

# LA PROTECCIÓN CONTRACTUAL AL CONSUMIDOR FINANCIERO, ASPECTOS TEÓRICOS Y ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL\*

## THE CONTRACTUAL PROTECTION OF THE FINANCIAL CONSUMER, THEORETICAL ASPECTS AND CURRENT JURISPRUDENTIAL

Juan Carlos Villalba- Cuéllar\*\*

Andrea Carolina Pérez Forero\*\*\*

### Resumen

Las relaciones de consumo en el ámbito financiero tienen particularidades debido a la marcada asimetría entre las partes y la debilidad acentuada de los consumidores financieros. Esto ha justificado un marco de intervención normativa amplio tendiente a proteger a los consumidores financieros, la cada vez es mayor; además los jueces han desplegado su poder decisorio para buscar el equilibrio y la justicia en este tipo de contratos. Este artículo tiene como objetivo analizar la actualidad normativa en cuanto a las obligaciones de información en materia financiera, así como el control al contenido y la eficacia de los contratos de consumo desde una perspectiva teórica y jurisprudencial.

**Palabras clave:** protección, consumidor financiero, información, contratos, equilibrio.

Consumer relations in the financial field have particularities due to the marked asymmetry between the parties and the accentuated weakness of financial consumers. This has justified a broad regulatory intervention framework aimed at protecting financial consumers, which

---

Fecha de recepción: 03 de marzo de 2023 Fecha de aceptación: 06 de junio de 2023

\* Este artículo de es un producto del proyecto de investigación INV DER 3438 correspondiente al grupo de “Derecho Privado”, que se adelanta en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá, Colombia)

\*\* Abogado, docente e investigador, miembro de la línea en Derecho Económico y de los Negocios, grupo en Derecho Privado del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Doctor en Derecho de la Universidad Panthéon Sorbonne París I, Magíster LLM en Derecho francés, europeo e internacional de negocios de la Universidad Panthéon-Assas Paris II y el Instituto de Derecho Comparado de Paris (Francia). Especialista en docencia universitaria. Orcid: [orcid.org/0000-0002-3592-9819](https://orcid.org/0000-0002-3592-9819). Correo electrónico: [juan.villalba@unimilitar.edu.co](mailto:juan.villalba@unimilitar.edu.co)

\*\*\* Abogada Magna Cum Laude de la Universidad Militar Nueva Granada. Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Contractual y en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario. Docente e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada vinculada al grupo de Derecho Privado. Correo electrónico: [andrea.perez@unimilitar.edu.co](mailto:andrea.perez@unimilitar.edu.co). <https://orcid.org/0000-0002-7163-8365>. En citación: AC Pérez Forero

is increasing; In addition, the judges have deployed their decision-making power to seek balance and justice in this type of contract. This article scope to analyze the current regulations regarding information obligations in financial matters, as well as the control of the content and effectiveness of consumer contracts from a theoretical and jurisprudential perspective.

Keywords: protection, financial consumer, information, contracts, balance.

### **Introducción.**

El sector financiero tiene una importancia capital en la economía de un Estado, dado que de la estabilidad del sistema de administración de los recursos que se captan del público depende a su vez la estabilidad económica de la nación. En el sector financiero se apalanca el crédito de los particulares que permite la realización de inversiones y el adelantamiento de proyectos a corto, mediano y largo plazo. La bancarización y el acceso al crédito son el motor de la economía en la sociedad de consumo, por tal motivo los ciudadanos se ven compelidos a adquirir productos financieros para ingresar al sistema y sobrevivir al mismo, so pena incluso de quedar excluidos del acceso a medios de pago o mala acreditación por falta de experiencia financiera. A tal punto destaca su importancia que esta actividad desborda el mero interés de las partes propio de relaciones jurídicas de derecho privado y trasciende a la esfera de ser considerada de interés público, lo cual no en pocas veces ha ameritado su constitucionalización. El creciente uso del dinero plástico, la aparición de las billeteras virtuales y el aumento de los intermediarios financieros en las plataformas digitales ha acrecentado la presencia de las relaciones de consumo financieras. La bancarización de la población ha aumentado sustancialmente en los últimos años y las relaciones negociales con el sistema financiero se tornan necesarias para la mayoría de los ciudadanos en su rol de agentes económicos y consumidores. Este sector en el contexto colombiano comprende las actividades financiera, bancaria, bursátil, aseguradora, fiduciaria, de leasing, entre otras reguladas y vigiladas por la Superintendencia Financiera. Todas estas entidades sostienen relaciones negociales con los particulares, la mayoría de ellas personas naturales o jurídicas que necesitan sus servicios para realizar las transacciones de dinero cotidianas, así como su apoyo para créditos y apoyo en la consecución de recursos para llevar a cabo sus actividades de negocios. Empero, las relaciones jurídicas de consumo en el ámbito financiero tienen matices especiales, su regulación queda en gran parte fuera de la órbita del estatuto del consumidor y una normatividad especial es aplicable. Los consumidores financieros tienen un grado de vulnerabilidad mayor dada la complejidad de los productos y servicios que contratan, los cuales en gran medida no alcanzan a comprender, aunado a que las entidades del sector financiero tienen una posición de dominio contractual frente a sus clientes y usuarios y a veces se muestran indiferentes a mejorar el grado de comprensión con que sus clientes toman sus servicios. Esto pone de manifiesto la importancia de la protección al consumidor en el sector financiero y las problemáticas que pueden surgir en las relaciones de consumo financieras, la mayoría de ellas ligadas a problemas de información y

desequilibrios contractuales. El presente escrito se enfocará en consecuencia en analizar los alcances de la regulación de la protección al consumidor en el sector financiero desde esas dos perspectivas, a efectos de delimitar su alcance, se busca dar un enfoque de análisis normativo, pero igualmente reseñar la mayor cantidad posible de decisiones judiciales proferidas en la materia, buscando igualmente utilizar el estado del arte de la materia en derecho colombiano para generar un punto de puesta al día. Para tal fin se abordarán primero el control anterior al perfeccionamiento del contrato en el cual la información al consumidor financiero será protagonista, para en segundo lugar pasar a analizar el control de contenido de los contratos financieros en general y enfocado en cláusulas abusivas. La metodología utilizada es jurídica dogmática, con elementos de análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial con un componente analítico y propositivo.

## I. El control precontractual, la información al consumidor financiero.

La información al consumidor es el mecanismo por excelencia para corregir las asimetrías que existen entre consumidores y productores y proveedores en el mercado, con mayor razón en las relaciones consumo financieras en las cuales el factor de desequilibrio es más acentuado dada la posición dominante de las empresas que prestan servicios en este sector. El consumidor o usuario financiero, entendido como el cliente potencial, cliente o usuario, según la Ley 1328 de 2009, noción a todas luces más amplia que la contenida en la ley 1480 de 2011, no se fija en las finalidades de uso o destinación del servicio financiero y contempla como mecanismo por excelencia de protección al débil una obligación de información acentuada (Woolcoot et al, 2017, p. 42). La doctrina, al referirse al análisis económico de la obligación de información ha reseñado que el deber de informar es aún más exigible y necesario en relaciones jurídicas que impliquen un alto grado de riesgo y la parte dominante esté propensa a obtener un mayor oportunismo en la negociación (Monsalve & Rodado, 2010).

La Corte Constitucional por su parte ha dicho que: *“El productor y el proveedor financiero, por contar habitualmente con mayores conocimientos profesionales y técnicos acerca de los productos o servicios que ofrece, se encuentra en condiciones de asimetría sobre el consumidor financiero, quien si bien puede tener un saber específico, no por ello deja de ser consumidor financiero. Así, sería necesario que el legislador señale principios y reglas de información y transparencia (v.gr. prohibición de cláusulas y prácticas abusivas, procedimientos, sanciones), a efectos de contrarrestar, a partir de la asimetría, las desigualdades que experimenta la relación de consumo.”* (Corte Constitucional, Sentencia C- 909 de 2012). En sentencia reciente la Corte manifestó que *“El acceso efectivo a la información es un derecho de los consumidores financieros, un deber de las entidades financieras y un principio que rige las relaciones entre estos, que tiene su fundamento en el principio constitucional de la buena fe”* (Corte Constitucional sentencia T302/ 2020). Agregando que *“La información entonces es un elemento central en las relaciones entre los*

ciudadanos y las entidades del sistema financiero, tanto en la etapa precontractual, como contractual y postcontractual, pues previene abusos del ejercicio de la libertad contractual. “Es por ello que cualquier restricción injustificada al acceso a la información debe entenderse como una práctica abusiva, propiciada por el poder dominante del que gozan las entidades aseguradoras y bancarias” (Corte Constitucional, sentencia T-302/ 2020).

En cuanto a la finalidad de la obligación de información en materia financiera señaló el alto tribunal señaló que “la exigencia a las entidades que conforman el sistema financiero para que entreguen a los consumidores datos claros y oportunos, no es otra que equilibrar la situación de indefensión en la que estos últimos se encuentran ante ellas, para que reconozcan y ejerciten sus derechos como usuarios, permitiéndoles tomar mejores decisiones, facilitándoles la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado, propendiendo porque conozcan tanto sus derechos como las obligaciones adquiridas” (Corte Constitucional, sentencia T 227/2016) y cabe reseñar que en esa misma sentencia la Corte afirmó que en razón de su naturaleza el deber de informar y el derecho a recibir información en el marco de la actividad financiera constituye una garantía con un inequívoco fundamento constitucional y no se encuentra supeditada a la voluntad de las partes.

En sentencia de 2016 la entidad hizo un ligamen entre la buena fe y el deber de información basada en la teoría de los deberes secundarios de conducta (Solarte, 2004), allí dijo que “estos deberes secundarios pueden manifestarse de forma más intensa en aquellos casos en los cuales la relación contractual puede calificarse también como una relación de consumo. En ese sentido y a modo de ejemplo, la celebración de contratos bancarios impone por su naturaleza –circunstancia que además suele ser reconocida por la ley- unos deberes especiales de acompañamiento, consejo e información” (Corte Constitucional, sentencia T-676 de 2016). Todo lo anterior nos indica que la obligación de información en materia financiera a los ojos de la Corte Constitucional adquiere matices de derecho de rango constitucional, lo cual le da una prevalencia en su cumplimiento y refuerza el marco de lo dictado por las normas especiales de derecho del consumo en la materia, en aras de proteger a la parte débil en relaciones de consumo que por esencia resultan asimétricas como las financieras.

Igualmente, la doctrina ha destacado el rol importante de la información en estas relaciones de consumo, incluso su relación con el derecho a la educación financiera, ya que “*no basta con otorgar la información, sino que se requiere que el consumidor financiero la asuma, procese y utilice de una manera adecuada. Podría estar también implícita una mayor complejidad de los productos financieros, dado que es necesario el estudio y entendimiento por parte del consumidor, de cláusulas con las condiciones de los contratos que se firmarán, entre otras.*” (Blanco Barón, C., 2014). A tal punto puede llegar la asimetría informativa que un estudio reveló que estas no se eliminan con las obligaciones legales de información y persisten incluso durante las acciones judiciales que inician los consumidores (Devis Cantillo, J., Gómez Quiñones, M. del P. y López Pontón, E. 2019).

La Corte Suprema de Justicia por su parte en un caso relativo al mercado de valores resaltó que “La asimetría y la insuficiencia o falta de información, es la principal falla de los mercados. Deviene del desbalance a priori entre el inversor y los demás participantes frente al conocimiento de las particularidades que rodean la operación de valores. La anomalía afecta la comprensión del consumidor financiero frente a los riesgos propios de la inversión y con ello la decisión negocial.” (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 22 de febrero de 2021). Lo anterior pone de manifiesto la importancia que las altas cortes colombianas han dado al tema de la información al consumidor financiero.

Aterrizando el análisis al ámbito de la normatividad que cobija la obligación de información en materia financiera, encontramos que la Ley 1328 de 2009 en su artículo 3 consagra unos principios que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, entre estos destacan, la debida diligencia, de manera que estas entidades propendan por dar la necesaria información, atención debida y la satisfacción de las necesidades conforme a los servicios ofrecidos y contratados<sup>1</sup>. Este artículo define como principio además la “transparencia e información cierta, suficiente y oportuna”, de manera que los consumidores financieros reciban información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, que conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas (art. 3, literal c). Se destaca en lo relacionado a la información el principio de educación financiera, el cual implica que los consumidores financieros tienen derecho a recibir por parte de las entidades vigiladas y las autoridades educación para hacer un debido uso de los servicios y productos financieros. Los tres principios encuentran una clara relación en la medida que todos buscan que el consumidor financiero tome decisiones razonadas, debidamente informadas, las cuales es evidente que no puede tomar por sí mismo dada la complejidad de los productos financieros, de manera que solamente una conjunción de factores puede ayudar a mitigar esa debilidad estructural que padece.

La Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera contempla el deber de información desde cuatro facetas diferentes, como un derecho de los consumidores financieros, una obligación especial de las entidades vigiladas, un principio orientador que debe regir las relaciones que se establezcan entre los consumidores financieros y las entidades y como un elemento constitutivo del Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC) (Circular Básica Jurídica, Título III, capítulo I, numeral 3). Por su parte la Circular 038 de

---

<sup>1</sup> Debida Diligencia. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas. Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros.

septiembre de 2011 emitida por la Superintendencia Financiera reforzó el contenido de la Circular Básica Jurídica de la entidad y estipuló que la información que divulguen o suministren las entidades vigiladas a los consumidores financieros deberá: a) Dotar a los consumidores financieros de elementos y herramientas suficientes para la toma de decisiones; b) Facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado, y c) Propender porque los consumidores financieros conozcan los derechos y obligaciones pactadas (Superintendencia Financiera, Circular Externa No. 038 de 211). Para la misma norma la información que se brinda al consumidor financiero debe ser cierta, suficiente y corresponder a lo ofrecido o previamente publicitado, además de clara, comprensible, oportuna, vigente, disponible y accesible en los sitios web de las entidades vigiladas y en sus oficinas. Así mismo se obliga a que la información sobre tarifas, tasas de interés, gastos de cobranza, cargos tributarios, cobros adicionales, entre otros, sean informados debidamente a los consumidores. Todas estas normas se aplicarán de manera prevalente por derivar de norma especial, pero en concordancia con las obligaciones de información que consigna la Ley 1480 de 2011 que son más genéricas.

El decreto 4809 de 2011 a su vez estableció unas reglas sobre la fijación, difusión y publicidad de tarifas y precios de los productos y servicios financieros, entre las cuales se destaca la información previa de cobros por transacciones en cajeros automáticos, igualdad de tarifas en los servicios prestados por internet, aviso previo al consumidor sobre el incremento de tarifas con la posibilidad para este de dar por terminado el contrato, principalmente. Esta norma hizo un aporte en la transparencia e información de precios de servicios financieros.

Volviendo sobre el contenido de la Ley 1328 de 2009, el artículo 9 de la norma establece el contenido y alcance de la información al consumidor financiero, y establece como mínimo que se informen las características de los productos o servicios, los derechos y obligaciones, las condiciones, las tarifas o precios y la forma para determinarlos, las medidas para el manejo seguro del producto o servicio, las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato, y la demás información conveniente para que el consumidor comprenda el contenido y funcionamiento de los servicios pactados, de manera que la información previa permita la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado. Además, impone la obligación de informar todos los cargos y costos, sobresale también la obligación de publicidad de las proformas de los contratos que debe estar disponible al público en la página web de las entidades vigiladas según el parágrafo dos de este artículo. Esta obligación de publicidad de los contratos lastimosamente se cumple a medias por esas entidades y son pocos los controles o sanciones emitidos por la Superintendencia Financiera al respecto. En general la práctica demuestra que la entidad no ejerce control por vía administrativa sobre las omisiones a la obligación de información a los consumidores financieros, por lo que solamente por la vía judicial en contados casos se discuten este tipo de infracciones. Una revisión al reporte de sanciones impuestas por la Superintendencia Financiera efectuada dentro de la presente investigación permitió verificar que en los últimos cinco años sólo se

ha impuesto una sanción administrativa, consistente en multa, por violación de obligaciones de información a los consumidores y en ese mismo año otra por no atenderé recursos o consultas de los consumidores, para un total de seis sanciones en cinco años.<sup>2</sup>

La Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera se refiere a las condiciones de la publicidad de productos financieros a partir de las cuales se busca que esta sea objetivamente cierta y en caso de que incluya cifras correspondan a la realidad. Para tal fin se prohíben prácticas como ofrecer características que no correspondan a la realidad (artículo 2.2.1); presentar o apoyar la solidez de productos y servicios aspectos ajenos al verdadero sustento técnico, jurídico o económico de la publicidad, utilizar afirmaciones que permitan considerar como definitivas situaciones coyunturales del mercado financiero (artículo 2.2.3); utilizar o insinuar, ponderaciones o superlativos abstractos que no reflejen una situación exacta, como sucedería con expresiones tales como “somos los primeros”, “los mejores”, “el indicado”, entre otras, sin decir en qué, en relación con qué o con quiénes (artículo 2.2.5). Igualmente regula la publicidad de productos fiduciarios, intermediarios de seguros, sociedades administradoras de fondos de pensiones, entre otros. En lo relativo a la información, la Circular en su articulado desarrolla las obligaciones emanadas de normas generales como la Ley 1328 de 2009 y detalla la información que se debe brindar a los consumidores caso por caso en los diferentes productos financieros.

Lo anterior sin perjuicio de otras normas es establecen obligaciones especiales de información en materia financiera, por ejemplo, la ley 546 de 1999 en su artículo 21 establece que los establecimientos de crédito deberán suministrar información cierta, suficiente, oportuna y de fácil comprensión para el público y para los deudores respecto de las condiciones de sus créditos. En materia de seguros, la Circular Básica jurídica contempla una serie de obligaciones de información sin perjuicio de que normas especiales consagren deberes adicionales, por ejemplo el Decreto 1084 de 2021 modificó y adicionó el decreto 255 de 2010, y estableció que en los seguros que tomen las entidades financieras por cuenta de deudores, se debe “suministrar al deudor, al momento de la originación (sic) del crédito o leasing, y de forma periódica, información sobre el monto asegurado, las coberturas que incluye la póliza y los costos asociados al seguro contratado, distinguiendo la tasa de prima de seguro que reciben las aseguradoras de otros costos” (Decreto 2555 de 2010, artículo 2.36.2.1.1). Nótese que en contratos como el de seguro el consumidor también tiene una obligación de informar el estado del riesgo so pena de incurrir en reticencia como causal de nulidad del contrato conforme al artículo 1058 del Código de Comercio, situación que no obstante debe ser acompañada con la demostración por la aseguradora de que el silencio del tomador al no declarar su estado de salud agravó el estado del riesgo, es decir que el dolo fue determinante (Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, 30 de septiembre de 2021).

---

<sup>2</sup> [https://www.superfinanciera.gov.co/SiriWeb/publico/sancion/rep\\_sanciones\\_general.jsf](https://www.superfinanciera.gov.co/SiriWeb/publico/sancion/rep_sanciones_general.jsf)

Así las cosas, la información en las relaciones jurídicas de consumo en materia financiera es fundamental, la complejidad de los productos y servicios financieros aumenta el desequilibrio entre las partes, los consumidores financieros entienden muy poco el alcance de las obligaciones que adquieren en los contratos celebrados con las entidades financieras porque en efecto, saber liquidar intereses, aplicar la corrección monetaria, entender ciertas modalidades de esquemas fiduciarios o el carácter de la propiedad de derechos fiduciarios, entre otros temas financieros, es complejo para un ciudadano corriente (Acosta & Gual, 2021; Acosta & Guarnizo, 2020). A esto se aúna que los consumidores, no solo los financieros, no suelen leer los contratos a los que adhieren y esto no implica un reproche real a su conducta por varias razones, primero porque el consumidor medio es descuidado, comportamiento plenamente comprobado por la economía del comportamiento, segundo porque el consumidor sabe que así lea el contrato no va a poder hacer nada para modificarlo, tercero porque si el consumidor lee el contrato va a entender muy poco de su contenido, ya que está en términos jurídicos. Así existan consumidores más sofisticados en materia financiera, estos son la excepción a la regla, la norma consumerista se diseña con el fin de que las entidades vigiladas informen como si el consumidor fuera un lego, profano o ignorante total en la materia, esta conducta de las entidades financieras hace parte de la debida diligencia que las normas financieras les imponen. En tal medida, a mayor complejidad y desequilibrio entre las partes, mayor será la carga informativa que le impone la norma a la parte fuerte de la relación jurídica, de ahí la tendencia a que en este ámbito la información sea tan importante (Restrepo & Ruiz, 2019; Lorie, 2017).

En cuanto al estado de cosas en materia de información al consumidor financiero, hoy en día el derecho colombiano del consumo en materia financiera está en un estadio intermedio, pues existen múltiples obligaciones de información a cargo de las entidades vigiladas, las cuales en gran parte se cumplen; aunque lo que se pone en juego es la eficacia de la aplicación de la norma, como quiera que a pesar de esa información los consumidores siguen sin comprender el contenido de las obligaciones que adquieren (Oyola & Blanco, 2022; Echeverri & Blanco, 2020)). Además se habla a veces del consumo responsable o del crédito responsable en materia financiera, lo cual sin duda es un anhelo e implicaría un deber de autocuidado del consumidor al adquirir un crédito o ciertos productos financieros, pero hablar de crédito responsable entraña en parte una paradoja, pues en realidad una persona con alto grado de racionalidad y que sea responsable no adquiriría un crédito en las condiciones que se contratan en el sistema financiero, dado que es supremamente costoso. Pero más allá de esa reflexión, debe verse el crédito desde su perspectiva positiva, permite movilizar la economía y dinamizar el mercado, igualmente da bienestar a las personas que pueden adquirir bienes y servicios que de otra manera no podrían disfrutar, así a la larga sea caro, pero la facilidad de tener algo inmediatamente tiene un costo monetario para el consumidor y debe asumirlo. No obstante, es claro que deben optimizarse los niveles de información que se brinda al consumidor y sobre todo la forma en que se le presenta, para evitar situaciones de no pago,



sobreendeudamiento y otro tipo de inconvenientes contractuales que se puedan presentar entre el consumidor y la entidad financiera (Velasco, 2016).

A nuestro modo de ver la obligación de información en algunos casos específicos del derecho financiero puede devenir en una obligación de consejo, entendiéndose por esta aquella en la cual el profesional debe ayudar al consumidor a tomar la decisión que más se adecúe a sus intereses, la que más le convenga, independientemente del interés del profesional de celebrar el negocio, de tal forma que la decisión del consumidor pueda ser incluso no contratar o contratar con un tercero, allí se expresa el alto grado de lealtad y honestidad con que debe obrar el consejo. Por ejemplo, en virtud de la Ley 1748 de 2014 se expidió el Decreto 2071 de 2015 que refuerza la transparencia de la información al consumidor de pensiones y en su artículo 3 modifica el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto número 2555 del 2010 y dice que “ Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.”. Nótese que la obligación de información se transforma en una obligación más compleja, de consejo, en algunos casos. Lo mismo sucede en materia de operaciones de valores, el decreto 555 de 2010 en su artículo 7.6.1.1.3. establece como deberes de los profesionales que ejercen como intermediarios en el mercado de valores: “e) Profesionalismo: Los intermediarios en el mercado de valores siempre con fundamento en información "seria, completa y objetiva", en los términos que para el efecto este Despacho dispuso en la circular externa No. 010 de 1991 deben, en función de las necesidades del cliente, suministrar su consejo para la mejor ejecución del encargo. f) Adecuación a la ley: Señala la exigencia de dar apropiado cumplimiento a todas las disposiciones legales, en especial a los deberes de información en ellas contenidos, subrayándose la importancia de comunicar al cliente cualquier circunstancia sobreviniente que pudiera modificar su voluntad contractual.”. En esta norma encontramos una obligación de consejo, la cual es una obligación de información calificada, además de un deber de información genérico, es decir más allá de las obligaciones puntuales que establece la ley, de comunicar e informar toda la información necesaria al cliente sobre aspectos que puedan alterar sus intereses de inversión en determinados productos. Sobre la obligación de información a los inversionistas consumidores Barón señala que “estos deben estar protegidos de conductas de manipulación o prácticas fraudulentas, incluyendo el uso indebido de información privilegiada, entre otras. Es de la mayor importancia la revelación plena de información material para la toma de decisiones de los inversionistas, que deben estar en capacidad de evaluar sus riesgos potenciales y de proteger sus propios intereses (2012, p. 148). Un antecedente jurisprudencial sobre la vulneración de esta especie de obligación de información se encuentra en la sentencia del 22 de febrero de 2021, en que la Corte Suprema de Justicia establece la responsabilidad civil contractual de una sociedad Comisionista de Bolsa por la indebida información y consejo a sus clientes en la inversión en certificados de depósito, emitidos por una sociedad

internacional con la que se hallaba vinculada a través de contrato de corresponsalía, que a la postre condujeron a los inversionistas a cuantiosas pérdidas económicas (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 22 de febrero de 2021). Así las cosas, el deber de consejo está presente como una modalidad de obligación de información en materia financiera. Nótese que en general se ha señalado por la doctrina y en particular por Gerscovich que la actividad financiera y bancaria no pueden apreciarse con los mismos parámetros que resultan aplicables a un particular, medio, pues son entes mercantiles a los que debe atribuirse un alto grado de especialidad, con clara superioridad técnica sobre sus clientes, circunstancia que las obliga a actuar con prudencia y conocimiento de su actividad profesional (2011, p.102).

A su vez conviene decir que los principios de debida diligencia y la información tienen un ligamen estrecho en esta materia, así que más allá de las obligaciones específicas de información que establecen las normas, los actores del mercado financiero tienen una obligación genérica de información derivada de su calidad de profesionales, especialistas en su oficio, lo cual conlleva una exigencia en su conducta siempre esmerada y acorde a su calidad de experto que se lucra de esa misma calidad que ostenta y aprovecha en el mercado. Este tipo de exigencias de información tienen que ver con la debida diligencia que le es exigible a estos profesionales. Por ejemplo, a las entidades fiduciarias se les ha exigido un obrar acorde a su calidad, lo cual va más allá de la información al cliente claro está, pero que se expresa de manera primigenia en la transparencia y deber de informar sus clientes todo relacionado y que sea relevante en cuanto a la administración de sus recursos. Habría que examinar cuándo esas obligaciones además se convierten en un deber de consejo, pues se citaron dos normas que establecen obligaciones de consejo específicas, pudiendo haber más, pero en algunos casos puntuales podrían los jueces considerar que una obligación legal de información se torna en obligación de consejo.

En cuanto a la revisión de sentencias de la Superintendencia Financiera efectuada, se encontraron casos de adhesión a fideicomisos en que la fiduciaria omitía información relevante al consumidor financiero acerca de giro de los recursos a la promotora del proyecto inmobiliario en disonancia con los artículos 3 de la ley 1328 de 2009 y 31 artículo 97 numeral primero del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Tribunal Superior manifestó que “Aunado, la enjuiciada con su proceder pasó por alto que el numeral 2.2.1.2 del capítulo I, título II, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014, expedida por la Superintendencia Financiera, impone a las sociedades fiduciarias el cumplimiento de los deberes de información, asesoría, protección de bienes fideicomitidos, lealtad, buena fe, diligencia, profesionalidad y especificidad” (Tribunal Superior de Bogotá, 19 de julio de 2021). Un reproche similar a la omisión de información se haría en sentencia de abril de 2022 debido a que la transferencia de los recursos a la promotora no fue debidamente informada a las demandantes, además de que el giro de sus aportes se realizó sin el cumplimiento de los requisitos que el contrato de encargo fiduciario (Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de abril de 2022).

Se encontró además una sentencia de tutela de la Corte Constitucional sobre un contrato de seguro de vida para amparar un crédito hipotecario, caso en el cual el consumidor enfermó y le fue decretada una invalidez del 56.60%, frente a lo cual la aseguradora al exigírsele la cobertura la negó porque el señor tenía 74 años y la póliza ponía un límite de edad de 69 años, el consumidor consideró que sus derechos fundamentales a la vivienda digna y al mínimo vital le estaban siendo vulnerados. Una vez en instancia de la Corte Constitucional esta manifestó que la aseguradora no había cumplido sus obligaciones de información frente al asegurado, como lo indica la norma, al darle a conocer el contenido de la póliza, por lo que consideró que la omisión en la información oportuna, clara y completa de la póliza de seguro al consumidor “constituye una práctica abusiva de las entidades financieras y vulneradora de los derechos fundamentales.” (Corte Constitucional, sentencia T-136 de 2013). En otro caso similar, en el cual una señora adquirió dos productos con un banco y sufrió posteriormente un accidente cerebro vascular que la dejó en estado de coma, su hija solicitó al banco hacer efectivas las pólizas de los seguros que amparaban dichos productos, y la entidad se negó so pretexto de que la información de las pólizas estaba sometida a reserva y que para legitimarse debía interponer proceso de interdicción de su señora madre ante un juez. La hija interpuso acción de tutela y la Corte con argumentos similares preservó los derechos de la consumidora, al considerar que la falta de información del banco al omitir el deber de entregar información completa y oportuna en relación con el trámite requerido para solicitar el pago de las pólizas de seguro que amparaban los créditos adquiridos por la consumidora, así como la compañía aseguradora con quien se habían suscrito tales pólizas, por lo que se vulneró el derecho a la información y al derecho al debido proceso contractual de la accionante, lo que a su vez supuso una amenaza a su derecho al mínimo vital. (Corte Constitucional, sentencia T- 302 de 2020). Otras sentencias de la Corte Constitucional han mantenido esa línea de pensamiento.<sup>3</sup> Estos últimos casos en sede de juez constitucional nos muestran la factibilidad de que un asunto de protección al consumidor financiero por defectos de información, en este caso de seguros, se pueda constitucionalizar.

## **II. El control al contenido del contrato**

Los mercados financieros son mercados altamente concentrados y los oferentes de productos y servicios resultan pocos con relación al número de usuarios del sistema financiero, en tal medida el poder de mercado de las entidades financieras con respecto al consumidor financiero es supremamente alto, se trata de una posición dominante contractual marcada que permite a estas tomar ventaja de las relaciones contractuales desde diferentes aristas, partiendo de la más elemental, predisponer unilateralmente el contenido del contrato, ya que en esencia el contrato financiero de consumo es un contrato de adhesión. Los contratos de

---

<sup>3</sup> Sentencia T-676 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo

adhesión muestran grandes ventajas desde el punto de vista de reducción de costos de transacción, pero bajo el imperio del postulado de la autonomía privada y el libre juego del mercado los riesgos de desequilibrio generados por estos contratos no se solucionan, se necesita la intervención del Estado. Desde el punto de vista del análisis económico se ha explicado esta necesidad: *“Con el paso del tiempo el mercado ha mostrado su incapacidad de solucionar el problema de los contratos de adhesión con contenidos<sup>25</sup> que solamente favorecen los intereses del predisponente a costa del adherente. Entonces, esta situación ya no se explica por la ausencia de negociación sino por una falla en el proceso de elección y consecuentemente por una falla del mercado”* a lo que se añade que *“el mercado no puede asegurar que se ofrezca una calidad óptima en los contratos de adhesión cuando una porción de adherentes está desinformada sobre la calidad de los mismos.”* (Salazar Diego F, 2006). Dicha asimetría y la posición dominante de las entidades financieras ha sido reconocida plenamente por la Corte Constitucional, al respecto dijo *“es claro que las entidades bancarias tienen una posición dominante frente a los usuarios del sistema financiero. En efecto, son ellas quienes fijan los requisitos y condiciones de los créditos, tasas de interés, sistemas de amortización etc. Son ellas las depositarias de la confianza pública por el servicio que prestan, y sus actos gozan de la presunción de veracidad por parte de los clientes.(...)”*(Corte Constitucional, Sentencia T -1085 de 2002). Así las cosas, agregó el alto tribunal en otra sentencia: *“las entidades bancarias tienen una posición dominante frente a los usuarios del sistema financiero, lo cual impone que el Estado controle su actividad y evite cualquier posibilidad de abuso (art. 333 Const.). En efecto, son ellas quienes fijan los requisitos y condiciones de acceso y operación de los créditos(...) siendo depositarias de la confianza pública por el servicio que prestan y gozando sus actos de credibilidad por parte de los clientes(...)”*. (Corte Constitucional, sentencia T -173 de 2007). En sentencia de 2013 justificó de manera amplia la intervención del derecho del consumo en aras de proteger a la parte débil: *“Esta Corte en repetidas ocasiones y, a propósito de las relaciones entre usuarios del sistema financiero y entidades encargadas de la prestación del servicio de intermediación financiera, ha trascendido el clásico esquema de comprensión de los contratos bilaterales, para en su lugar, asumir el derecho propio del consumidor...Se reitera de manera conclusiva, que se está frente a un nuevo tipo de derecho social, el derecho del consumo, el cual, se corresponde con el Estado Social de Derecho. Un Estado impávido frente a eventuales abusos por parte de grandes organizaciones económicas a individuos necesitados de bienes o servicios, dejaría de cumplir con una finalidad primigenia que inspiró el Estado Social de Derecho. En suma, observa la Corporación que el derecho del consumidor, como expresión de un tipo de derecho propio de sociedades ya distantes del liberalismo de finales del siglo XVIII y más propiamente del siglo XIX, se aviene muy bien con el Estado Social de Derecho. Desdibujada la autonomía en los contratos entre sujetos pretendidamente iguales, pero, que en realidad no lo son, es labor de los poderes públicos trascender esa mera igualdad formal entre poder económico y usuario o consumidor, para restaurar, en lo posible, la igualdad entre los sujetos.”* (Corte Constitucional, sentencia C 313 de 2013). La Corte Suprema de Justicia por su parte dijo que: *“La efectividad de los*

citados mandatos de protección de los contratantes adherentes y, por lo mismo, débiles en la relación mercantil de consumo, está garantizada en la misma normativa. Así, es irrefutable que tanto el parágrafo del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, como el inciso final del artículo 37 del Estatuto del Consumidor, cuando aluden a que ciertas cláusulas «se tendrán por no escritas» consagran un caso específico de ineficacia por inexistencia no del negocio jurídico en su integridad, sino de las cláusulas que, en su orden, contravengan las pautas de proscripción de abusividad o los requisitos de las condiciones generales en los contratos de adhesión.” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC1301-2022).

La Superintendencia Financiera puede hacer un control al contenido previo o *ex ante* en algunos casos, como en materia fiduciaria conforme a lo ordenado por el artículo 146 del Estatuto orgánico del Sistema Financiero, control que se hace mediante oficio en el cual, a partir de una revisión que efectúa la entidad, según indica Moreno, se imparte una autorización, que es únicamente una “revisión” y no constituye una valoración previa, aprobación o conformidad respecto a la validez y eficacia del contrato, por lo que no elimina las responsabilidades de la fiduciaria (2014, p. 342).

En cuanto al control del contenido del contrato los jueces han sido exigentes, por ejemplo en materia de seguros la Corte Constitucional exigió gran cantidad de menciones en concordancia con las normas financieras, pero además se hace palpable que el ligamen entre información y contenido del contrato es importante, se trata sobre todo de obligaciones contractuales de información: “Por lo anterior, la obligación de exponer de manera clara las condiciones del contrato de seguro comprende que las entidades encargadas de la redacción de las mismas consignen puntual y textualmente el alcance de los derechos y compromisos de los usuarios, sin dejar de lado que las dudas se resolverán a favor de ellos por encontrarse inmersos en una situación de inferioridad frente a dichas entidades. Así, por ejemplo, es deber de las aseguradoras ajustar los modelos de contrato de póliza para que la información allí consignada no conduzca a error a los consumidores, lo que implica, entre otras, que el encabezado de las mismas indique desde un inicio la clase de póliza de que trata, más aún si se tiene en cuenta que estos contratos son de adhesión y en muchas ocasiones se tramitan ante entidades diferentes a la aseguradora, lo que imposibilita al usuario a aclarar sus dudas con inmediatez. De igual forma, es necesario que los acápite que consignan los derechos y obligaciones de las partes lo hagan de forma ordenada y no se encuentren fraccionados a lo largo del convenio; es decir, que la información personal de las partes, la relacionada con el objeto del contrato, los amparos otorgados, las condiciones generales de la póliza y demás elementos, se desarrollen en una misma parte, para evitar confusiones o inducir a engaño al tomador del seguro. En síntesis, la información es una herramienta que dota a los ciudadanos de poder en todas las etapas contractuales, antes, durante y con posterioridad a la ejecución del contrato, que busca evitar que la libertad contractual se ejerza en detrimento de otros derechos fundamentales y de manera abusiva por quienes representan la parte dominante, como lo son las aseguradoras y entidades bancarias” (Corte Constitucional, sentencia T 227/2016). En otra sentencia basada en los mismos hechos la primera instancia reprochó

igualmente la falta de información y se destaca que en la apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá que versó sobre la procedencia del llamamiento en garantía a la aseguradora, la sanción recae sobre una norma del Código de Comercio que tiene que ver directamente con la información y que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal es una norma tuitiva, lo cual la acompañaría con el derecho del consumo, se trata del artículo 44 de la ley 45 de 1990, el cual estableció los requisitos de las pólizas, entre ellos: “3°. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza”, norma inserta a su vez en el artículo 184-2 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “c. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza”. En este caso encontró el juez que “la estipulación no se halla en la primera página, no está en caracteres destacados ni a continuación de la primera página” sino en el folio 6 de las condiciones generales, es decir separado de la primera página y en documento distinto a la póliza, lo cual claramente es una omisión a la obligación de información que estipula la norma a favor del asegurado o el tomador (Tribunal Superior de Bogotá, 28 de marzo de 2022).

En sentencia de 2019 la Superintendencia Financiera en funciones jurisdiccionales en un caso de un contrato de seguro de desempleo en que la aseguradora denegó el amparo del siniestro, consideró el juez que la aseguradora omitió la obligación de información al no brindar información veraz, comprensible, clara y oportuna del producto adquirido por la entidad financiera, por lo tanto, no evidenciando la existencia de un periodo de carencia en caso de un siniestro como lo aconteció en el caso en concreto (Superintendencia Financiera, acción de protección al consumidor, sentencia del 7 de febrero de 2019). En este caso el juez reprochó a la aseguradora restringir el acceso a la información al no darle a conocer el clausulado del contrato y por lo tanto el término del periodo de carencia, que era de 60 días, como una práctica abusiva y que además la demandada no demostró haber entregado las condiciones generales del contrato. En un caso similar de un seguro de desempleo el juez de la Superintendencia Financiera manifestó que, conforme a la ley, es obligación de la entidad demandada otorgar la información completa sobre la cobertura y las condiciones del contrato, dentro de las obligaciones emanadas de la ley 1328 del 2009 en su artículo 7 es relevante para el caso en concreto aquella de suministrar información comprensible y publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de sus productos y servicios ofrecidos en el mercado. Por lo tanto, como la aseguradora no demostró entregado en el momento de la celebración del contrato los documentos que le permitieran conocer el contenido de las condiciones generales, no era exigible que la consumidora supiera la duración del periodo de carencia y tampoco era compatible que corrieran los términos de prescripción de dos años (Superintendencia Financiera, acción de protección al consumidor, sentencia del 13 de diciembre de 2018).

Lo anterior permite evidenciar que el control al contenido del contrato está muy ligado al cumplimiento de las obligaciones de las obligaciones de información y al contenido del contrato en materia financiera.

La Superintendencia Financiera ha aplicado el principio *pro consumatore* en el caso de contradicción entre lo estipulado en la carátula de la póliza, la cual es ofrecida al demandante y las cláusulas contenidas en el documento, condiciones las cuales son particulares, el juez analiza en virtud a la ley 1480 del 2011, artículo 34, la interpretación más favorable para el consumidor financiero, para tener en cuenta la carátula de la póliza la cual es más favorable para la protección del demandante, lo cual dio lugar a reconocer la indemnización a la víctima haciendo efectivo el seguro (Superintendencia Financiera, acción de protección al consumidor, sentencia del 27 de abril de 2017). En sentencia de ese mismo año relativa a la negativa a la cobertura de un seguro por la incapacidad mental de la tomadora y beneficiaria en que la entidad demandada alegó reticencia, el juez resalta la importancia de la obligación de la información clara, suficiente y oportuna que debe brindar la aseguradora, pues se logra evidenciar que dentro del clausulado entregado por parte de la misma a la asegurada en ningún momento se excluía el pago de la póliza en caso de incapacidad mental (Superintendencia Financiera, acción de protección al consumidor, sentencia del 14 de marzo de 2017).

En otro fallo concerniente a la exigibilidad de un contrato de seguro el juez manifestó que cuándo la aseguradora realice modificaciones de los términos de los contratos, aquellos cambios deben ponerse en conocimiento de los consumidores o de aquellos quienes son beneficiarios de los mismos, estar claramente expresados y ser favorables para los consumidores, por lo tanto el adicionar documentos a la póliza donde se restrinja o limite el ejercicio del seguro o póliza quebranta la confianza del consumidor frente a las restricciones que pueda tener con posterioridad a la adquisición. La inclusión posterior de cláusulas restrictivas pone en desventaja al consumidor y aquellas deben ser de fácil acceso para que de esta forma se garantice la transparencia de la relación contractual, en virtud de las obligaciones de información y del acceso a esta y sus modificaciones. Bajo el principio *pro consumidor* estas modificaciones siempre deberán ser favorables para el consumidor y no lo puede poner en un estado desventaja (Superintendencia Financiera, acción de protección al consumidor, sentencia del 22 de febrero de 2018). No obstante, en las sentencias estudiadas la información contractual no juega solamente a favor del consumidor, hay casos en que se han pedido coberturas que expresamente estaban excluidas en el seguro y el juez niega las pretensiones a los consumidores demandantes (Superintendencia Financiera, acción de protección al consumidor, sentencia del 5 de noviembre de 2019).

Otro aspecto que se avizora como importante en este tipo de relaciones de consumo es la obligación de seguridad de las entidades financieras.

### **El control parcial de eficacia, las cláusulas abusivas:**

La asimetría contractual referida y la posición dominante que por excelencia detentan las entidades financieras hizo imperativo no solamente un control previo al contenido del contrato sino un control parcial al contenido del mismo a través de la sanción a las cláusulas abusivas. La posición de dominio contractual en algunas relaciones jurídicas como

asimétricas como la que tienen las entidades financieras frente a sus clientes ha sido reconocida por la doctrina colombiana de tiempo atrás, lo cual pone de manifiesto el riesgo de abuso, considerado desde la teoría del abuso del derecho (Arrubla, 2007), así como un factor de desequilibrio, desleal, contrario a la buena fe (Suescún, 2005, p. 212), para cimentarse en un régimen de control de desequilibrios más específico en materia de protección a consumidores. Fue primero en el derecho comparado y luego en el derecho interno que se crearon este tipo de controles que buscan preservar el equilibrio contractual, así el desequilibrio puede ser económico o normativo, el primero referido a la ecuación económica del contrato y el segundo explicado bien por Acosta y Jiménez quienes dicen que: “La interpretación del equilibrio contractual deberá examinarse a la luz de la proporcionalidad de los derechos y las obligaciones de las partes” (Acosta Rodríguez, Joaquín y Jiménez Valderrama, Fernando, 2015). Para Gual Acosta una cláusula abusiva es aquella que es predispuesta por una de las partes en ejercicio del poder contractual derivado de la posición dominante y que es impuesta a la otra parte que se encuentra en estado de dependencia o debilidad, no sólo económica sino también por falta de pericia contractual o conocimientos, la cual genera un desequilibrio normativo entre las partes (2016, p.120). Según Montenegro y Coronado “fueron la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia los pioneros en emplear la denominación de ‘cláusula abusiva’ en el ordenamiento jurídico colombiano, asignando tal naturaleza a aquellas cláusulas cuyos efectos se derivan del abuso del derecho y del ejercicio de la posición dominante de las empresas” (2019, p. 253). La ley 1480 de 2011 introdujo por primera vez una definición de cláusula abusiva en el artículo 42 según el cual son aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que del mismo modo afectan el tiempo, modo y lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Esta definición sirve de cláusula de prohibición general de modo que cualquier cláusula que se adecúe a ella se puede considerar abusiva bajo el test de abusividad que trae la norma, además la norma incluye una lista negra de cláusulas que se consideran ineficaces de pleno derecho.

La Corte Constitucional colombiana en sentencia de 2012 dio luces además sobre la naturaleza de la cláusulas abusivas en materia financiera “*Sin llegar a socavar el principio de libertad contractual, será cláusula o práctica abusiva aquella que, en función de su contenido, en condiciones generales o como adhesión, esto es, al no ser debatida y concertada, contravenga la buena fe en perjuicio del consumidor, por generar un desequilibrio notable entre los derechos y obligaciones de las partes, expresión jurídica que deberá ser entendida no solamente en sentido formal, como un párrafo o apartado, sino en sentido material, al contener una regla, una pauta o un patrón inequitativo de comportamiento. De tal manera, el carácter abusivo estará determinado por el proceder desleal de la entidad vigilada frente al conjunto de expectativas razonables del consumidor financiero conforme al instrumento de negociación, de manera que la conducta desplegada por aquella sea la causa del desequilibrio y menoscabo...Finalmente la buena fe, la confianza legítima, el interés público, las posibilidades de negociación, la atención de la*



*asimetría y la superación de las desigualdades en la relación de consumo, constituyen principios y elementos sustanciales que la Superintendencia Financiera de Colombia debe evaluar para lo que constituiría abuso a través de una cláusula o práctica en contratos de adhesión en el mercado financiero”* (Corte Constitucional, sentencia C- 909 de 2012). Nótese que el alto tribunal aquí equipara la cláusula abusiva con la práctica abusiva, nociones que no son equivalentes en su fisonomía, pero persiguen una finalidad en común, prevenir el abuso contractual, con el fin de expresar sus condiciones y efectos en la relación de consumo financiera, además que la Corte traza unos criterios orientadores para que la Superintendencia Financiera valore el abuso en materia financiera.

En el derecho colombiano este control tuvo su primer antecedente en materia financiera el artículo 24 del Decreto 2179 de 1992, que posteriormente fue incorporada en el artículo 98, numeral 4° del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y luego modificado por el artículo 24 de la Ley 795 de 2003, numeral 41, según referencia Gómez (2015), los cuales establecían una prohibición general, específicamente un mandato 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”. Posteriormente la Ley 1328 de 2009 derogó esas normas y estableció un listado de cláusulas abusivas que fue complementado primero mediante Circular Externa 039 de 2011 y posteriormente a través de la Circular Externa 018 del 2016, incluido en la Circular Básica Jurídica de la entidad, en la cual hoy en día reposan 54 estipulaciones consideradas abusivas en los contratos financieros. La lista de cláusulas abusivas en materia financiera se caracteriza por ser una lista abierta, es decir que es susceptible de ser completada por la Superintendencia Financiera de manera paulatina, a diferencia de la lista de la ley 1480 que es una lista cerrada. Cabe anotar que este control están circunscrito a los contratos de adhesión en materia financiera según la normatividad especial que rige la materia (Moreno, 2017), lo cual además guarda concordancia con lo regido en el Estatuto del Consumidor.

Con respecto a la compatibilidad del control que establece el Estatuto del Consumidor estableció a través de la cláusula de prohibición general incluida en el artículo 42 y de manera complementaria con una lista negra de cláusulas en el artículo 43, ha de acotarse que la norma financiera tiene aplicación prevalente por tratarse de norma especial, aunque esto no es óbice para que la cláusula de prohibición general de luces sobre otros tipos de estipulaciones abusivas en materia financiera que puedan ser consideradas en casos particulares. Es una postura que, aunque admite discusión, permite al juez aplicar la justicia contractual en los contratos financieros más allá de listados que pueden quedarse cortos frente a la praxis.

En cuanto a las formas de control de las cláusulas abusivas en el sector financiero, existen varias formas de control, un control a cargo de los consumidores que detecten este tipo de estipulaciones en los contratos; otro a través del control administrativo previo o posterior (Echeverri, 2011) que pueda hacer la Superintendencia Financiera del contenido de los contratos; una tercera vía consistente en el control judicial que hagan los jueces en las

demandas que sean de su conocimiento; y un último control a cargo de otros agentes involucrados en el sistema como los defensores del consumidor financiero, las ligas y asociaciones de consumidores o incluso los agentes del Ministerio Público, los consultorios jurídicos de universidades, principalmente. Sin embargo, estos últimos actores del sistema no han jugado un rol importante en el control de cláusulas abusivas, es una tarea pendiente en derecho colombiano. Las ligas y asociaciones de consumidores a través de acciones populares en las que se lograría que un juez ordene su eliminación podrían llevar a cabo este control, infortunadamente los costos de transacción en el montaje y seguimiento de este tipo de acciones en justicia, que carecen de incentivos económicos, precisamente desestimulan su ejercicio, a diferencia de lo que suceden en otras latitudes en que se persiguen por vía de acciones colectivas.

Por vía administrativa la Superintendencia financiera hace un control de este tipo de cláusulas en los contratos financieros de consumo. Recordemos que las entidades financieras deben remitir por mandato de la norma las proformas de contrato que utilizan con sus clientes a supervisión de esta entidad, control establecido para algunos contratos financieros, pero luego un control posterior es posible a través de investigaciones administrativas mediante las cuales la entidad ordene eliminar este tipo de cláusulas pudiendo incluso imponer sanciones a las entidades infractoras.

El control posterior hasta ahora no se ha hecho público por parte de la Superintendencia Financiera y se desconoce si se lleva a cabo de manera continua. En el año 2014 esa entidad emitió una orden a los defensores del consumidor financiero para efectuar un informe acerca de las cláusulas abusivas en los contratos de las entidades y del informe rendido por ellos surgió un listado adicional que daría lugar a la Circular Externa 108 de 2016. Sin embargo, no hubo investigaciones, sanciones ni ordenes perentorias de retirar esas cláusulas a las entidades vigiladas, y parece que al final se hizo un control casi pedagógico, es decir no coercitivo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos financieros detectadas en las proformas que se imponen a los consumidores financieros. Esto evidencia que se torna necesario que haya una intervención más activa de la autoridad que ejerce inspección, vigilancia y control en el contenido de los contratos, pues esta es la vía más expedita para el control de cláusulas abusivas. No puede esperarse que los consumidores las demanden pues a los ojos de un consumidor medio muy pocas veces es claro que está en frente de una cláusula de este tipo. Una revisión al registro de sanciones en firme que reposa en la página web de la Superintendencia Financiera permitió verificar que no existen sanciones por vía administrativa derivadas del incumplimiento del régimen de cláusulas abusivas desde el año 2010 hasta la fecha. El desconocimiento o falta de ejercicio de las funciones administrativas en este asunto condena al ostracismo la evolución del sistema de control al desequilibrio contractual en perjuicio de los intereses colectivos de los consumidores, porque debe recordarse que esa es la esencia del derecho del consumo colombiano en la Constitución Política que lo trata como un derecho colectivo, además de apalancarse según se escucha a

funcionarios públicos allegados al tema en falsos temores de riesgos sistémicos que pueden poner en riesgo la estabilidad del sistema financiero.

En cuanto al control de cláusulas abusivas en materia financiera a cargo de los jueces, cuando tengan conocimiento de estas en los procesos que cursen en sus despachos, deben decretar la ineficacia de la cláusula. El ejercicio que se hizo dentro de la investigación que da lugar a este escrito implicó que la revisión del contenido de cientos de audiencias de fallo de la Superintendencia Financiera en funciones jurisdiccionales, y el resultado frente al hallazgo de sentencias de fallo en acciones de protección al consumidor financiero que sancionaran o al menos discutieran cláusulas abusivas en materia financiera fue decepcionante, muy pocas sentencias sobre el tema. Esto puede dar a pensar que el asunto se discute poco en los estrados judiciales y queda la duda del motivo, puede ser porque los consumidores financieros las desconocen, pero dado que el listado actual tiene 54 cláusulas tipificadas como tales es raro que no se discuta sobre ellas. Al respecto también se echa de menos una labor de relatoría de la Superintendencia Financiera sobre sus decisiones, que, si bien son accesibles al público en su sistema de difusión de información, poco nos cuenta la entidad acerca de su línea de pensamiento en diferentes temas financieros, entre ellos las cláusulas abusivas.

El análisis de sentencias de la Superintendencia Financiera y del Tribunal Superior de Bogotá permitió identificar varios fallos relativos a las cláusulas abusivas, En un fallo el tribunal determinó que “la demandada, en la cláusula décima que denominó “manifestación especial”, mostró que actuaba como “simple administradora fiduciaria del proyecto” y que quedaba eximida de “cualquier responsabilidad derivada directa o indirectamente” de su “ejecución”, lo que calificó como una cláusula abusiva que se oponía a los artículos 11 de la Ley 1328 de 2009 y 43 de la Ley 1480 de 2011”. En cuanto a otra estipulación según la cual los firmantes “manifiestan que transan y desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario originario firmado por las partes” los días 12 y 13 de mayo de 2014, “y sus posteriores otrosíes” el juez de primera instancia consideró que hacía parte del libre juego de las voluntades de las partes, pero el Tribunal le negó eficacia argumentando que “debe percibirse como una manifestación abusiva derivada de la posición dominante que ostenta la sociedad fiduciaria en el contrato, pues la sitúa en una posición de privilegio frente a la adherente, en la medida en que se favorece de manera excesiva o desproporcionada su posición contractual, en desmedro de aquella que ostentan los inversionistas interesados en adquirir los locales resultantes del desarrollo del proyecto de construcción”. Para el Tribunal el párrafo de la cláusula primera de los otrosíes suscritos por las partes el 28 de noviembre de 2016, debe considerarse ineficaz, no solo porque no se probó que “las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario”, en especial, lo atinente a los requisitos de transferencia de los recursos a la promotora, hubiesen sido debidamente informadas a los demandantes con antelación a la firma de la transacción, sino porque al impedirles reclamar “cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario”, citando sentencia de 2001 de la Corte Suprema de Justicia afirmó el Tribunal que se “generó un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contrajeron las

partes”; además, porque “incluida... en un contrato de contenido predispuesto [como acá], [dicha estipulación] establece, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual”. Lo llamativo es que el Tribunal sanciona la cláusula con fundamento en el artículo 43 literal a) de la Ley 1480 de 2011 y el artículo 11, literales a) y d) de la Ley 1328 de 2009. Esto podría ir en contravía de lo que cierto sector de la doctrina defiende con relación a aplicar exclusivamente la norma financiera como norma especial a los asuntos de esta materia, en este caso un tema fiduciario (Tribunal Superior de Bogotá, 25 de febrero de 2021). En otra sentencia de segunda instancia de la Superintendencia Financiera por un tema fiduciario basado en hechos similares el Tribunal Superior la cláusula que rezaba que los adherentes “...transan y desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión al contrato de encargo fiduciario originario firmado por las partes...”, manifestó “que hizo bien el funcionario en considerarla ineficaz de pleno derecho al tenor de los artículos 11, literal a) de la Ley 1328 de 2009 y 43 de la Ley 1480 de 2011, porque implica una renuncia de los derechos de los consumidores financieros y limita la responsabilidad de la entidad vigilada.” (Tribunal Superior de Bogotá, 19 de julio de 2021).

Otra cláusula abusiva que ha sido objeto de controversia es la cláusula compromisoria, en un auto del 13 de agosto de 2014 el Tribunal Superior de Bogotá al resolver un recurso en contra de un auto de rechazo de la demanda de una acción de protección al consumidor financiero en que una de las partes alegó la existencia de la cláusula compromisoria y el juez decretó la falta de jurisdicción para conocer la controversia contractual, el tribunal rememoró la consagración de esta en la Ley 1329 de 2009 y la circular 039 de 2011 en los cuales este tipo de estipulación está privada de efectos por ser abusiva y en tal medida “se tendrá por no escrita para el consumidor financiero que es el demandante”, motivo por el cual revocó la decisión del auto impugnado (Tribunal Superior de Bogotá, auto de 13 de agosto de 2014).

Además, el aludido clausulado es una clara manifestación abusiva, ya que es una estipulación predispuesta o prediseñada de modo unilateral, sin espacio para su negociación individual, derivada de la posición dominante que tiene la fiduciaria en el convenio celebrado, que la coloca en una condición de preeminencia frente a la adherente, dado que desfavorece de forma desproporcionada su calidad contractual, en detrimento de la que ostenta la inversionista.

## **Conclusiones**

La protección al consumidor financiero es un régimen especial en el derecho del consumo que adquiere especial relevancia por la asimetría entre las partes, de un lado una entidad especializada en operaciones de crédito o financieras con cargas de comportamiento

especiales y de otro lado un consumidor más vulnerable por la complejidad de productos y servicios que adquiere. La obligación de información por lo tanto se ve acentuada por las normas protectoras del consumidor, generales y especiales, que imponen altas cargas informativas de carácter vinculante a las entidades del sector financiero en las relaciones precontractuales y de carácter contractual que entablan con los consumidores financieros. Esto ha dado lugar incluso a la constitucionalización eventual de esas relaciones jurídicas, por lo que el juez constitucional ha sido tajante en que la posición dominante contractual que ostentan estas entidades les imponen un comportamiento calificado al informar. A tal punto puede llegar esta obligación que para los jueces la omisión en la información ha hecho inoponibles ciertas obligaciones contractuales no informadas debidamente a los consumidores. También ha sucedido con términos o periodos de reclamación en contratos de seguros, que por haber sido mal informados, los jueces no comienzan a contar en aras de proteger al consumidor. La constitucionalización de algunas relaciones de consumo financieras parece dar buenos réditos para los consumidores en este contexto.

En cuanto a la protección contractual, se evidenció una clara relación entre la información y el control al contenido de los contratos financieros, altamente intervenidos en su contenido. Los jueces han sido constantes en exigir que el contenido del contrato sea conocido por los consumidores y además que sea claro para estos, pues cualquier ambigüedad será interpretada a favor del consumidor. El principio *pro consumatore* opera de manera amplia en el control de estos contratos. En materia de cláusulas abusivas se evidenció un control normativo amplio en las normas que regulan la protección al consumidor financiero, aunque su praxis judicial parece menos asidua, conforme a lo que se pudo ver en la muestra de sentencias revisadas. Las cláusulas abusivas en materia financiera curiosamente son poco demandadas y discutidas ante los jueces, hecho que no concuerda con el extenso listado de cláusulas enunciadas como abusivas en las normas financieras, el cual por demás fue fruto del control efectuado a contratos de adhesión de las entidades vigiladas.

Infortunadamente el control por vía administrativa del cumplimiento de las obligaciones de información y de las cláusulas abusivas en la materia deja dudas acerca de su efectividad. La Superintendencia Financiera no ejerce controles permanentes y esto puede dar lugar a que se perpetúen omisiones de información a los consumidores, así como abusos contractuales. No es suficiente con el control jurisdiccional, ya que la naturaleza colectiva del derecho del consumo impone que la vigilancia, inspección y control se ejerzan de manera efectiva. En ese orden de ideas se puede afirmar que la protección al consumidor financiero ha dado pasos adelante en el derecho colombiano porque la normatividad que regula de manera general el sistema parece adecuada, aunque su eficacia es una tarea pendiente aún por lograr.

## **Referencias**

Acosta Rodríguez, Joaquín y Jiménez Valderrama, Fernando, Elementos de derecho europeo para la caracterización de las cláusulas abusivas en la contratación, en *Dikaion*, 24-1 (2015), 12-35. DOI: 10.5294/dika.2015.24.1.2

Acosta Rodríguez, J. E. y Gual Acosta, J. M. (2021). La delimitación de la libertad contractual en virtud de exigencias sociales. *Revista IUSTA*, (55). P. 145- 167

Acosta Suárez, N. y Guarnizo Rojas, M. L. (2020). Los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro y su inclusión como modalidad en el estatuto general de la contratación estatal. *Revista IUSTA*, 52, 123-146. doi: <https://doi.org/10.15332/25005286.5486>

Arrubla Paucar, Jaime, Abuso de la posición dominante contractual, en “Regulación financiera y bursátil y derechos del consumidor”, Diké, Medellín, 2007.

Blanco Barón, C. (2014). La información como instrumento de protección de los consumidores, los consumidores financieros y los inversionistas consumidores. *Opinión Jurídica*, 11(21). Recuperado a partir de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/532>

Devis Cantillo, J., Gómez Quiñones, M. del P. y López Pontón, E. 2019. Obligación de información y asimetrías de información en el mercado bancario colombiano. *Revista de Economía Institucional*. 21, 41 (may 2019), 161–186. DOI:<https://doi.org/10.18601/01245996.v21n41.07>.

Echeverri Salazar, V. M. (2014). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Opinión Jurídica*, 10(20). Recuperado a partir de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/548>

Echeverry D & Blanco C (2020). Promesas De Compraventa Como Medio De Reubicación De Vendedores Informales: procedencia de la venta directa de bienes fiscales del Estado en el libro: *Justicia o eficiencia en la asignación de los Derechos de Propiedad y las Relaciones de Intercambio: Implicaciones negociales*. Libro publicado por la Editorial USTA – Bogotá. ISBN 978-958-782-327-1.

Gerscovich, C., *Consumidores Bancarios*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

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>

Gual Acosta, J. M. (2016). Las cláusulas abusivas - Evolución hacia una noción, *Revista Verba Iuris*, 11(36), pp. 113-134.

Lorie, L. (julio-diciembre, 2017). La Constitución económica: entre la estabilidad y el cambio a la luz de la actualización del modelo económico, social y de desarrollo cubano. *Revista Diálogos de Saberes*, (47) 207-216. Universidad Libre (Bogotá). <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.47.2017.1703>

Monsalve Caballero, Vladimir; Rodado Barreto, Diana Paola, La importancia de la obligación de información en las relaciones financieras de consumo. Una aproximación económica y jurídica. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, núm. 33, enero-junio, 2010, pp. 158-182

Montenegro Molina, Nathalia Andrea & Coronado Sabogal, Diego Alejandro, Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro: El camino emprendido para consolidar su debida identificación e interpretación en el ordenamiento jurídico colombiano, 50 *Rev.Ibero-Latinoam.Seguros*, 241-291 (2019). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris50.cacs>

Moreno Herrera M. M, (2014) control de cláusulas abusivas en el contrato de adhesión con el consumidor fiduciario, *Vniveristas estudiantes, Universidad Javeriana*, enero-diciembre, No. 11, pp. 331-353.

Moreno Herrera M. (2017), La evidente contradicción entre la fiducia y el abuso: Cláusulas abusivas en el contrato de fiducia, *Revista Jurídica Piélagus*, Vol. 16 No. 2 Julio -diciembre de 2017, pp. 71-85.

Obladen C., Gómez J y otros., *La protección del consumidor bancario*, editorial Ibañez, Bogotá, 2017.

Oyola Bolívar, A. P. ., y Blanco Alvarado, C. . (2022). Determinación de la Jurisdicción Competente Para Conocer de los Conflictos Derivados de los Contratos Suscritos por el “Fondo Colombia en Paz”. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 14(28), 427–451. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.28-2022-3984>

Restrepo, J. F. & Ruiz, G. (enero-junio, 2019). El Estado soberano y sus límites: lectura en clave liberal de la teoría estatal en Thomas Hobbes. *Diálogos de Saberes*, (50), 135-148. Universidad Libre (Bogotá). DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.50.2019.5556> .

Salazar Diego F, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, *Revista de Derecho Privado*, Diciembre de 2006, No 37

Suescún Melo Jorge, *Derecho Privado, estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Tomo II, Legis, Bogotá, 2004.

Velasco Cano, N. (julio-diciembre, 2016). “Constitucionalismo y Estado Social de Derecho en Colombia”. *Revista Diálogos de Saberes*, (45). Universidad Libre (Bogotá).

Sentencias:

Corte Suprema de Justicia, sala civil, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, SC397-2021, Radicación: 11001-31-03-036-2009-00278-01, veintidós (22) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Corte Suprema de Justicia, sala civil, SC1301-2022, 12 de mayo de 2022, MP Octavio Tejeiro Duque

Corte Constitucional, Sentencia C- 909 de 2012, siete (7) de noviembre de dos mil doce (2012) MP Nilson Pinilla

Corte Constitucional, sentencia T302/ 2020, 10 de agosto de 2020, MP Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional, sentencia T 227/2016, 11 de mayo de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio.

Corte Constitucional, sentencia T-136 de 2013, 13 de marzo de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio

Corte Constitucional, sentencia T- 302 de 2020, 10 de agosto de 2020, MP Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional, Sentencia T -1085 de 2002, 5 DE DICIEMBRE DE 2002, M.P. Araujo Rentería

Corte Constitucional, sentencia T -173 de 2007, 13 de marzo de 2007, M.P. Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, sentencia C- 313 de 2013, 23 de mayo de 2013, M.P Gabriel Eduardo Mendoza.

Corte Constitucional, Sentencia T-676 de 2016, 1 de diciembre de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala séptima civil de decisión, veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021). M.P. Manuel Alfonso Zamudio Mora, Proceso No. 110013199003201801214 0, verbal – Protección al consumidor financiero, demandantes: Maquila internacional de confección S.A. y Nora Eugenia Gómez González. demandada: Acción Fiduciaria S.A.



Tribunal Superior de Bogotá, auto de 13 de agosto de 2014, radiación 01 2013 0080801 Verbal Restrepo Henao S.A Corredores de Seguros contra Asesore en Valores S.A Comisionista de Bolsa.

Tribunal Superior de Bogotá, sala civil, diecinueve (19) de julio de dos mil veintiuno (2021). MP.: Clara Inéz Marquez Bulla, Radicación: 110013199003 2019 02252 01, Proceso Verbal de María Asunción Terte Gimeno contra Asociación Sociedad Fiduciaria S.A.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala séptima civil de decisión, seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022), MP Manuel Alfonso Zamudio Mora, Proceso N.º 110013199003201801255 02, verbal – protección al consumidor financiero Demandantes Ana Cristina y María Paula Orrego Gómez, demandada ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.(llamada en garantía)

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Magistrado Ponente: José Alfonso Isaza Dávila Radicación: 1100131099003-2018-02558-03 Demandante: Cine Colombia SAS Demandado: Acción Sociedad Fiduciaria S.A. Proceso: Verbal, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, 30 de septiembre de 2021

Tribunal Superior de Bogotá, 19 de julio de 2021

Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de abril de 2022

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Decisión. STC del 30 de septiembre de 2021. Radicado 11001-3199-003- 2020-02792-01. Magistrado Ponente: Aída Victoria Lozano Rico

Tribunal Superior de Bogotá, 28 de marzo de 2022

Tribunal Superior de Bogotá, 25 de febrero de 2021

Tribunal Superior de Bogotá, 19 de julio de 2021

Tribunal Superior de Bogotá, auto de 13 de agosto de 2014

Superintendencia Financiera, acción de protección al consumidor, sentencia del 27 de abril de 2017

Superintendencia Financiera, acción de protección al consumidor, sentencia del 14 de marzo de 2017

Superintendencia Financiera, acción de protección al consumidor, sentencia del 22 de febrero de 2018

Superintendencia Financiera, acción de protección al consumidor, sentencia del 13 de diciembre de 2018

Superintendencia Financiera, acción de protección al consumidor, sentencia del 5 de noviembre de 2019

Superintendencia Financiera, acción de protección al consumidor, 7 de febrero de 2019, 2018-1645 2018098060

Superintendencia Financiera, acción de protección al consumidor, sentencia del 7 de febrero de 2019