden ser catalogados como preventivos y represivos: 1) control voluntario, 2) control administrativo, 3) control legislativo, 4) control judicial y 5) control extra-judicial.

En Colombia, a pesar de haberse reconocido a nivel jurisprudencial y legal la existencia de

cláusulas de contenido exorbitante, el desarrollo de la legislación en materia de control específico de las cláusulas abusivas en el sector financiero se presentó alrededor de diez años más tarde, con la expedición de la Ley 1328 de 2009.

Conviene resaltar que el legislador colombiano no ha sido uniforme en la regulación referida al control de las cláusulas abusivas, abriendo paso a distintas consideraciones, estipulaciones y regímenes aplicables dependiendo del sector económico de que se trate. Tal regulación debería aplicarse con independencia del tipo de contrato, de quiénes sean sus partes y del sector económico en el que el contrato se celebre.

De la Superfinanciera, como autoridad administrativa competente para velar por la protección de los consumidores financieros, y en especial por el restablecimiento de la igualdad en los contratos de adhesión celebrados en el sector bancario, se pueden destacar sus actuaciones en ejercicio de las funciones de supervisión, sancionatorias, atención de reclamaciones y quejas, así como de sus facultades jurisdiccionales.

Estas actuaciones están dirigidas a actualizar y fortalecer la reglamentación de los derechos del consumidor financiero frente a las cláusulas abusivas en los contratos; no obstante, podrían verse postergadas por anteponer el ejercicio de las funciones de regulación y supervisión.

Sin embargo, en ejercicio de su facultad sancionatoria no ha concluido procesos en contra de un gran número de entidades bancarias por infracción al régimen del consumidor financiero, siendo que con ello generaría un precedente ejemplarizante para persuadir a los establecimientos bancarios en favor de ajustar sus sistemas de atención al cliente, y en especial de eliminar las cláusulas abusivas de los contratos.

El ejercicio de las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia ya tiene resultados positivos en materia de revisión de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por las entidades vigiladas, lo que representa un insumo valioso para el desarrollo de su facultad de supervisión, así como una ventaja real de dicha competencia judicial.

Los efectos de las providencias emitidas por la Delegatura de Funciones Jurisdiccionales siguen siendo interpartes y sus costos en dinero y tiempo, aunque reducidos, pueden hacer que muchas personas desistan de acudir a este mecanismo, cuya operatividad podría incidir en la reducción de la protección vía tutela.

Finalmente, en materia de control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el sector bancario, procede concluir que a pesar de las actuaciones adelantadas por la Superfinanciera es posible fortalecer su actuar. Sin embargo, es claro que se trata de una tarea conjunta de los actores del sector, específicamente de la mencionada autoridad, los establecimientos bancarios, sus respectivos

Defensores del Consumidor Financiero y los consumidores financieros, bajo los objetivos que trace el Estado en esta materia.

Referencias

1. Alterini, A. (2011). *Treinta estudios de derecho privado*. Bogotá: Editorial Temis.
2. Arrubla Paucar, J. A. (2007). Abuso de la posición dominante. En L. H. Ustáriz et al., *Regulación financiera y bursátil y derechos del consumidor* (págs. 159-201). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
3. Ballesteros Garrido, J. A. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Barcelona: J. M. Bosh Editor.
4. Barbier, E. A. (2002). *Contratación bancaria*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
5. Biquet, C. (2010). Les contrats du consommateur - Rapport de droit belge. Dans Association Henri Capitant des amis de la culture juridique franc'aïse. Journées internationales, *Le consommateur*. Bruxelles: Bruylant.
6. Calderón Villegas, J. (2004). Constitucionalización del derecho comercial desde la dogmática de los márgenes de acción. *Precedente*, 49-78.

7. Calderón Villegas, J. (2013). *La constitucionalización del derecho privado*. Bogotá D. C.: Universidad de los Andes/Universidad del Rosario/Editorial Temis S. A.
8. Cárdenas Mejía, J. P. (Ed.). (2009). Justicia y abuso contractual. En F. Mantilla Espinosa y F. Ternera Barrios, *Los contratos en el derecho privado*. Bogotá D. C.: Legis Editores.
9. Cárdenas Mejía, J. P. (2009). La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo. En J. A. Gaitán Martínez, F. Mantilla Espinosa y F. Ternera Barrios, *Los contratos en derecho privado*. Bogotá D. C.: Legis Editores S. A.
10. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039 de 1998. Expediente T-140.006 (M. P.: Hernando Herrera Vergara; febrero 19 de 1998).
11. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1141 de 2000. Expediente D-2830 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; agosto 30 de 2000).
12. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1641 de 2000. Expediente D-2974 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero; noviembre 29 de 2000).
13. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-661 de 2001. Expediente T-428288 (M. P.: Jaime Córdova Triviño; junio 26 de 2001).
14. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1071 de 2002. Expediente D-4057 (M. P.: Eduardo Montealegre Lynett; diciembre 3 de 2002).
15. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1085 de 2002. Expediente T-645771 (M. P.: Jaime Araújo Rentería; diciembre 5 de 2002).
16. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-587 de 2003. Expediente T-722993 (M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; julio 17 de 2003).
17. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-563 de 2009 (M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; agosto 6 de 2009).
18. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-909 de 2012 (M. P.: Nilson Pinilla Pinilla; noviembre 7 de 2012).
19. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 125 de 1994. Expediente 3972 (M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Scholss; octubre 19 de 1994).
20. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de abril de 2009. Expediente 00624-01. (M. P.: Edgardo Villamil Portilla).
21. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Exp. 11001 3103 024 1998 4175 01 (M. P.: Pedro Octavio Munar Cadena; noviembre 4 de 2009).

22. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14 de diciembre de 2011. Referencia: C-1100131030142001-01489-01 (M. P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar).
23. De la Maza Gazmuri, I. (2004). El control a las cláusulas abusivas y la letra g. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 1-25.
24. Decreto 3466 de 1982 [Presidente de la República]. Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 2 de 1982.
25. Decreto 2179 de 1992 [Presidente de la República]. Por el cual se introducen algunas modificaciones al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Diciembre 30 de 1992.
26. Decreto 663 de 1993 [Presidente de la República]. Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. Abril 2 de 1993.
27. Decreto 2555 de 2010 [Presidente de la República]. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. Julio 15 de 2010.
28. Decreto 710 de 2012 [Ministerio de Hacienda y Crédito Público]. Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia Financiera de Colombia. Abril 10 de 2012.
29. Directiva 93/13/CEE [Consejo de las Comunidades Europeas]. (5 de abril de 1993). Sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. DO n.º L095 de 21 de abril de 1993, pp. 0029 – 0034.
30. Echeverry Salazar, V. M. (2011a). Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión. *Opinión Jurídica*, 9(17), 127-144.
31. Gual Acosta, J. M. (2012). *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad*. Bogotá D. C.: Grupo Editorial Ibáñez.
32. Wajntraub, J. H. (2006). Aplicación del régimen de defensa del consumidor a la contratación bancaria. Acciones colectivas y legitimación. En M. E. Kabas De Martorell, *Responsabilidad de los bancos frente al cliente* (págs. 187-210). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
33. Ley 24.240 de 1993 [Congreso de la Nación Argentina]. Normas de Protección y Defensa de los Consumidores. Septiembre 23 de 1993. BO n.º 27744, de 15 de octubre de 1993.
34. Ley 19.496 de 1997 [Congreso Nacional de Chile]. Establece normas sobre protec-

- ción de los derechos de los consumidores. Febrero 7 de 1997.
35. Ley 975 de 2003 [Congreso de la República de Colombia]. Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones. Enero 14 de 2003. DO n.º 45064, de enero 15 de 2003.
 36. Ley 1328 de 2009 [Congreso de la República de Colombia]. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Julio 15 de 2009. DO n.º 47.411, de 15 de julio de 2009.
 37. Ley 1480 de 2011. [Congreso de la República de Colombia]. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Octubre 12 de 2011. DO n.º 48.220, de 12 de octubre de 2011.
 38. Ley 3/2014 [Jefatura del Estado, España]. Por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Marzo 27 de 2014. BOE n.º 76, de 28 de marzo de 2014, pp. 26967 a 27004.
 39. Martín Pérez, J. A. (2007). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión: mecanismos de defensa del adherente. En *Regulación financiera y bursátil y derechos del consumidor* (págs. 27-56). Medellín: Colegio de Abogados de Medellín/Universidad Externado de Colombia/Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia/Biblioteca Jurídica Diké.
 40. Montés Rodríguez, M. P. (2002). Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios. En V. Cuñat, Edo, R. Ballarín Hernández et al., *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*. Elcano, Navarra: Aranzadi.
 41. Pérez Salas, D. O. (2005). Las cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano. *Revista Jurídica Pielagus*, 4, 31-39.
 42. Real Decreto Legislativo 1/2007 [Ministerio de la Presidencia de España]. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Noviembre 16 de 2007). BOE n.º 287, de 30 de noviembre de 2007.
 43. Rengifo García, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante* (Segunda Ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Sigma Editores.
 44. Rodríguez Yong, C. A. (2013). *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. Bogotá D. C.: Legis Editores S. A.
 45. Stiglitz, R. S. (1997). Contrato de consumo y cláusulas abusivas. *Revista Universitas Jurídica*, (93), 373-401.

46. Stiglitz, R. S. y Stiglitz, G. A. (1985). *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
47. Suescún Melo, J. (2005). *Derecho privado estudios de derecho civil y comercial contemporáneo* (Vol. II). Bogotá: Legis Editores S. A.
48. Superintendencia Financiera de Colombia. (s. f.). *Objetivos estratégicos*. Recuperado de: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=60626#objetivos4>
49. Superintendencia Financiera de Colombia. (03 de junio de 2009). Concepto 2009030133-001.
50. Superintendencia Financiera de Colombia. (26 de noviembre de 2009). Concepto 2009074985-004.
51. Superintendencia Financiera de Colombia. (6 de septiembre de 2011). *Circular Externa 039 de 2011. Cláusulas privativas y abusivas*. Recuperado de: http://ares.com.co/docs/circularyanexoce039_11.pdf.
52. Superintendencia Financiera de Colombia. (2014a). *Informe de gestión enero-diciembre 2014*. Recuperado el 13 de abril de 2015 de: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=60778>
53. Superintendencia Financiera de Colombia. (2014b). *Circular Externa 029 de 2014. Reexpedición de la Circular Básica Jurídica*.
54. Superintendencia Financiera de Colombia. (2014c). *Información consolidada anual SFC – Defensor del consumidor financiero – Entidades vigiladas*. Recuperado el 13 de abril de 2015 de: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=11129>
55. Superintendencia Financiera de Colombia. (2014d). *Lineamientos estratégicos 2015-2018*. Recuperado de: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10084333>
56. Superintendencia Financiera de Colombia. (2014e). *Plan estratégico 2015-2018*. Recuperado de: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10084333>
57. Superintendencia Financiera de Colombia. (28 de octubre de 2014f). *Rendición de cuentas*. Recuperado el 13 de abril de 2015 de: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10084333>

nes&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadC
ontenidoPublicacion&id=10887

ones&IFuncion=loadContenidoPublicacion
&id=10084102

58. Superintendencia Financiera de Colombia. (2014g). *Audiencia pública de rendición de cuentas a la ciudadanía. Agosto 2013 - Julio 2014*. Bogotá: Autor.

59. Superintendencia Financiera de Colombia. (2015a). *Concepto 2015002738-001*.

60. Superintendencia Financiera de Colombia. (2015b). *Agenda Normativa 2015*. Recuperado el 13 de abril de 2015 de: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaci>

61. Superintendencia Financiera de Colombia. (2015c). *Reporte de sanciones en firme a entidades*. Recuperado el 13 de abril de 2015 de: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=20708>

62. Union des Consommateurs. (2011). *Mettre un frein aux clauses abusives dans les contrats de consommation*. Montréal: Union des consommateurs.

63. Weingarten, C. (2007). *Derecho del consumidor*. Buenos Aires: Editorial Universidad.