



La hipoteca abierta y sin límite de cuantía: Un análisis sobre el posible carácter abusivo de esta cláusula en los contratos de hipoteca del sector financiero

Autor
Santiago Beltrán Acevedo

**Trabajo presentado como requisito para optar por el
título de Magíster en Derecho Corporativo**

Director, Tutor
Camilo Andrés Rodríguez Yong

Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia
Maestría en Derecho Corporativo

Bogotá - Colombia
2026

La hipoteca abierta y sin límite de cuantía: Un análisis sobre el posible carácter abusivo de esta cláusula en los contratos de hipoteca del sector financiero.

The open-end and unlimited mortgage: an analysis of the potentially abusive nature of this clause in financial sector mortgage agreements.

Santiago Beltrán Acevedo

Resumen.

Este artículo analiza la validez de posibles cláusulas abusivas en los contratos de hipoteca suscritos por consumidores financieros en Colombia, con énfasis en la figura de la hipoteca abierta sin límite de cuantía. A partir de un estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial, se advierte que dichas estipulaciones pueden generar un desequilibrio contractual significativo en perjuicio del consumidor, quien carece de capacidad de negociación frente a la entidad acreedora. El análisis se complementa con el derecho comparado, en particular la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, que ha declarado abusivas cláusulas que permiten ejecuciones anticipadas por incumplimientos accesorios o imponen condiciones desproporcionadas. Se concluye que estas disposiciones, pese a su respaldo legal, plantean serios cuestionamientos de legitimidad y proporcionalidad.

Palabras clave: cláusulas abusivas, contratos de adhesión, hipoteca abierta y sin límite de cuantía, consumidores financieros.

Abstract.

This article examines the validity of potentially abusive clauses in mortgage contracts signed by financial consumers in Colombia, focusing on the figure of the open-ended mortgage without a maximum limit. Through a statutory, doctrinal, and case law analysis, it highlights how such clauses may create a significant contractual imbalance against consumers, who lack real bargaining power with financial institutions. The discussion is complemented with comparative law, particularly the case law of the Spanish Supreme Court, which has deemed abusive clauses that allow early enforcement for ancillary defaults or impose disproportionate conditions. The study concludes that, despite their legal recognition, these clauses raise serious concerns regarding legitimacy and proportionality in mortgage adhesion contracts

Keywords: abusive clauses, adhesion contracts, open-ended mortgage, financial consumers.

Índice

Introducción.....	4
1. Concepto de contrato de adhesión.....	4
2. Concepto de cláusulas abusivas.....	6
3. Sobre el contrato de mutuo.....	7
4. Sobre el contrato de hipoteca.....	8
5. Sobre el proceso ejecutivo ordinario y el proceso ejecutivo hipotecario.	8
6. Las prerrogativas de los consumidores financieros en el ordenamiento jurídico colombiano.	9
7. Análisis concreto respecto de la posible cláusula abusiva evidenciada.	15
8. Análisis de derecho comparado: España.	22
Conclusión.....	28

Introducción

Uno de los principales objetivos de cualquier ciudadano en una sociedad moderna es acceder a una vivienda propia. Esta no solo representa un espacio para habitar, sino también un patrimonio de gran valor que puede servir como herencia para las generaciones futuras o como un medio de fortalecimiento económico dentro de su entorno. En la mayoría de los sistemas económicos contemporáneos, la forma más común para alcanzar dicho objetivo es a través de un crédito otorgado por una entidad financiera, que permite a los individuos realizar el pago del inmueble en cuotas a lo largo del tiempo.

Este modelo de financiación se ha consolidado como una de las principales líneas de negocio de las entidades financieras, para quienes resulta esencial establecer mecanismos que garanticen el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los consumidores. En esa dirección, las instituciones han recurrido a diversos instrumentos jurídicos que respaldan el pago de las deudas, tales como la suscripción de títulos valores —con miras a un eventual cobro en un proceso ejecutivo— y la constitución de garantías reales como la hipoteca o la prenda, que aseguran el cumplimiento en caso de insolvencia del deudor. Particular relevancia adquiere la figura mediante la cual la entidad financiera desembolsa el valor del inmueble, celebra un contrato de mutuo con el consumidor y, a cambio, este constituye una hipoteca sobre el bien a favor de la entidad acreedora.

La masiva utilización de esta modalidad ha convertido al crédito hipotecario en una práctica cotidiana tanto para los consumidores financieros como para las entidades vigiladas. No obstante, el uso extendido de tales contratos ha puesto de manifiesto la necesidad de regulaciones que protejan al consumidor, dada su evidente posición de desventaja frente a la entidad financiera. En este contexto, se pone de presente la noción de cláusulas abusivas, entendidas como aquellas estipulaciones que generan un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, las cuales pueden encontrarse estipuladas en los contratos de adhesión, donde el usuario carece de capacidad de negociación y se ve obligado a aceptar las condiciones impuestas unilateralmente por la entidad financiera.

En ese sentido, este escrito pretende responder al interrogante referente a la posible existencia actual de cláusulas abusivas en los contratos de hipoteca, accesorios a los contratos de crédito. Para ello, inicialmente se procederá a efectuar una exposición general de los principales conceptos relacionados con el problema jurídico, posteriormente se realizará un análisis concreto desde el punto de vista de las cláusulas abusivas y, finalmente, se expondrá un análisis de derecho comparado, con respecto al caso español.

1. Concepto de contrato de adhesión.

Este tipo de modalidad contractual hace referencia aquella mediante la cual una de las partes contratantes impone a la otra las condiciones contractuales sin derecho a que la otra parte tenga la facultad de negociarlas. Este tipo de modalidad contractual, es el que se utiliza en las relaciones de consumo, dada la cantidad de este tipo de transacciones.

Específicamente, el numeral 5 del artículo 4 de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) define a los contratos de adhesión de la siguiente manera:

“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”.

Por su parte, la doctrina ha realizado diversas aproximaciones con respecto a los contratos de adhesión:

“Se limita la intervención de las partes, pues el examen del contenido del contrato queda reemplazado por la mecánica, consistente en formularios preimpresos redactados por la empresa, con disposiciones que de forma manifiesta son favorables a sus intereses y en detrimento para la parte débil del negocio. La uniformidad en el goce y cambio de las cosas y servicios conduce a la fungibilidad de los contratos.

En este proceso del contrato, es manifiesto que si la voluntad del consumidor desaparece, no participa en lo que será el esquema o contenido del contrato. La etapa de formación del negocio queda reducida a un esquema preimpreso que el contratista detentador de la "fuerza económica" ha preparado con cuidado, y que ya ha utilizado con anterioridad y que piensa utilizarlo en el futuro. Será la práctica y algunos fallos judiciales desfavorables a sus intereses, los que lo inviten en un futuro a incluir algunas modificaciones que con seguridad realizará su departamento jurídico, pero en los cuales no intervendrá ninguno de los consumidores.

Esta forma de contratar se impone al consumidor o usuario para que tome o deje el contrato sin que pueda discutir sus motivos. En muchas ocasiones, tendrá que aceptarlo aun contra su voluntad, porque la empresa es monopolista o porque la competencia tiene las mismas formas contractuales.

En este tipo de contratos no podemos apreciar a plenitud la "libertad contractual" que, según Larenz, supone para el individuo la posibilidad de reglamentar por sí mismo sus cuestiones personales, y con lo cual se ve afectada otra persona, que también puede reglamentar sus relaciones con ella con carácter judicial obligatorio mediante un concierto libremente establecido. No observamos esta libertad, pues una voluntad depende del arbitrio de la otra. Para esta última, la cuestión es muy simple: ¡lo toma o lo deja!”¹.

¹ Jaime Alberto Arrubla Paucar *Contratos mercantiles; Contratos atípicos*, 8va edición (Legis Editores, 2015).

Por su parte, en el sector financiero existe una aproximación específica, consagrada en la Ley 1328 de 2008 (Estatuto del Consumidor Financiero). Esta Ley tiene como objeto *establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia*.

Allí se señala, respecto de los contratos de adhesión, específicamente en el numeral f) del artículo 2, que los mismos consisten en aquellos actos jurídicos en los cuales la entidad vigilada tiene la potestad unilateral de elaborar y fijar todas las condiciones para las partes, por lo que los consumidores no tienen la capacidad de realizar ningún tipo de negociación con la entidad vigilada para cambiar estas condiciones y, por ende, los mismos únicamente tienen la facultad de aceptar o rechazar el clausulado impuesto en su totalidad.

Así mismo, la doctrina ha señalado 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”*².

Expuesta la conceptualización referente a los contratos de adhesión, se procede a exponer brevemente las características y enfoques doctrinales relacionados con las cláusulas abusivas.

2. Concepto de cláusulas abusivas

El artículo 2 del Estatuto del Consumidor Financiero, referente a las definiciones, no establece una definición exacta de lo que se considera una cláusula abusiva en el contexto de la protección a los consumidores financieros. Sin embargo, en el literal e) del artículo 7 de la mencionada norma, se señala que las entidades vigiladas deberán abstenerse de pactar *“cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual”* por lo que se entiende como una noción del concepto de cláusulas abusivas a la luz del régimen del consumidor financiero.

Por su parte, la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) define las cláusulas abusivas, en su artículo 42, como *“aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza”*³.

² Diana Carolina Gómez “El control de las cláusulas abusivas en el sector bancario”. *Revista de Derecho Privado: (Universidad de los Andes)* N°. 55 (2016). URL:

<https://repositorio.uniandes.edu.co/entities/publication/b171b653-4c57-4d95-a9ca-ab2334ab7d46>

³ Véase. Gustavo Andrés Correa Valenzuela *Anulabilidad de las cláusulas abusivas* (Editorial Universidad del Rosario, 2015)

En ese sentido, la doctrina ha señalado que la noción de cláusula abusiva se encuentra estrechamente relacionada con el principio de prohibición del abuso del derecho. Este principio parte de la idea de que todo derecho subjetivo, incluso cuando ha sido reconocido y conferido por el ordenamiento jurídico, debe ejercerse sin perseguir un perjuicio ajeno. En ese sentido, cuando una disposición contractual introduce un desequilibrio sustancial e injustificado en perjuicio del consumidor, se configura una forma de utilización desviada del derecho, dado que la entidad redactora del contrato, impone condiciones que afectan de manera desproporcionada a la contraparte débil⁴.

Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia han señalado determinados criterios para realizar la evaluación de una cláusula determinada que puede considerarse como abusiva:

*“Por su lado, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha considerado que una cláusula abusiva tiene las siguientes características: "a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesione los requerimientos emergentes de la buena fe negocial —vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad—; y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes”*⁵.

Realizada esta explicación con respecto al concepto de las cláusulas abusivas, se procede a tratar el concepto de contrato de mutuo, acorde con las disposiciones vigentes del ordenamiento jurídico colombiano.

3. Sobre el contrato de mutuo

El contrato de mutuo está previsto en el Código Civil, el cual lo define como un acuerdo mediante el cual una parte entrega a otra una determinada cantidad de bienes fungibles, con la obligación de que esta última restituya una cantidad equivalente del mismo género y calidad⁶.

De igual manera, el Código de Comercio contempla que, salvo que las partes pacten lo contrario, en este tipo de contrato se presume la obligación del mutuuario de pagar intereses legales sobre las sumas de dinero o el valor de los bienes recibidos. Además, el recibo correspondiente al pago de los intereses de un determinado período genera la presunción de que se han cancelado los anteriores⁷.

Una vez presentadas las disposiciones legales que regulan el contrato de mutuo, a continuación se exponen las principales características de los contratos de hipoteca en Colombia.

⁴ Camilo Andrés Rodríguez Yong *Una aproximación a las cláusulas abusivas* 2nda ed. (Editorial Universidad del Rosario, 2024).

⁵ *Ibidem*.

⁶ Ley 84 de 1873 *Código Civil*, Artículo 2221.

⁷ Decreto 410 de 1971 *Código de Comercio*, Artículo 1163.

4. Sobre el contrato de hipoteca

De acuerdo con lo previsto en el Código Civil, la hipoteca se concibe como un derecho real de garantía que recae sobre bienes inmuebles, los cuales permanecen en poder del deudor a pesar de encontrarse gravados⁸.

Asimismo, el mismo Código dispone que este contrato reviste carácter solemne, dado que su validez exige su formalización mediante escritura pública. Igualmente, se establece que la hipoteca tiene una naturaleza accesorio, puesto que su existencia depende de un contrato principal al cual se encuentra vinculada⁹.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SC3097 de 2022, ha identificado tres clases de hipoteca en el derecho colombiano:

- i. **Hipoteca cerrada**, la cual garantiza únicamente créditos determinados y existentes al momento de su constitución, limitándose al monto de dichos créditos.
- ii. **Hipoteca abierta con límite de cuantía**, en la que la garantía puede extenderse a obligaciones futuras, siempre que se haya establecido un monto máximo de cobertura.
- iii. **Hipoteca abierta sin límite de cuantía**, la cual se constituye para respaldar de manera general diversas obligaciones, usualmente futuras o indeterminadas, sin requerir estipulaciones adicionales durante su vigencia.

Una vez explicados los aspectos normativos y jurisprudenciales que definen el contrato de hipoteca en Colombia, a continuación se abordan los mecanismos procesales previstos en el ordenamiento jurídico para la ejecución de los deudores que incurren en incumplimiento.

5. Sobre el proceso ejecutivo ordinario y el proceso ejecutivo hipotecario

El ordenamiento jurídico colombiano establece un proceso ejecutivo ordinario mediante el cual, a través de un título ejecutivo, un juez ordena el pago de una suma de dinero adeudada, el cual se encuentra regulado en el artículo 422 y siguientes del Código General del Proceso.

Mediante la expedición del Código General del Proceso, se acabó con la división existente en el Código de Procedimiento Civil consistente en la existencia de procesos ejecutivos singulares y con garantía real. Desde la expedición de dicha norma, se estableció una sola forma procesal ejecutiva, pero teniendo en cuenta disposiciones especiales para la ejecución de garantías reales¹⁰.

En ese sentido, el artículo 468 del Código General del proceso señala lo siguiente:

⁸ Ley 84 de 1873 *Código Civil*, Artículo 2432.

⁹ Ley 84 de 1873 *Código Civil*, Artículo 2434.

¹⁰ Ramiro Bejarano Guzmán, *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*, 10ª ed. (Editorial Temis, 2021).

“ARTÍCULO 468. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LA EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA REAL. Cuando el acreedor persiga el pago de una obligación en dinero, **exclusivamente con el producto de los bienes gravados con hipoteca o prenda**, se observarán las siguientes reglas:

(...)” (Subrayado fuera de texto)

En ese sentido, cuando se promueve un proceso mediante las disposiciones especiales para la efectividad de la garantía real, no se pretende perseguir los demás bienes del deudor (bajo el precepto de que el patrimonio es prenda general de los acreedores) sino exclusivamente la persecución objeto de garantía real.

Realizada esta explicación, se proceden a exponer las principales prerrogativas existentes que protegen al consumidor financiero en Colombia.

6. Las prerrogativas de los consumidores financieros en el ordenamiento jurídico colombiano.

En este acápite, se describen las principales prerrogativas que velan por el bienestar y la protección de los consumidores financieros en el ordenamiento jurídico colombiano:

6.1. Estatuto del Consumidor Financiero

En esta norma se determina, entre otras cosas, que los consumidores financieros tienen los siguientes derechos: a) recibir productos y servicios de calidad y seguridad por parte de las entidades vigiladas; b) tener a su disposición información transparente, clara, veraz y oportuna sobre los productos y/o servicios; c) exigir debida diligencia en la prestación del servicio por parte de las entidades vigiladas; d) recibir educación adecuada sobre el producto y/o servicio; e) presentar peticiones, solicitudes y/o quejas y; los demás derechos consagrados en la Ley o establecidos por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Así mismo, las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, tienen las siguientes obligaciones: a) Suministrar información al público respecto de los Defensores del Consumidor Financiero; b) Entregar el producto o prestar el servicio debidamente; c) suministrar información comprensible y publicidad transparente, clara veraz y oportuna sobre los productos y servicios; d) contar con un Sistema de Atención al Consumidor Financiero; e) **abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual**; f) elaborar contratos anexos que regulen las relaciones con los clientes, con claridad y entera disposición; g) abstenerse de hacer cobros no pactados o no informados al consumidor financiero; h) abstenerse de realizar cobro alguno por concepto de gastos de cobranza sin haber desplegado actividad real en ese sentido; entre otras.

Por otro lado, el Estatuto del Consumidor Financiero también señala que las entidades vigiladas tienen la prohibición de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión:

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.*

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

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia ha precisado recientemente el alcance del concepto de consumidor financiero y de la correspondiente relación de consumo, conforme al Estatuto del Consumidor Financiero. En ese sentido, ha indicado que, desde la perspectiva subjetiva, la ley comprende a tres tipos de consumidores financieros: (i) el consumidor jurídico o cliente, que celebra un contrato o se vincula legalmente con una entidad del sistema financiero, asegurador o bursátil; (ii) el consumidor material o usuario, que utiliza un servicio sin mantener una relación contractual previa; y (iii) el consumidor potencial, que se encuentra en la etapa previa a la celebración del contrato. Asimismo, en el ámbito objetivo, se establece que la relación de consumo recae sobre bienes o servicios de carácter financiero, asegurador o bursátil —o que impliquen la captación de recursos del público—, siempre que sean ofrecidos por entidades que integren alguno de dichos sistemas¹¹.

De igual manera, la Corte señala que el consumidor financiero no puede asimilarse al consumidor general, pues frente al primero se relacionan instituciones de interés público, sometidas a vigilancia constante y con una posición de superioridad técnica, jurídica y

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, Agraria y Rural “SC1718-2025 del 30 de julio de 2025” URL: <https://cortesuprema.gov.co/corte-suprema-precisa-el-concepto-de-consumidor-financiero-y-senala-que-los-fideicomitentes-son-clientes-que-gozan-de-proteccion-especial/>

económica. Esto se deriva del hecho de que la Ley 1328 adopta dos perspectivas: una visión sectorial —limitada a los ámbitos financiero, asegurador y bursátil— y una visión funcional, al reconocer el poder especial de las entidades vigiladas en las relaciones de consumo, al ejercer actividades de interés público. Por ello, la noción de consumidor financiero debe interpretarse con mayor amplitud y flexibilidad, para garantizar la protección efectiva de sus derechos dentro de esta relación de confianza¹².

6.2. Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia

Por su parte, la Superintendencia Financiera de Colombia, a través de las disposiciones del numeral 6.1. del Capítulo 1, Título III, Parte I de la Circular Básica Jurídica, ha realizado un ejercicio de determinación, clasificación y ejemplificación de determinadas cláusulas abusivas en el marco de esta prohibición:

Limitación o renuncia a derechos del consumidor financiero:

1. **Prohibición de reclamar perjuicios o resolver contratos:** Aquellas que impidan a los consumidores financieros realizar solicitudes de compensación por daños o la terminación de contratos por incumplimientos de la entidad vigilada.
2. **Contratar o renovar seguros sin informar ni permitir escoger:** Aquellas que facultan a las entidades vigiladas a contratar o renovar seguros obligatorios o no, sin proporcionar información adecuada sobre coberturas, exclusiones, tarifas, ni dar opción de elegir aseguradora.
3. **Limitación del derecho de defensa:** Aquellas que le restringen al consumidor financiero el acceso al derecho de defensa y contradicción, así como a presentar pruebas, establecer medios de defensa o imponer condiciones adicionales no previstas en la ley.
4. **Restringir acceso a defensor del consumidor o la SFC:** Aquellas que limitan la posibilidad de acudir a estas instancias cuando se han pactado mecanismos alternativos de solución de conflictos.
5. **Impedir pagos anticipados o limitar opciones sobre su aplicación:** Aquellas que condicionan o restringen las posibilidades de realizar pagos anticipados y de decidir si estos se abonan al capital o se utilizan para reducir cuotas o plazos.
6. **Imposición de responsabilidad total por uso de claves:** Aquellas que atribuyen al consumidor financiero toda la responsabilidad por cualquier transacción realizada con sus claves, sin considerar posibles fallas de seguridad de la entidad.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, Agraria y Rural “SC1757-2025 del 15 de agosto de 2025” URL: <https://cortesuprema.gov.co/corte-suprema-precisa-el-concepto-de-consumidor-financiero-y-senala-que-los-fideicomitentes-son-clientes-que-gozan-de-proteccion-especial/>

7. **Cobro de manejo en cuentas de pensión:** Aquellas que imponen cargos administrativos en cuentas donde se depositan pensiones, afectando ingresos esenciales del consumidor.
8. **Limitación de garantías legales en servicios asegurados:** Aquellas que restringen el alcance de las garantías en reparaciones o reposiciones de bienes asegurados, salvo si el consumidor elige al proveedor del servicio.
9. **Uso de datos personales sin consentimiento:** Aquellas que permiten a las entidades vigiladas compartir información personal del consumidor sin una autorización expresa o sin base legal.
10. **Negativa de envío de documentos en caso de mora:** Aquellas que permiten suspender la entrega de extractos, estados de cuenta u otros documentos al consumidor cuando está en mora, lo que dificulta la gestión de sus obligaciones.
11. **Requisitos excesivos para cancelar contratos o servicios:** Aquellas que imponen cargas adicionales para la terminación de contratos, que no existían al momento de la celebración del acuerdo.

Inversión de la carga de la prueba:

Aquellas que transfieren obligaciones probatorias al consumidor financiero, obligándolo a demostrar situaciones que normalmente corresponderían a la entidad vigilada.

Espacios en blanco sin instrucciones claras:

Aquellas que incluyen espacios en blanco sin incluir instrucciones específicas, dejando al consumidor en una posición de desventaja al momento de la ejecución del contrato.

Exoneración o atenuación de responsabilidades:

1. **Exonerar responsabilidad en caso de pérdida o hurto:** Aquellas por las cuales la entidad no se responsabiliza por pérdidas de instrumentos o claves, incluso si actuó con dolo o negligencia.
2. **Imponer responsabilidad total por el uso de instrumentos:** Aquellas que imponen que el consumidor debe asumir cualquier daño por uso indebido de tarjetas, claves o dispositivos, sin importar las medidas de seguridad implementadas por la entidad.
3. **No asumir responsabilidad por fraudes documentales:** Aquellas que establecen que la entidad vigilada no responde por fraudes en documentos cuando no ha implementado medidas adecuadas de prevención o cuando habiendo implementado estas medidas, ignora signos evidentes de falsificación.

4. **Deslindarse de daños por virus o programas fraudulentos:** Aquellas que establecen que la entidad no asume responsabilidad por daños causados por malware que comprometa la seguridad de la información administrada.
5. **Discrepancias entre documentos impresos y electrónicos:** Aquellas que establecen que la entidad no responde por diferencias entre versiones impresas y digitales de documentos contractuales.
6. **No asumir responsabilidad por pagos indebidos:** Aquellas por las cuales las entidades no garantizan protección en transferencias erróneas o pagos a terceros no autorizados, incluso si pudieron prevenir el error.
7. **No garantizar la exactitud de información en sitios web:** Aquellas por las cuales las entidades se eximen de responder por errores en datos publicados electrónicamente.
8. **Exoneración por demoras en reposición de bienes asegurados:** Aquellas por medio de las cuales la entidad aseguradora no asume responsabilidad por retrasos en servicios que dependen de ella misma o de sus redes.
9. **Restricciones en pagos por canales habilitados:** Aquellas que invalidan pagos realizados a través de medios habilitados por la entidad o que limitan la posibilidad de realizarlos. Así mismo aquellas cláusulas que exoneran de responsabilidad a la entidad vigilada por los pagos recibidos que hayan sido efectuados de forma diferente a la definida en el contrato.
10. **Fallas tecnológicas en la prestación del servicio:** Aquellas por las cuales la entidad no se responsabiliza por interrupciones del servicio debido a problemas en sus sistemas o infraestructura.

Decisiones unilaterales o imposición de obligaciones adicionales:

1. **Modificación de cuotas sin consulta:** Aquellas por las cuales la entidad define unilateralmente el número de cuotas en transacciones de crédito, limitando la capacidad de decisión del consumidor.
2. **Terminación de contratos por incumplimientos sin aviso:** Aquellas por las cuales se acelera el plazo de obligaciones o se termina el contrato sin advertir al consumidor financiero.
3. **Cambios en tarifas o costos sin notificación:** Aquellas que permiten modificaciones unilaterales en tasas de interés o precios sin informar previamente al consumidor.
4. **Operaciones sin autorización:** Aquellas que facultan a intermediarios para realizar transacciones financieras sin instrucciones claras del consumidor.

5. **Renovaciones automáticas de contratos:** Aquellas que permiten prorrogas de contratos sin informar con antelación al consumidor, impidiéndole decidir sobre la continuidad del servicio.
6. **Condiciones de seguros no notificadas:** Aquellas que autorizan cambios en las pólizas de seguros y que los mismos se apliquen automáticamente sin previo aviso.
7. **Aplicación de tasas de cambio no informadas:** Aquellas que establecen que las transacciones en moneda extranjera se liquidan con tasas no transparentes para el consumidor.
8. **Consentimientos presuntos:** Aquellas que establecen que se consideran aceptados términos que generen costos u obligaciones al consumidor, sin prueba clara de su aprobación.
9. **Débitos automáticos sin autorización:** Aquellas que permiten el descuento automático de cuentas de nómina o pensionales sin consentimiento del consumidor.

Abuso de posición dominante:

1. **Restricción de plazos para reclamos:** Aquellas que imponen límites no legales para la presentación de quejas, restringiendo los derechos del consumidor.
2. **Imposición de notarios específicos:** Aquellas que obligan a elegir notarios designados por la entidad financiera.
3. **Destrucción de cheques:** Aquellas que facultan a la entidad vigilada a eliminar documentos financieros sin mecanismos adecuados para conservar copias.
4. **Confidencialidad forzada sobre fallas:** Aquellas que prohíben al consumidor divulgar problemas en los servicios de la entidad.
5. **No pago de intereses en ahorros:** Aquellas que no permiten el pago de rendimientos económicos en productos de ahorro.
6. **Condicionamiento de indemnizaciones:** Aquellas que condicionan las indemnizaciones de siniestros a actuaciones meramente potestativas de la entidad.
7. **Modificaciones automáticas de pólizas:** Aquellas que permiten cambios en condiciones contractuales sin informar al consumidor.
8. **Cobros no especificados:** Aquellas que incluyen gastos o comisiones no claros ni determinados.
9. **Cobros por servicios inherentes al contrato:** Aquellas que facturan actividades esenciales del contrato como si fueran servicios adicionales.

10. **Garantías sin estudios de crédito previos:** Aquellas por las cuales se exigen preconstitución de garantías sin analizar la capacidad del consumidor.
11. **Descuento anticipado de cuotas:** Aquellas que permiten el descuento anticipado de pagos de créditos antes de la fecha estipulada.
12. **Cobro por certificaciones de paz y salvo:** Se genera un costo adicional al consumidor por cancelar obligaciones.
13. **Imposición de saldos mínimos en cuentas:** Se obliga a mantener cantidades específicas en productos financieros.
14. **Documentos vinculantes sin aceptación:** Se consideran válidos términos no firmados por el consumidor.
15. **Cobros antes del desembolso del crédito:** Se exigen pagos desde la aprobación del crédito, incluso si no se han recibido los fondos.
16. **Exoneración por conflictos internos:** La entidad no responde por incumplimientos generados en sus instalaciones.
17. **Cobro de intereses ilegales:** Se aplican tasas no autorizadas, generando posibles sanciones legales.
18. **Condiciones abusivas en seguros:** Se imponen requisitos adicionales para reclamar indemnizaciones, como transferencias del bien asegurado.

Expuesto lo anterior, se procede a efectuar un análisis específico con respecto a la posible evidencia de cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios.

7. Análisis concreto respecto de la posible cláusula abusiva evidenciada

Expuesto el marco conceptual previo, a continuación se pretende realizar un análisis con respecto a las cláusulas de los contratos de adhesión de hipoteca del sector financiero. En ese sentido, se realizó una solicitud, por medio de un derecho de petición, a las principales entidades financieras del país (Bancolombia, Davivienda, Banco Popular, Banco de Occidente, Banco AV Villas). Frente a esta solicitud, las entidades bancarias argumentaron una supuesta reserva bancaria, desconociendo los derechos consagrados en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, consistentes en que las entidades vigiladas tienen la obligación de garantizar que la información relacionada con los productos o servicios que se ofrezcan mediante contratos de adhesión sea entregada o se encuentre permanentemente disponible para los consumidores financieros, como mínimo, a través de sus sitios web.

Teniendo en cuenta lo anterior, para el análisis se utilizaron Escrituras Públicas de hipoteca suscritas por particulares y los bancos: Davivienda S.A., BBVA Colombia S.A. y BCSC

S.A.(Banco Caja Social), para lo cual se contó con el consentimiento expreso de los particulares.

7.1. Cláusulas objeto de análisis

7.1.1. Davivienda S.A.

En relación con la Escritura Pública de Davivienda S.A., en la que se solemniza el contrato de adhesión de hipoteca, se evidenció en específico la siguiente cláusula, de necesario objeto de análisis:

“Que con la presente hipoteca se garantiza el crédito hipotecario de vivienda individual a largo plazo aprobado por El Acreedor a El Hipotecante por la suma de XXXXXX (\$XXXXXX), así como y bajo la consideración de que esta hipoteca es abierta y sin límite de cuantía, la misma garantiza a El Acreedor no solamente el crédito hipotecario indicado en ésta cláusula y sus intereses remuneratorios y moratorios y los ajustes por variación de la UVR cuando el crédito este denominado en esta unidad, sino también toda clase de obligaciones expresadas en moneda legal o en UVR o en cualquier otra unidad que la sustituya, debidamente aprobadas por la autoridad competente ya causadas y/o que se causen en el futuro a cargo de El Hipotecante conjunta, separada o individualmente y sin ninguna limitación, respecto a la cuantía de las obligaciones garantizadas, sus intereses, costas, gastos y honorarios de abogado, bien sean directas o indirectas y por cualquier concepto, adquiridas en su propio nombre o con otra u otras firmas, conjunta o separadamente, ya se trate de préstamos, descuentos y/o endosos o cesión de instrumentos negociables o de créditos de otro orden, de garantías bancarias, de avales, de cartas de crédito, de sobregiros en cuenta corriente o de cualquier otro género de obligaciones, ya consten en pagarés, letras de cambio, cheques, certificados, notas débito o en cualquier otro documento comercial o civil, girado, aceptado, endosado, cedido o firmado por El Hipotecante individual o conjuntamente c o n otra u otras personas o entidades y bien se hayan girado, endosado, cedido o aceptado a favor de El Acreedor directamente o a favor de un tercero que los hubiere negociado..

(...)

Esta hipoteca garantiza las obligaciones en la forma y condiciones que consten en los documentos correspondientes y no se extingue por el solo hecho de prorrogarse, cambiarse o renovarse las citadas obligaciones, continuando vigente hasta la cancelación total de las mismas.”¹³

¹³ Escritura Pública No. 0672 del 06 de junio de 2019, otorgada en la Notaría 15 del Círculo de Bogotá D.C.

7.1.2. BBVA Colombia S.A.

Por su parte, el Banco BBVA Colombia S.A. también utiliza una cláusula similar para constituir la hipoteca abierta y sin límite de cuantía:

“Que la presente hipoteca es abierta de primer grado, y tiene por objeto garantizar a EL BANCO el pago de todas las obligaciones que por cualquier concepto, y conjuntamente con sus accesorios, hubiere(n) contraído o llegare(n) a contraer EL(LOS) HIPOTECANTE(S) y/o el(los) deudor(es). Los créditos correspondientes pueden constar en pagarés, letras de cambio, o cualquier otro título valor en los que figure(n) EL(LOS) HIPOTECANTE(S) y/o el(los) deudor(es) bien sea individualmente cualquiera de ellos o conjuntamente todos o algunos de los mismos, como girador(es), aceptante(s), endosante(s), suscriptor(es), ordenante(s), directa o indirectamente, individual, conjunta, solidaria o separadamente con otra u otras firmas o en cualquier instrumento público o documento de deber proveniente de EL(LOS) HIPOTECANTE(S) y/o el(los) deudor(es), o que respalden operaciones de crédito u operaciones bancarias tales como: sobregiros en cuentas corrientes, préstamos, créditos sobre el exterior o sobre plazas del país, descuentos de bonos de prenda, cartas de crédito sobre el interior y el exterior, garantías personales, avales, aceptaciones bancarias, etc. En general, esta garantía hipotecaria ampara las obligaciones por razón de capital y también de los intereses durante el plazo y la mora, si la hubiere, y el cumplimiento de todas las obligaciones comerciales contraídas con anterioridad a la fecha de esta escritura y las que llegaren a suscribirse, cederse o subrogarse, a favor de EL BANCO, así como las comisiones, las costas judiciales y cualesquiera gastos que el BANCO hiciera en la cobranza, si fuere el caso. Por ser esta hipoteca ABIERTA SIN LIMITE DE CUANTIA, la totalidad del valor comercial del(los) inmueble(s) gravado(s), determinado al efectuarse el pago judicial, garantiza las obligaciones enunciadas en esta misma cláusula, aún por encima de la cuantía certificada para efectos fiscales, para lo cual se anexa constancia expedida por el BANCO por valor del crédito aprobado, a fin de que se protocolice con este instrumento”¹⁴.

7.1.3. BCSC S.A.

Finalmente, el Banco Caja Social también utiliza esta modalidad en sus contratos de hipoteca:

Que con la presente hipoteca se garantiza el crédito hipotecario de vivienda individual a largo plazo aprobado por El Acreedor a favor de: XXXX, por la suma de: XXXX MONEDA CORRIENTE, así como y bajo la consideración de que esta hipoteca es abierta y sin límite de cuantía, la misma garantiza a El Acreedor no solamente el crédito hipotecario indicado en esta cláusula y sus intereses remuneratorios y moratorios, sino

¹⁴ Escritura Pública No. 2749 del 29 de julio de 2015, otorgada en la Notaría 47 del Círculo de Bogotá D.C.

también toda clase de obligaciones expresadas en moneda legal o en UVR o en cualquier otra unidad que la sustituya, debidamente aprobadas por la autoridad competente, ya causadas y/o que se causen en el futuro a cargo de El(Los) Hipotecante(s), ya sea conjunta, separada, o individualmente y sin ninguna limitación respecto a la cuantía de las obligaciones garantizadas, sus intereses, costas, gastos y honorarios de abogado, bien sean directas o indirectas y por cualquier concepto, incluyendo costas decretadas en proceso judicial, adquiridas en su propio nombre o con otra u otras firmas, conjunta o separadamente, ya se trate de préstamos, descuentos y/o endosos o cesión de instrumentos negociables o de créditos de otro orden, de garantías bancarias, de avales, de cartas de crédito, de sobregiros en cuenta corriente o de cualquier otro género de obligaciones, ya consten en pagarés, letras de cambio, cheques, certificados, notas débito o en cualquier otro documento comercial o civil, girado, aceptado, endosado, cedido o firmado por El(Los) Hipotecante(s) individual o conjuntamente con otra u otras personas o entidades y bien se hayan girado, endosado, cedido o aceptado a favor de El Acreedor directamente o favor de un tercero que los hubiere negociado, endosado o cedido a El Acreedor o que los negociare, endosare o cedere en el futuro por cualquier concepto, esto es, por valor recibido, por valor en garantía, por dación en pago entre otros y aún sin la intervención o contra la voluntad de El(Los) Hipotecante(s). Esta hipoteca garantiza las obligaciones en la forma y condiciones que consten en los documentos correspondientes y no se extingue por el solo hecho de prorrogarse, cambiarse o renovarse las citadas obligaciones, continuando vigente hasta la cancelación total de las mismas.

Teniendo en cuenta los ejemplos de cláusula expuestos anteriormente, se encuentra que en las tres cláusulas se establecen hipotecas abiertas y sin límite de cuantía, con las cuales se garantiza no solo el crédito hipotecario inicial, sino todas las obligaciones presentes y futuras del deudor frente al acreedor, incluyendo intereses, costas, gastos y cualquier tipo de operación bancaria o comercial. Asimismo, en los tres ejemplos, la hipoteca permanece vigente hasta la cancelación total de las obligaciones garantizadas. Asimismo, se evidencia que todas las cláusulas se encuentran redactadas en un lenguaje jurídico complejo, formal y extenso, sin que se encuentre que el mismo pueda ser el más adecuado para la comprensión de un consumidor medio, en específico la cláusula del Banco Caja Social, cuya redacción, además de ser bastante compleja y extensa, pareciera no tener un hilo conductor lo suficientemente claro.

Por otro lado, se encuentran como diferencia concreta que la cláusula del Banco BBVA, establece a la hipoteca como de primer grado, sin realizarle ningún tipo de explicación al consumidor sobre lo que significa este concepto. Asimismo, la cláusula del Banco Caja Social, establece expresamente que la hipoteca garantiza obligaciones suscritas “sin la intervención o contra la voluntad” del hipotecante.

7.2. Análisis de la cláusula a través de los criterios doctrinales de las cláusulas abusivas

Al realizar un análisis de los elementos doctrinales que se mencionaron líneas atrás para considerar a una cláusula como abusiva, se expone lo siguiente:

- a) *“que su negociación no haya sido individual”*: Teniendo en cuenta que este contrato es de adhesión y por ende no es objeto de negociación por parte del consumidor financiero, se estaría cumpliendo este ítem.
- b) *“que lesione los requerimientos emergentes de la buena fe negocial”*: Frente a este requisito, la doctrina ha establecido que el mismo consiste específicamente en *“establecer si quien la ha redactado, tratando de manera leal y equitativa a la otra parte del contrato, podía esperar razonablemente que esta última aceptara la cláusula, si hubiere sido negociada individualmente”*¹⁵.

Bajo esta premisa, el análisis sobre el cumplimiento de dicho requisito puede considerarse en gran medida subjetivo. No obstante, al evaluarlo desde la perspectiva del consumidor financiero —tal como lo sugiere el propio criterio— se advierte que la cláusula examinada difícilmente lo satisfaría. Ello se debe a que, para el consumidor, la posibilidad de que el inmueble entregado en garantía sea objeto de ejecución por el incumplimiento de obligaciones ajenas al contrato de mutuo principal (del cual surge la hipoteca como obligación accesoria), constituye una carga desproporcionada que, de haber existido negociación individual, razonablemente no habría sido aceptada.

Un ejemplo ilustra con claridad esta situación: un consumidor financiero que adquiere un crédito hipotecario para la compra de vivienda, y adicionalmente suscribe un crédito de consumo o libre inversión por un monto menor para adquirir mobiliario, podría encontrarse en un escenario en el que, pese a estar al día en el pago de la obligación hipotecaria, incurre en mora respecto del crédito de consumo. En virtud de la cláusula en cuestión, la entidad financiera estaría facultada para ejecutar la garantía hipotecaria y, en consecuencia, el deudor se vería expuesto a perder su vivienda. Lo problemático no es la facultad de la entidad para ejecutar la garantía frente a un incumplimiento, sino la desproporción de sus consecuencias jurídicas, al permitir que un incumplimiento totalmente ajeno al crédito hipotecario tenga como consecuencia la pérdida de un bien inmueble, el cual en la mayoría de casos, se encuentra destinado a vivienda.

- c) *“que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes”*: Frente a este criterio, la doctrina ha

¹⁵ Camilo Andrés Rodríguez Yong *Una aproximación a las cláusulas abusivas* 2da ed. (Editorial Universidad del Rosario, 2024).

determinado que el desequilibrio hace referencia específica a que se genere **un desequilibrio normativo**, más no económico¹⁶. En ese sentido, es claro que no se puede reputar un desequilibrio, desde este punto de vista, a cláusulas que hacen referencia a determinado interés remuneratorio pactado, por ejemplo.

Por otro lado, este criterio señala que el desequilibrio en cuestión debe **afectar de manera grave o relevante la situación jurídica del consumidor**, de tal manera que una posible intervención estatal se encuentre totalmente justificada. Así mismo, este desequilibrio **debe ser irrazonable o injustificado**¹⁷.

Para el caso de la cláusula en cuestión y realizando la salvedad nuevamente de que constituye un análisis subjetivo, se evidencia lo siguiente:

- i) La cláusula en cuestión genera un desequilibrio normativo en el sentido de que le otorga a la entidad una prerrogativa para ejecutar la garantía por incumplimiento de obligaciones ajenas a la obligación que dio nacimiento a la garantía, lo cual hace referencia a una prerrogativa jurídica y no económica.
- ii) La cláusula genera una afectación grave a la situación jurídica del consumidor, en el sentido de que ante el incumplimiento de una obligación ajena al crédito hipotecario, la entidad financiera puede ejecutar la garantía, existiendo el riesgo inminente de perder el bien inmueble.
- iii) El desequilibrio puede considerarse injustificado o irracional. Frente a este punto no se evidencia una claridad total debido a que, por un lado, se puede considerar que la entidad financiera tiene la facultad legal de pactarla toda vez que se utiliza para fijar la hipoteca abierta y sin límite de cuantía, mediante la cual se pueden garantizar obligaciones previas, presentes o futuras mientras las mismas sean determinables, lo cual se encuentra regulado por vía jurisprudencial¹⁸, tal como se expuso previamente. En ese sentido, la entidad financiera puede argumentar que es un desequilibrio justificado, dado que la ley la faculta para pactarla.

Ahora bien, dejando de lado el análisis de que puede existir una facultad legal, se puede decir que la cláusula, en efecto, genera un desequilibrio injustificado por cuanto le permite a la entidad financiera la ejecución de una garantía hipotecaria (bajo las

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Rural y Agraria “Sentencia SC3097 de 2022” URL: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/11/SC3097-2022-2015-00070-01.pdf>

disposiciones especiales de ejecución de garantía real, definidas líneas atrás) para la persecución de obligaciones que nada tienen que ver con el nacimiento de la garantía hipotecaria. A pesar de que exista una prerrogativa de carácter legal, no puede dejarse de lado el hecho del contexto en el que se pacta el instrumento, el cual consiste en una relación de consumo en el que claramente la entidad financiera tiene una posición económica y técnica, mucho mayor que la del consumidor.

En ese sentido, resultaría desproporcional, irracional y/o injustificado que al deudor se le sustraiga un bien inmueble, el cual en muchos casos resulta ser el bien utilizado para la vivienda del deudor y el principal bien de su patrimonio, por el incumplimiento de obligaciones cuyo monto puede ser muchísimo menor al valor comercial de dicho inmueble.

7.3. Análisis de la cláusula desde el punto de vista de la clasificación de cláusulas abusivas realizada por la Superintendencia Financiera

Teniendo en cuenta la exposición de las clasificaciones y ejemplos señalados en el numeral 6.1. del Capítulo 1, Título III, Parte I de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, se evidencia que la cláusula podría encuadrarse dentro de la clasificación general señalada en el numeral 6.1.5.:

“6.1.6. Las que afectan el equilibrio contractual o dan lugar a abuso de posición dominante contractual”

Sin embargo, al evaluar la totalidad de ejemplos señalados para el desarrollo de esta clasificación, no se evidencia que la cláusula objeto de análisis encuadre dentro de una de estas ejemplificaciones.

Realizado el análisis anterior, se hace necesario revisar, desde el punto de vista del derecho comparado, el tratamiento que se le ha dado a las cláusulas abusivas en los contratos de hipoteca, toda vez que en la jurisprudencia colombiana no se ha emitido un pronunciamiento en específico en relación con este tema. En ese sentido, se procede a exponer de manera general el tratamiento jurisprudencial y doctrinal efectuado en España, dado que en este país si se han emitido pronunciamientos particulares en los que se ha declarado la existencia de cláusulas abusivas en contratos de hipoteca, con el objetivo de revisar si, a la luz de estos pronunciamientos, la garantía abierta y sin límite de cuantía podría llegar a ser considerada abusiva.

8. Análisis de derecho comparado: España

8.3. Cláusulas de ejecución anticipada ante incumplimiento de obligaciones accesorias

En primera medida, se advierte que en España se ha tramitado un caso que guarda una estrecha similitud con el supuesto que se pretende examinar en el presente artículo. En dicho caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se pronunció sobre cláusulas insertas en contratos de préstamo hipotecario que otorgaban a la entidad acreedora la facultad de declarar la resolución anticipada del contrato —lo que, en términos del ordenamiento jurídico colombiano, equivaldría a la ejecución de la garantía por incumplimiento y a la aplicación de la denominada *cláusula acceleratoria*—.

El Alto Tribunal determinó que este tipo de cláusulas resultan abusivas cuando atribuyen carácter resolutorio a cualquier incumplimiento por parte del deudor, incluso en relación con obligaciones de carácter accesorio o irrelevante, y no exclusivamente respecto de aquellas que revisten la naturaleza de obligaciones esenciales dentro del contrato. Esta posición quedó recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 792 del 16 de diciembre de 2009, en los siguientes términos:

“En el motivo que individualizamos como tercero se denuncia la declaración de abusividad de la cláusula de resolución anticipada del préstamo por incumplimiento de prestaciones accesorias (5ª) de la que se dice que no vulnera lo dispuesto en el art. 1.255CC, que consagra el principio de autonomía de la voluntad, ni es contraria al art. 10 bis LGDCU pues no genera desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que cada parte asume, entendidos dichos derechos y obligaciones desde la perspectiva de que la facultad de resolver se prevé a favor de ambas partes.

La resolución recurrida razona con acierto en el sentido de que, además de que de la cláusula se deduce que únicamente se encuentra orientada al incumplimiento del consumidor, la misma resulta desproporcionada por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesorio, teniendo que examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida.

La argumentación de la resolución recurrida resulta conforme con la doctrina jurisprudencial más reciente -SS. 9 de marzo de 2.001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2.008 -, que solo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes.

Además, de entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la Entidad Financiera,

con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio¹⁹.(Subrayado fuera de texto)

De lo expuesto en esta decisión se desprende que la cláusula analizada fue considerada abusiva por las siguientes razones principales:

1. La estipulación estaba dirigida exclusivamente a sancionar incumplimientos imputables al consumidor, sin prever un tratamiento equivalente frente a eventuales incumplimientos del acreedor.
2. Atribuía a la entidad financiera la facultad de resolver el contrato incluso ante incumplimientos de obligaciones accesorias o irrelevantes, y no únicamente en casos de incumplimiento de obligaciones esenciales.
3. Dejaba en manos de la entidad financiera la decisión prácticamente unilateral de dar por resuelto el contrato, generando un desequilibrio contractual en perjuicio del deudor.

En esa misma línea, si se aplican estos criterios al análisis de la cláusula previamente examinada en el contexto de los contratos hipotecarios colombianos —aquella que confiere a la entidad vigilada la facultad de garantizar, con el inmueble objeto de hipoteca, toda clase de obligaciones, ya sean pasadas, presentes y/o futuras, que el deudor adquiera o pueda adquirir con dicha entidad— se podría sostener que el incumplimiento de una obligación ajena al contrato principal de mutuo o al contrato de hipoteca (por ejemplo, el impago de una cuota de una tarjeta de crédito), al no guardar relación directa con el negocio jurídico objeto de la garantía real, no constituiría un “incumplimiento de las obligaciones relevantes” en los términos establecidos por el Tribunal Supremo español. Por el contrario, se trataría de un incumplimiento relativo a obligaciones totalmente extrañas al contrato garantizado, lo que, siguiendo la doctrina del Alto Tribunal, podría configurar un supuesto de cláusula abusiva por su carácter desproporcionado y desequilibrado.

8.4. Cláusulas “suelo”

Por otro lado, en el país ibérico ha existido principal interés con respecto a las cláusulas relativas a la fijación de intereses, toda vez que las denominadas cláusulas “suelo” han sido objeto de pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo de España²⁰.

En el ámbito del derecho financiero español, las denominadas *cláusulas suelo* y *cláusulas techo* son estipulaciones contractuales incluidas habitualmente en contratos de préstamo o crédito con interés variable, especialmente en aquellos garantizados con hipoteca. Estas

¹⁹ Tribunal Supremo de España, Sala Primera “Sentencia 792/2009 del 16 de diciembre de 2009”. URL: <https://vlex.es/vid/211685387>.

²⁰ Alejandro Platero Alarcón y María José González González “Las cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios en España: especial referencia a las denominadas cláusulas suelo”. *LEX* n° 20 (2017) URL: <https://dialnet-unirioja-es.ez.urosario.edu.co/descarga/articulo/6203515.pdf>

cláusulas operan sobre el mecanismo de cálculo del tipo de interés aplicable al capital pendiente, el cual se determina ordinariamente mediante la suma de un índice o tasa de referencia —como, por ejemplo, el EURIBOR u otros índices oficiales establecidos por el Banco de España— y un diferencial fijo pactado entre las partes.

La cláusula suelo establece un límite mínimo al tipo de interés resultante de dicha suma, de manera que, aunque la tasa de referencia descienda por debajo de cierto umbral, el interés aplicable al préstamo no podrá situarse por debajo del porcentaje mínimo pactado. Su efecto práctico es garantizar a la entidad prestamista una rentabilidad mínima, evitando que caídas pronunciadas del índice de referencia se traduzcan en una reducción proporcional del número de cuotas o del valor de las mismas.

Por su parte, la cláusula techo fija un límite máximo al tipo de interés variable, impidiendo que incrementos significativos y generando una protección al consumidor²¹.

En ese sentido, se observa que las cláusulas suelo y techo han sido objeto de debate en España. Algunos jueces y tribunales, tales como el Juzgado de lo Mercantil No. 2 de Sevilla y la Sección de Apelación de Cáceres, han considerado que la inclusión de una cláusula suelo sin la correspondiente cláusula techo puede tener carácter abusivo, en la medida en que introduce un límite mínimo al descenso del tipo de interés en beneficio exclusivo de la entidad financiera, sin establecer un límite máximo que opere como contrapeso a favor del consumidor. Bajo este enfoque, se entiende que la asimetría entre ambas estipulaciones genera un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

Por el contrario, otro sector ha considerado que la mera existencia de una cláusula suelo, aun en ausencia de cláusula techo, no implica necesariamente que sea abusiva. Este criterio se apoya en la consideración de que, dado que el tipo de interés variable resulta de la suma de un índice de referencia y un diferencial, el mismo puede experimentar tanto incrementos como disminuciones, de manera que el riesgo de oscilación no se reputa desequilibrado por el solo hecho de que exista un límite mínimo. Desde este punto de vista, lo determinante sería que el deudor haya comprendido el alcance económico de la estipulación y que esta no haya sido impuesta de forma sorpresiva u opaca, sino aceptada de manera consciente y voluntaria²².

Teniendo en cuenta lo anterior, según la doctrina, la discusión habría sido zanjada por el Tribunal Supremo de España a través de la sentencia STS 241/2013, mediante la cual se fijaron criterios específicos para garantizar la validez de las cláusulas suelo en el marco de la contratación con consumidores. En particular, la alta corte ha establecido que estas estipulaciones deben someterse a un doble control de transparencia, lo que, en términos del ordenamiento jurídico colombiano, se asemeja al deber de información que recae sobre la entidad vigilada.

Este doble control implica, por una parte, que la cláusula se encuentre redactada con claridad, concreción y sencillez, evitando fórmulas ambiguas, tecnicismos excesivos o expresiones que dificulten su comprensión para un consumidor medio. Por otra parte, exige que el

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

consumidor sea plenamente consciente de la carga económica y jurídica que la cláusula conlleva, lo que incluye conocer de forma efectiva cómo incidirá en el cálculo de sus cuotas, el límite mínimo al que se verá sujeto el componente diferencial del interés y el impacto que ello puede tener en el valor total a pagar del crédito.

El Tribunal Supremo ha precisado, además, que este control no se agota con la mera lectura o firma del contrato, sino que exige que la entidad financiera acredite haber suministrado información suficiente, previa y comprensible, de manera que el consumidor haya podido valorar las implicaciones reales de la cláusula antes de prestar su consentimiento²³.

Expuesto lo anterior, resulta evidente que, en el caso español, la jurisprudencia ha sido particularmente enfática en señalar que, si bien la autonomía de la voluntad constituye un principio rector de la contratación, este no es absoluto, y encuentra límites cuando se trata de la protección de los derechos de los consumidores. En tal sentido, el deber de información constituye un elemento esencial para la determinación de la abusividad de una cláusula contractual. Dicho deber implica no solo la obligación de presentar la estipulación de forma clara y concisa, sino también la de advertir de manera suficiente y comprensible sobre sus posibles implicaciones económicas y jurídicas, especialmente cuando estas puedan afectar de forma significativa el equilibrio contractual.

Es de aclarar que este deber de información tiene su origen específico en la Directiva 93/13 del Consejo Europeo. Allí se estipula, específicamente en el numeral 2 del Anexo, que se autoriza la modificación unilateral de las condiciones del contrato por parte de la entidad financiera, con una razón válida, siempre y cuando se informe al consumidor en debida forma y con la posibilidad de que el mismo pueda rescindir el contrato.

A modo de comparación con la cláusula de hipoteca abierta y sin límite de cuantía de los contratos de hipoteca colombianos, se advierte que, en el escenario colombiano, no parecería cumplir con el doble requisito de transparencia exigido por el Tribunal Supremo español.

En primer lugar, desde la perspectiva formal, la redacción de dicha cláusula no presenta la concreción, claridad y sencillez necesarias para que un consumidor medio pueda comprender de manera inmediata y sin asistencia técnica las posibles consecuencias derivadas de su aplicación. Por el contrario, se caracteriza por su extensión y por el uso de terminología jurídica de alta complejidad, lo que dificulta que un consumidor sin conocimientos especializados capte plenamente su alcance.

En segundo lugar, desde el punto de vista material, no se evidencia que las entidades vigiladas adopten, en la práctica, medidas efectivas para garantizar que el consumidor reciba y entienda la información necesaria sobre las repercusiones jurídicas y económicas de la estipulación. De hecho, una parte considerable de los consumidores financieros desconoce que, en caso de incurrir en mora respecto del pago de cualquier obligación distinta al crédito hipotecario — por ejemplo, una tarjeta de crédito, un crédito de consumo o una libranza— la entidad podría hacer efectiva la garantía hipotecaria sobre el inmueble, aun cuando la obligación en incumplimiento no tenga relación directa con el préstamo garantizado. Esta falta de

²³ Tribunal Supremo de España, Sala Primera “Sentencia N° : 241/2013”. URL: <https://vlex.es/vid/abusivas-prestamos-hipotecarios-ibe-436380842> .

información y de pedagogía por parte de las entidades implica que la cláusula, en la práctica, no sea objeto de un consentimiento verdaderamente informado.

8.5. Cláusulas de determinación unilateral de los mecanismos de liquidación de la totalidad de la deuda

Por otro lado, en el contexto español también surgió una controversia jurídica relevante en torno a un caso en el que un deudor solicitó la nulidad de una cláusula inserta en un contrato de préstamo hipotecario. En dicha cláusula se establecía que, ante el incumplimiento del pago de cualquiera de las cuotas una vez llegado su vencimiento, el acreedor estaría facultado para reclamar la totalidad de la deuda pendiente (*vencimiento anticipado*) y, adicionalmente, se habilitaba la fijación unilateral, por parte de la entidad financiera, de los mecanismos de liquidación de la deuda (*pacto de liquidez*).

En concreto, la estipulación permitía que la entidad acreedora elaborará de forma preliminar un certificado, emitido por la propia entidad y aprobado notarialmente, en el que se fijara la liquidación total de la deuda, documento que serviría como base para iniciar la ejecución hipotecaria sin necesidad de un cálculo previo o verificación judicial independiente.

El asunto llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a través de una cuestión prejudicial planteada por el juzgado que conoció de la demanda declarativa en la que se solicitaba que se declarara la cláusula como abusiva. El juez nacional consideró necesario que el TJUE se pronunciara sobre si la Directiva 93/13/CEE relativa a las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores resultaba aplicable en este caso concreto, teniendo en cuenta que en el proceso ejecutivo ya se había producido la adjudicación del bien hipotecado a favor del acreedor, lo que podría implicar que la eventual declaración de nulidad careciera de efectos prácticos²⁴.

En ese sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que:

“Por último, en lo que atañe a la cláusula relativa a la liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda impagada, vinculada a la posibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, procede señalar que, teniendo en cuenta el número 1, letra q), del anexo de la Directiva y los criterios establecidos en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de ésta, el juez remitente deberá determinar si –y, en su caso, en qué medida– la cláusula de que se trata supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa.

En virtud de las consideraciones anteriores, procede responder lo siguiente a la segunda cuestión prejudicial:

²⁴ Mariana Bernal-Fandiño y Fernando Andrés Pico-Zúñiga, “Las cláusulas abusivas en los contratos de crédito hipotecario. Una mirada comparativa entre España y Colombia”, *Vniversitas*, No. 131 (2015). URL: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.cacc>

El artículo 3, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que:

el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas;

para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.

El artículo 3, apartado 3, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el anexo al que remite esa disposición sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”²⁵.

A partir de este pronunciamiento, se observa que el TJUE no declaró de manera categórica que este tipo de cláusulas deban ser consideradas abusivas en todos los casos, sino que dejó en manos de los jueces nacionales la tarea de examinar, en cada situación particular, si dichas estipulaciones restringen de manera efectiva el acceso del consumidor a la justicia o limitan sus medios procesales para ejercer adecuadamente su derecho de defensa.

Por su parte, una parte de la doctrina defiende la validez de estas cláusulas bajo el argumento de que no revisten de ilicitud cuando se encuentran expresamente autorizadas por la legislación nacional, en la medida en que no eliminan las posibilidades de contradicción o impugnación por parte del consumidor:

“No se puede considerar ilícita la cláusula conforme a la cual «Se pacta expresamente que será prueba suficiente de la cantidad reclamada la certificación expedida por la entidad financiera», dado que no limita en modo alguno el derecho del usuario de los servicios bancarios a valerse de cuantos medios de prueba tenga por conveniente para desvirtuar el contenido de la certificación presentada por la entidad bancaria. Además, dicho pacto está permitido expresamente en el art. 572.2 LEC (LA LEY 58/2000) que permite despachar ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por Notario, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible

²⁵ Tribunal Supremo de España, Sala Primera, “Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) del 14 de marzo de 2013 - Mohamed Aziz contra Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)” URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62011CJ0415>

en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo.

El pacto de liquidez está admitido por el Tribunal Supremo (46) dado que es un pacto procesal para acreditar uno de los requisitos del despacho de ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda, y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma.

No obstante, el ejecutado podrá oponerse a la ejecución si entendiera que la cantidad reclamada no es la debida por incluirse intereses, comisiones o conceptos no pactados o porque dichos conceptos no hayan sido calculados debidamente”²⁶.

Este posicionamiento doctrinal se fundamenta en que el pacto de liquidez, lejos de eliminar las garantías procesales del deudor, constituye un mecanismo admitido legalmente para agilizar la acreditación del requisito de liquidez en la ejecución, sin impedir que el ejecutado formule las oposiciones y defensas que considere pertinentes frente a la liquidación presentada por la entidad acreedora .

En conclusión, el análisis de la jurisprudencia española evidencia una postura clara frente a la protección del consumidor en materia de contratos hipotecarios, en la que el Tribunal Supremo ha establecido límites precisos al uso de cláusulas que otorguen facultades excesivas a las entidades financieras. En especial, ha señalado que determinadas cláusulas suelo o la ejecución de la garantía por incumplimientos irrelevantes o ajenos a las obligaciones esenciales son abusivas, por cuanto generan un evidente desequilibrio contractual y colocan al consumidor en una situación de vulnerabilidad. Esta doctrina, si bien responde al marco normativo español, ofrece elementos de interpretación que resultan valiosos para reflexionar sobre la validez y proporcionalidad de disposiciones similares en el contexto jurídico colombiano.

Conclusión

Expuestos los anteriores puntos, puede concluirse que el análisis realizado permite sostener que la estipulación, en los contratos hipotecarios, de una hipoteca abierta sin límite de cuantía presenta podría considerarse como una cláusula abusiva. Esto se fundamenta en que, al aplicar los criterios doctrinales para la identificación de este tipo de cláusulas, se observa que su inclusión genera un desequilibrio contractual significativo en perjuicio del consumidor, sin posibilidad real de negociación (dado que se trata de un contrato de adhesión) y carece de una justificación objetiva y proporcional que legitime su alcance.

²⁶ Maria José Achón Bruñén “Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales”, *Diario la Ley*, No. 8127 (2013). URL: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZY1Ji9tynt/SvVK1+B0oQiAYBMk2JBAEozBiM3mkwdaUcjKasqgeplVmVdZhZAzO2dvPfee++999577733ujudTif33/8/XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9+fB8/IorZ7LOnb3bo2dvZ/XRv9xde5nVTVMvP6M97Ow927+OD4vz6aTV9c73KPzvPyib/fwBxVyeMNQAAAA=WKE#14>

Si bien la figura de la hipoteca abierta y sin límite de cuantía ha sido desarrollada por vía jurisprudencial, ello no implica que su aplicación en contratos de adhesión con consumidores financieros resulte legítima. Por el contrario, en este contexto contractual la cláusula acentúa el desequilibrio contractual existente entre las entidades vigiladas y sus clientes, quienes, en la mayoría de los casos, suscriben el contrato movidos por la necesidad de acceder a un capital para la adquisición de un bien inmueble —frecuentemente destinado a vivienda propia—. En tal escenario, el hecho de que el deudor hipotecario pueda perder el bien por el cual solicitó el crédito, aun cuando haya cumplido rigurosamente con el pago de las cuotas hipotecarias, como consecuencia del incumplimiento de una obligación distinta y ajena al contrato principal, significa un impacto desproporcionado.

El derecho comparado, particularmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, refuerza esta preocupación al declarar abusivas aquellas cláusulas que permiten el vencimiento anticipado de las cuotas por incumplimientos de obligaciones accesorias o irrelevantes frente al objeto principal del contrato. De igual forma, se ha reconocido como abusivas aquellas cláusulas que fijan condiciones financieras unilaterales, tales como topes en favor del acreedor en los intereses variables, en beneficio exclusivo de la entidad financiera.

Este referente internacional sugiere que, en el ámbito colombiano, la fijación de una hipoteca abierta sin límite de cuantía en contratos de adhesión hipotecarios con consumidores financieros debe ser objeto de debate riguroso, pues el riesgo de su desnaturalización y uso desproporcionado es evidente.

En definitiva, el debate sobre la existencia y validez de este tipo de cláusulas en los contratos de hipoteca no solo sigue vigente, sino que requiere una reflexión profunda que involucre tanto a las entidades financieras como a las autoridades de supervisión y control, a fin de garantizar que la protección al consumidor financiero prevalezca frente a posibles abusos derivados de la posición dominante de las entidades vigiladas.

Lista de referencias.

- Ley 153 de 1887 (Código Civil)
- Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor)
- Ley 1328 de 2055 (Estatuto del Consumidor Financiero)
- Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio)
- Directiva 93/13 del Consejo Directivo.
- Corte Suprema de Justicia “SC3097 del 2022” M.P. Arnoldo Wilson Quiroz Monsalvo
- Corte Suprema de Justicia “SC1757-2025” M.P. Fernando Augusto Jiménez Valderrama.
- Corte Suprema de Justicia “SC1718-2025” M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque
- Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia.
- Escritura Pública No. 0672 del 06 de junio de junio de 2019, otorgada en la Notaría 15 del Círculo de Bogotá D.C.
- Tribunal Supremo de España, Sala Primera “Sentencia 792/2009 del 16 de diciembre de 2009”.
- Tribunal Supremo de España, Sala Primera, “Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) del 14 de marzo de 2013 - Mohamed Aziz contra Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)”
- Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles; Contratos atípicos* 8va ed. Legis Editores, 2015.
- Gómez, Diana Carolina “El control de las cláusulas abusivas en el sector bancario”. *Revista de Derecho Privado: (Universidad de los Andes)* N°. 55 (2016). URL: <https://repositorio.uniandes.edu.co/entities/publication/b171b653-4c57-4d95-a9ca-ab2334ab7d46>
- Rodríguez Yong, Camilo Andrés. *Una aproximación a las cláusulas abusivas* 2nda ed., Editorial Universidad del Rosario, 2024.
- Correa Valenzuela, Gustavo Andrés. *Anulabilidad de las cláusulas abusivas*. Editorial Universidad del Rosario., 2015.
- Bejarano Guzmán , Ramiro, *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*, 10ª ed. Editorial Temis, 2021.
- Platero Alarcón, Alejandro y González González , Maria José “Las cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios en España: especial referencia a las denominadas cláusulas suelo”. *LEX* n° 20 (2017) URL: <https://dialnet-unirioja-es.ez.urosario.edu.co/download/articulo/6203515.pdf>
- Achón Bruñén , Maria José “Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales”, *Diario la Ley*, No. 8127 (2013). URL: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt/SvVK1+B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee++999577733ujudTif33/8/XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9+fB8/IorZ7LONb3bo2dvZ/XRv9xde5nVTVMvP6M97Ow927+OD4vz6aTV9c73KPzvPyib/fwBxVyeMNQAAAA==WKE>