

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

*en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI*

**Octava Jornada de Medio Oriente**

## **Fortalecimiento de la protección al consumidor financiero frente a la actividad contractual bancaria nacional e internacional**

**Nattaly Calonje Londoño.**

### **Introducción**

Las operaciones bancarias se rigen actualmente por estándares internacionales fijados tanto por Organizaciones Internacionales como agentes privados. Dichos estándares, considerados por algunos autores como instrumentos de la Nueva Lex Mercatoria, son aplicados por los Bancos a fin de tener un funcionamiento uniforme en cada uno de los países donde tienen filiales. Sin embargo, los bancos deben tener también como referente obligatorio las normas nacionales y determinar cuáles pueden ser suplidas por los estándares internacionales y cuáles deben ser cumplidas obligatoriamente. Ejemplo de ello es la ley 1328 de 2009, por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Dicha ley contiene, en miras de proteger a consumidores y usuarios financieros, fuertes medidas en materia contratación, creando obligaciones especiales para los bancos. Asimismo, las medidas que protegen a los consumidores financieros aplican a aquellos bancos que deseen ingresar o constituir filiales en Colombia.

La elección de normas –bien sean estándares internacionales o leyes nacionales- por parte de los bancos, es posible mediante el ejercicio de su Autonomía Privada de la Voluntad (en adelante APV), es decir, en materia de contratación bancaria la Nueva Lex Mercatoria tiene cabida sólo en la medida en que los bancos pueden elegir normas a aplicar. Pero, es necesario que la APV tendrá una restricción si la legislación –especialmente colombiana- establece normas de obligatorio cumplimiento –o normas imperativas-. En el caso de la ley 1328 de 2009, es necesario determinar si las normas que protegen al consumidor financiero –objeto de este trabajo- e imponen fuertes medidas a los bancos, constituyen en sí restricciones a la APV y condicionan el ingreso de nuevos agentes bancarios en el mercado colombiano.

Para ello, el trabajo plantea como interrogante el cómo pueden operar los bancos al tener como referente la ley 1328 de 2009. Dicha cuestión se desarrollará básicamente en tres momentos: en el primer momento se analizará el concepto de Interés Público en el Ordenamiento Jurídico colombiano como legitimante para la intervención

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

*en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI*

## Octava Jornada de Medio Oriente

estatal (I); posteriormente se analizará el Principio de la APV y su estado actual en el Derecho colombiano (II) y; finalmente se analizará si en la ley 1328 existen fuertes limitantes a la APV de los bancos y cómo actúan ellos frente a dichas restricciones.

Esta pregunta se va a desarrollar a raíz del concepto de actividad financiera como de interés público en Colombia, el concepto de servicio público, la limitación de la Autonomía privada de la voluntad en pro del interés estatal, mediante una intervención inversa, es decir, el legislativo, administrativo y judicial, la contratación bancaria, entre otros.

I. La Contratación Bancaria y el Interés Público en el Ordenamiento Colombiano

### A. Concepto de Interés Público

La actividad financiera es, de acuerdo a los artículos 150 Numeral 19 literal d, 189 Numerales 24 y 25, y 335 de la Constitución Política de 1991, objeto de intervención y regulación estatal (IBÁÑEZ NAJAR, 2006: Pág. 73).

El artículo 335 de la Constitución Política de Colombia expresa que las actividades **financiera**, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los **recursos de captación** a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 **son de interés público** y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, **conforme a la ley**, la cual regulará la **forma de intervención del Gobierno** en estas materias y promoverá la democratización del crédito.

El art. 335, ubicado en el título XII, Capítulo 1º de la Constitución Política, delimita el concepto de “actividad” sólo a aquellas realizables en el mercado, es decir, operaciones de tipo económico, que se desarrollan a través la oferta y la demanda, y que forman un conjunto de transacciones mercantiles de bienes y servicios, que buscan satisfacer las necesidades de los consumidores bancarios, lo anterior con base a que el comercio busca beneficiar a productores y consumidores.

Asimismo no toda actividad económica está comprendida en este artículo. Solo las actividades que tengan que ver con ciertos campos del mercado son las que facultan al Estado para intervenir, en concreto el artículo se refiere a operaciones que captan dinero. Para este caso el Estado regula el sector financiero. Por ejemplo en el caso del sector real, el artículo no le da al Estado la facultad de intervenir.

Dichas actividades, Según el artículo 335 de la Constitución de 1991 son de interés público. Esto puede deberse a que garantizan el adecuado flujo de capitales, es decir, las entidades financieras “filtran” la mayoría de los dineros del sector de la economía real. Así, las personas pueden tener acceso al conjunto de bienes y servicios que proporciona la economía, de una manera eficiente y adecuada, lo que lleva a que la actividad financiera sea uno de los motores más importantes para el desarrollo de la sociedad, y así posicionarse como de interés público.

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI

## Octava Jornada de Medio Oriente

La actividad financiera está en la obligación de cumplir con una función social, en virtud del principio constitucional de “primacía del interés general sobre el interés particular” (Artículo 1 Constitución Política de 1991). Ello indica que su libertad para auto regularse es restringida. La Corte Constitucional, en sentencia C-995 de 2000 manifestó " (...) *la actividad de intermediación financiera, en el estado social de derecho, supone responsabilidades; y tiene una función social que implica obligaciones, lo que sencillamente significa que su libertad, lejos de ser absoluta o de hallarse exenta de controles e intervenciones, está marcadamente restringida y dirigida por el Estado.*

Al ser la actividad financiera de interés público, el artículo 335 consagra la facultad del Estado de intervenir en la dinámica de las entidades tanto públicas como privadas que desarrollan esta actividad, lo que implica que su desarrollo no es del todo libre, sino que, por el contrario, está sometida a los controles estatales. Esta posibilidad de delimitar a los bancos en sus actividades se da con el fin de que no se vulneren los derechos de los ciudadanos que acceden a estos.

Es importante mencionar que, además de ser una actividad de interés público (por tenerse en cuenta como motor de la economía, y por que con esta se hace referencia al principio de que prima el interés general sobre el particular), es un también una actividad económica a través de la cual se presta un servicio público.

La Corte Constitucional en sentencia T-520 de 2003, acudiendo a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1970, sostuvo que un servicio público es “... toda actividad tendiente a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas”.

En la contratación bancaria, entendida esta como aquel acuerdo de voluntades tendiente a crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica bancaria que busca que el banco realice la actividad de captar dinero o fondos del público (DIEZ ESTELLA, fernandodiezestella.com: 15.08.10) ; se encuentra inmersa dentro de esa actividad financiera. La Superintendencia Financiera de Colombia indica que para desarrollarla “...*los únicos tipos de entidades financieras autorizados para ello serían los establecimientos de crédito, v. gr. **bancos**, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras vigiladas por esta Superintendencia...*” (Concepto 2006056363-002 del 8 de noviembre de 2006).

Si la actividad financiera es de interés público y es un servicio público, la contratación bancaria por ser parte de esta, también lo es, y por esto el Estado debe regularla, es decir, debe verificar su buen funcionamiento, a través de entidades administrativas,

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI

## Octava Jornada de Medio Oriente

como la Superintendencia Financiera, quien interviene mediante actos administrativos tales como conceptos, o por medio de las leyes que expide el Congreso de la República que reglamentan dicha actividad.

Lo anterior es relevante porque si el Estado la regula, el fin último de éste (en el aspecto de la contratación bancaria), es que no sean afectados los intereses de la comunidad, manifestados en el caso concreto de la contratación bancaria en los usuarios de dichas entidades. Por tanto el Estado debe intervenir en la actividad financiera de manera activa, evitando que se generen asimetrías entre el Banco y el usuario del servicio que es el ciudadano común.

El hecho de que la actividad financiera sea de objeto de interés público significa, como se indicaba antes, que el Estado debe estar atento a su regulación, es decir, las entidades financieras no tienen la posibilidad de ejercer su libertad económica plenamente, sino que son “susceptibles de una rígida intervención estatal dirigida a ordenarla, imponer las condiciones en las cuales debe prestarse, entre otras” (RODRIGUEZ AZUERO, 2009: Pág. 114).

Las actividades a las que se refiere el artículo 335 constitucional, son consideradas de interés público por las razones ya expuestas, y además por que contribuyen al desarrollo económico y social del país, además porque generan confianza a la economía y son una operación de soporte del modelo económico colombiano. Al ser de interés público, el Estado está facultado para intervenir, mediante la formulación de una ley general (marco art. 150 No. 19 lit. d), donde se le establece al gobierno las formas de regulación de cada área del mercado. Es decir, el orden lógico de intervención es Constitución-Ley-Actuación Administrativa.

### **B. Intervencionismo Estatal en pro del Interés Público**

La capacidad de intervención estatal se encuentra fundamentada a través de la Cláusula General de Competencia, definida por la Corte Constitucional en sentencia C- 337/93 como “*El principio según el cual a los particulares se confiere un amplio margen de iniciativa, al paso que los servidores públicos deben ceñirse estrictamente a lo autorizado por la Constitución y la ley, está recogido en el texto constitucional en su artículo 6) (...)*”

Un panorama de la cláusula general de competencia (desde el punto económico) podría plantearse así. Digamos que esta responde a tres preguntas básicas las cuales serían “que”, “quien” y “cómo”. Respecto al “que”, responde a que hace la CGC. En cabeza de ésta, está la dirección de la economía desde tres ámbitos macro (regula la política fiscal y la política monetaria), financiero (aquí se incluye el artículo 335 de la constitución), y micro (respecto a las microempresas que tienen libertad económica). En cuanto a “él quien” esto se revisa desde el artículo 113 de la constitución que hace referencia a las ramas del poder público ejecutivo, legislativo y

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

*en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI*

## Octava Jornada de Medio Oriente

judicial. Todas estas trabajan de manera independiente pero armónica. Para el “como” es necesario revisar los artículos 150, 189 y 240 de la Constitución Política.

La interpretación que se le ha dado a la cláusula general de competencia se fundamenta en varios artículos constitucionales como el 4, 5, 334, 335, 336. En cuanto al “quién” y al “cómo” los artículos son 114, 150, 189, 240 de la constitución, expresan que es función del Congreso de la República hacer leyes generales y abstractas.

Dicha cláusula general de competencia presenta unos límites que comprenden, como lo ha expresado la Corte constitucional, los establecidos en el artículo 121 de la Constitución –entre otros-, que indica asuntos que regulan determinados entes estatales.

De igual manera, otro límite a la CGC es la obligación que tiene el legislador de respetar las normas, principios y derechos constitucionales, ya que al transgredir alguno de estos, el Estado debe intervenir y limitar la actuación del órgano que lo esté haciendo (Corte Constitucional, Sentencia C-473/97).

Además de estos, un límite a la CGC podría ser que esta no implica que todo lo que no está prohibido por la constitución está permitido para el Congreso. Ya que esto solo aplica para los particulares, lo anterior con el fin de que los servidores públicos no abusen de sus funciones. Esto quiere decir que respecto a los particulares a estos se les aplica que a los aspectos que no tienen restricciones en la constitución, ley, costumbres y otras reglas que regulen la conducta, pueden los particulares mismos “gobernar” o generar sus normas de conducta, ya que no van a ir en contraposición con las normas que regulan su actuación en general, logrando así aplicar que lo que no está prohibido está permitido para los particulares.

No obstante, para los funcionarios que ejercen cargos públicos, y que le dan “vida” a la CGC no es así. Ellos no pueden simplemente auto regularse en los asuntos que no están claramente estipulados en la norma, esto es un límite a la CGC ya que esto no conlleva a que un tema que no esté regulado pueda ser regulado por ellos, por el contrario ahí otros mecanismos para regularlo como por ejemplo la analogía.

Recientemente la Corte Constitucional en el año 2000 manifestó que el Congreso de la República es el titular de la cláusula general de competencia por ser una “institución jurídica de naturaleza política, pluralista, representativa y electiva”. En esta ocasión la Corte reitero que las facultades del Congreso no son absolutas y que tiene límites como por ejemplo el del artículo 121 de la Constitución Política (Corte Constitucional, Sentencia C – 1648 de 2000).

Según la CGC, para que el Estado pueda intervenir, es necesaria la existencia de una legitimación legal (Reserva Legal) para que, o la administración ejecute acciones de intervención, o la jurisdicción delimite la libertad contractual, mediante la interpretación. Esa legitimación legal es de tipo preventivo, ya que el interés del legislador es regular las materias antes de que surja el conflicto.

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

*en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI*

**Octava Jornada de Medio Oriente**

## C. Caso Concreto: Relación Banco – Consumidor Financiero

En cuanto a la relación entre el consumidor financiero y los bancos, no podemos hablar de regulaciones expresas. Desde la perspectiva legal, la tendencia se inclinaba hacia una consideración de los contratantes en un plano de igualdad, es decir, Banco y usuario no tenía trato indiferenciado.

En Colombia la regulación de la actividad financiera no se ha dado desde un plano consumidor-banco, sino que se ha desarrollado el concepto de las instituciones financieras. Antes de la constitución de 1991, la ley 45 de 1990 regulaba las normas en materia de intermediación financiera, se regulaba la actividad aseguradora, se concedían unas facultades y se dictaron otras disposiciones, esta ley fue modificada por la ley 510 de 1999. La Ley 1730 de 1991 se hablaba de las instituciones financieras como establecimientos de crédito cuya función principal consiste en captar moneda, para colocarla en el mercado a través de operaciones de activas de crédito (MARTINEZ NEIRA, 1994: Pág. 7).

El estatuto orgánico del sistema financiero (DECRETO 663 DE 1993), se refirió a temas como la descripción de las entidades sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia bancaria, funciones de las instituciones, procedimientos, pero nada concreto respecto al consumidor bancario.

La principal actuación estatal durante los primeros años de la vigencia de la constitución del 91 se ve en la jurisdicción, especialmente la constitucional, a través de la acción de tutela, regulada en el Artículo 86 constitucional. Respecto al tema de la contratación bancaria, en las demandas por afectación de Derechos Fundamentales, las acciones han tenido como demandados a bancos y compañías de seguros.

El 3 de agosto de 1999 se expidió la LEY 510 DE 1999, relativa a disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades. Esta ley no se refiere tampoco expresamente al tema de la protección al consumidor bancario. En el 2007 con el decreto 018 se modificó el estatuto orgánico financiero, cambiando las modalidades de crédito.

En sede jurisdiccional ha tomado un valor especial la interpretación judicial, entendida como el otorgamiento de facultades especiales a los jueces para determinar cómo han de entenderse las cláusulas contractuales o para establecer la existencia de cláusulas abusivas que son, generalmente, desfavorables para una de las partes. Para la relación entre Banco y Consumidor, quien impone este tipo de cláusulas es el banco y el afectado el consumidor financiero.

Por medio de la interpretación, el juez ha establecido criterios que pueden ser distintos a los pensados por las partes, pero que serán los determinantes para la decisión que tomará el juez.

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

*en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI*

## Octava Jornada de Medio Oriente

Jorge Suescún Melo, indica que dicha “intromisión” de los jueces en la autonomía de la voluntad de las partes que configuraron el contrato, no es tan positiva, ya que llegaría al punto en que se configurarían “contratos judiciales”, es decir, el origen de la voluntad de los contratantes no sería esta misma, sino la percepción del juez sobre el caso concreto.

Sin embargo debe tenerse en cuenta que el juez, al interpretar el contrato, en algunas ocasiones debería hacerlo a favor de la parte débil del contrato si esta desigualdad es evidente, y si contribuyó para que la relación contractual no se llevara a término, esto en miras a la protección de Derechos y Principios constitucionales. Sin esta intervención en la relación consumidor-banco podrían presentarse fuertes situaciones de desigualdad, ya que en el momento en que el juez deba a causa de injusticias fallar a favor de la parte débil y no lo haga lo que va a generar es un desequilibrio en la relación contractual aun mayor del que estaba antes de que fallara.

En el año 2002 la Corte Constitucional dijo expresamente que las entidades bancarias tienen una posición dominante frente a los usuarios del sistema financiero, ya que estas las que establecen los requisitos de créditos, tasas de interés, entre otras operaciones que realizan los bancos. Indicó la Corte que las entidades financieras son depositarias de la confianza pública por el servicio que prestan, y que sus actuaciones cuentan con veracidad por parte de los clientes (Corte Constitucional, Sentencia T-1085 de 2002).

En el mismo sentido esta Corte Constitucional se pronunció en sentencia T-661 de 2001:

“(…) al tener los bancos atribuciones que los colocan en una posición de preeminencia desde la cual pueden con sus acciones y omisiones desconocer o amenazar derechos fundamentales de las personas. Independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta los bancos actúan con una autorización del Estado para prestar un servicio público por ello, los usuarios están facultados para utilizar los mecanismos de protección que garanticen sus derechos”.

Asimismo la Corte Constitucional aclaró que por tener las entidades bancarias una posición dominante frente a los usuarios del sistema financiero, se le impone al Estado la obligación de controlar sus actividades para de esta manera evitar cualquier tipo de abuso (Corte Constitucional, Sentencia T-173/07).

El más reciente fallo de la Corte Constitucional respecto a este tema fue la Sentencia T-129 de 2010, en donde se pronunció acerca de la violación de los derechos constitucionales por cobrar los bancos deudas muy antiguas de las cuales no tenía prueba alguna. Esta sentencia es importante porque manifiesta que el pago voluntario de una deuda que se cree tener no exonera al banco de demostrar la veracidad de la misma.

Posteriormente se dio un movimiento hacia la producción de normativa administrativa y legal tal y como lo es la ley 1328 de 2009, “por la cual se dictan normas en materia

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

*en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI*

## Octava Jornada de Medio Oriente

financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.”, a partir de esta y de manera expresa, se da regulación para proteger al consumidor bancario, cuestión que anteriormente no se había discutido propiamente en la ley.

Se puede destacar, que pese a la CGC, hablamos de una “intervención inversa”, es decir, desde lo jurisdiccional a lo legal. La actuación estatal respecto a los contratos bancarios se ha realizado de forma inversa.

Lo que sucede es que la cláusula general de competencia, establece generalmente que el Estado intervendrá mediante tres agentes en el siguiente orden: 1) el legislador; 2) la administración; 3) el juez; sin embargo en el tema en cuestión se da de manera inversa.

El juez, como aquel encargado de resolver conflictos y administrar justicia, se encuentra con una doble limitación al momento de realizar sus actividades relativas a esto:

1. Respecto a su iniciativa en el sentido de que el no puede intervenir en las relaciones jurídicas, hasta tanto no se presente un conflicto en el que intervengan las partes. De hecho no es necesario únicamente que se presente el conflicto, sino que las partes acudan a él para que las ayude a solucionar dicho conflicto.
2. Con relación a su decisión, ya que ésta solo puede ceñirse al problema que le plantean las partes, y además la decisión la debe darse con base en las fuentes que le proporciona el sistema jurídico, en el sentido de que las fuentes son básicamente tres.
  - a) Constitucional: Esta se desarrolla a través de la constitución, es decir el Juez debe mirar los principios y normas constitucionales para resolver el conflicto.
  - b) Legislación: Es decir, las leyes que se refieren al tema específico sobre el cual el Juez debe actuar.
  - c) Administración: Se refiere a los actos administrativos que para el caso en concreto expide la Superintendencia Financiera.

La dinámica frente al tema de la contratación bancaria funcionaba así: El Juez no tenía regulación expresa acerca de la contratación bancaria respecto a la protección del consumidor, por lo que para solucionar los conflictos que llegaban a él debía de manera invertida remitirse a la constitución, lo cual es una fuente de derecho demasiado general, por lo que debía limitarse a aplicar principios constitucionales. Se dice que de manera invertida pues el Juez en caso de conflicto debería remitirse a norma especial y no general como la constitución.

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

*en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI*

## Octava Jornada de Medio Oriente

Diríamos que el orden lógico sería una intervención legislativa, ejecutiva y judicial, sin embargo se ha realizado de forma inversa ya que desde 1991 con la nueva constitución, surgió la tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales como mencionaba anteriormente, y con esto lo que se logró fue que se realizara la pregunta por los derechos fundamentales. Gracias a la tutela se logró que las personas que se sentían vulneradas en una relación contractual banco – usuario, asistieran a la protección de sus derechos a través de la tutela y si se logró en parte la protección al consumidor bancario.

El Juez acudía a la constitución, y por ser esta norma de carácter un poco general, lo que se daba era que no estaba tan limitada su actividad pues la regulación en el tema era bastante escasa, por lo que el Juez estaba facultado para solucionar los conflictos de manera amplia, y así entonces no se lograba que las situaciones se solucionaran de raíz, pero como decía antes, gracias a la ley 1328 este panorama cambió, ya que se reguló expresamente la protección al consumidor bancario.

II. Concepto y estado actual de la Autonomía Privada de la Voluntad

### A. La Autonomía de la Voluntad desde la Doctrina y Jurisprudencia Colombiana

En cuanto a la definición de APV, hay que tener claro que no es algo estipulado taxativamente en la ley, sino que ha sido fruto de la interpretación de las normas del Código Civil y por ello cada autor tiene su noción acerca del tema (DE BUEN LOZANO, 1986: ).

Pese a las distintas definiciones de dicho principio,<sup>1</sup> se entenderá en este escrito la APV como el principio que faculta a una persona para auto regularse y auto determinarse en su actuar y en su proceder frente a determinadas situaciones, especialmente en materia contractual. Lo anterior se refleja en autores como Suescún Melo. La elección del particular de contratar o no contratar; escoger la

---

<sup>1</sup> La APV para Monroy Cabra es entendida como “un poder o energía creadora de la voluntad: El poder que tendría la voluntad (del promitente) para crear la obligación, el vínculo o relación jurídica (José Ferralis Vilella)” (MONROY CABRA, Marco Gerardo. ¿ESTA EN CRISIS EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD? Revista de la Academia Colombiana de jurisprudencia. Julio-Diciembre. 1980 Pág. 102.). William Namen Vargas señala que la APV “se concentra en la posibilidad reconocida al sujeto para disponer de sus derechos e intereses. La autonomía es autogobierno, auto regulación, poder de darse la ley uno mismo, actuar, obrar, crear, disciplinar u orientar la propia conducta, disponer de derechos e intereses. En sentido abstracto, la noción comprende toda posibilidad admisible de autodeterminación, incluyendo la aptitud activa del sujeto, el poder y el derecho subjetivo. Potestad de darse normas por sí y para sí.” (NAMEN VARGAS, William. LA LIBERTAD CONTRACTUAL: NEGOCIO JURIDICO Y CONTRATO. Consejo Superior de la Judicatura. Revista Judicial. Diciembre 2009.)

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

*en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI*

## Octava Jornada de Medio Oriente

persona del contratante; determinar el tipo de contrato que se va a celebrar y; definir el contenido y régimen del acto jurídico (SUESCUN MELO, 2009: Pág. 3).

López Cabana confirma lo anterior refiriéndose a las características de la APV. Las enuncia de la siguiente forma:

1. Se expresa en la autodeterminación del sujeto de aceptar o rechazar una disposición.
2. Las personas son libres para contratar o abstenerse de hacerlo.
3. Le asiste la potestad de reglamentar el acto propio para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas.
4. Se tiene la facultad de elegir la forma de contrato, modificarlo, transmitir la posición contractual, ponerle fin, entre otras (ALTERINI; LÓPEZ C., 1989: Págs. 36 y s.).

El Estado del Siglo XIX aplicaba dos pilares: Libertad e igualdad. Sobre estos, se fundamentan los 4 principios del derecho privado, dentro de los cuales se encontraba la APV.<sup>2</sup>

La libertad se entendía como la capacidad que tenía la persona para tomar sus decisiones sin influencia de un tercero. La igualdad era aquel reconocimiento y trato indiscriminado que proporcionaba la ley a los particulares, es decir, que para administrarlos no eran tenidos en cuenta factores como el económico o la posición social.

Sin embargo, estas formas de ver o entender estos pilares entraron en cuestionamiento a finales del Siglo XIX y comienzos del Siglo XX. Por una parte, las distintas clases económicas –junto con los avances de la revolución industrial– gozaban de cierta potestad fáctica de imposición de reglas. Asimismo, dicha imposición restringía la libertad de autorregulación y dejaba a sus contrapartes en una posición de desigualdad.

Debido a esto el Estado se vio en la necesidad de cambiar algunos paradigmas como por ejemplo su pasividad en temas como la contratación bancaria y la protección del consumidor.

Hoy día el Estado tiene la posibilidad de limitar las actuaciones e intercambios comerciales de los particulares, convirtiéndose así en intervencionista, sin que esto implique que las personas no puedan hacer uso absoluto de su APV.

---

<sup>2</sup> Los otros tres principios son el consensualismo, el pacta sunt servanda y el principio de la ejecución de buena fe de los contratos.

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI

## Octava Jornada de Medio Oriente

En Colombia la Corte constitucional y la Corte Suprema de Justicia se han referido al tema de la APV en reiteradas ocasiones. En ambas jurisprudencias, tanto en la privada como en la constitucional, se ha definido el principio de la APV.

Para la Corte Constitucional se entiende que la APV consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tienen de regular las relaciones sociales. Le da mayor libertad a las transacciones entre particulares y en general en todos sus actos jurídicos de contenido económico (T- 338 de 1993)

La Corte Constitucional en la sentencia T- 338 de 1993 menciona que *“La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares.*

Se refiere la Corte igualmente a la libertad de contratación que se deriva de la constitución, que implica unas limitaciones de base legal y garantiza unas relaciones justas y libres entre los particulares. (Sentencia No. T-240/93).

La APV como concepto ha sido desarrollada por la Corte Suprema de Justicia desde 1936. Sin embargo, podemos decir que en las relaciones bancarias el análisis inicia en 1974. La noción de contrato en este momento está enfocada a que dos personas, en un mismo pie de igualdad jurídica, exponen y discuten en un libre debate sus recíprocas pretensiones, se hacen concesiones mutuas y si ajustan sus voluntades acaban por celebrar un acuerdo cuyos términos han sido pensados constituyen la expresión de su propósito.

En 1980, estipula claramente la definición de APV, indicando inicialmente que en el derecho positivo colombiano es más relevante la voluntad de los contratantes que las leyes mismas al momento de regular el contrato, teniendo en cuenta el orden público y las buenas costumbres. La APV es como una convención que no puede desconocerse por su naturaleza contractual, pues mientras el cliente pueda rechazar la oferta su voluntad actúa, a tal punto que al acogerla presta libremente su consentimiento.

En 1994 se habla de APV como un conjunto de facultades con que cuentan las personas, estas se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quien realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada.

Se regulan en este caso las conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica, dan lugar a que el damnificado, aun encontrándose vinculado por el negocio y por fuerza precisamente de las consecuencias que para el acarrea la eficacia que de este último es propia, pueda exigir la correspondiente indemnización.

La Corte Suprema en sentencia de 6 de julio de 2009 expresó algo relacionado con la autonomía con que cuenta el juzgador, y eso es que si el juez tras examinar y aplicar las diversas reglas de hermenéutica establecidas en la ley, opta por uno de los varios sentidos plausibles de una determinada estipulación contractual, esa elección, en sí misma considerada, no puede ser enjuiciada en la Corte, so pretexto de una

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

*en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI*

## Octava Jornada de Medio Oriente

construcción más elaborada que pueda presentar el demandante en casación, en la medida en que en esa hipótesis, la decisión judicial no proviene de un error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas, sino que es el resultado del ejercicio de la discreta autonomía con que cuenta el juzgador de instancia para la interpretación del contrato.

Ahora se analizara una cuestión y es la siguiente. La CSJ se ha encargado de analizar si la APV se ha utilizado en los contratos de adhesión, porque estos los utilizan sus bancos en sus operaciones de. Así la CSJ los ha entendido desde dos ópticas en el año 74. Estas son:

-Teoría reglamentaria: La fuente creadora de obligaciones se descompone en la emisión de una voluntad reglamentaria y en la adhesión a ella de otra voluntad, la que no contribuye a la formación del acto cuyo efecto no es otro que llenar un requisito secundario.

-Teoría contractual de los actos de adhesión: Los contratos de adhesión tienen real y efectivamente el carácter de verdaderos contratos que merecen una interpretación particular, pero contratos al fin porque el individuo conserva la voluntad de contratar o no, y si lo hace es porque quiere. El individuo es libre de no comprometerse pero una vez comprometido, está obligado a respetar su decisión; es el efecto del contrato. Se deben distinguir las cláusulas esenciales de las cláusulas accesorias.

### **B. La Autonomía de la Voluntad en la Relación Banco-Consumidor Financiero**

En el caso de la contratación bancaria, el Banco tiene gran libertad para diseñar los contratos, lo que lo pone en una situación ventajosa frente al usuario. Por ello es necesario para el Estado intervenir en su actividad, y delimitar su autonomía, a tal punto que no haya desprotección al "débil" en la relación contractual.

Sin embargo, con todo y la intervención de Estado, dicha APV del banco no se ve del todo restringida, desde que se le deje realizar la contratación en masa, que se desarrollar a través de contratos de adhesión o contratos estándar.

Dichos contratos le permiten al Banco una posición dominante frente al usuario, debido a que aquel pone las condiciones del contrato, y este ultimo solo tiene la opción de "firmar" o no el contrato, lo que lleva a que no se puedan negociar las cláusulas contractuales, siendo así el banco el único que manda en la relación contractual.

Suescún Melo indica que los contratos de adhesión se dan cuando una parte debe plegarse a los términos y condiciones que le impone la otra sin negociación, ni modificación (SUESCUN MELO, 2005, Págs. 6 y ss.).

Los elementos del contrato de adhesión son según este son:

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

*en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI*

## Octava Jornada de Medio Oriente

1. Imposición de unas condiciones por parte.
2. Papel pasivo de la otra parte.
3. Un formato tipo.

Los contratos de adhesión se dieron a raíz de que las operaciones bancarias se realizan en masa, razón por la cual a los bancos les resultaba complicado que cada vez que fueran a realizar un contrato, hacer una forma diferente para cada una. Por esto se busco uniformar y estandarizar estos contratos, lo que llevo a que se denominen contratos tipos.

La Superintendencia Financiera en un concepto del 26 de Febrero de 2007, precisó que el contrato de adhesión es definido por la doctrina como aquel en que “las cláusulas son dispuestas por uno de los contratantes de manera que la contraparte no pueda modificarlas ni hacer cosa distinta que aceptarlas o rechazarlas. En este tipo de negocios la parte que aprueba el texto de las cláusulas redactadas por la otra no interviene en la formación del contenido contractual...”.

Lo anterior nos lleva al punto de que la autonomía del contratante que no realiza el contrato, se ve limitada a aceptar o rechazar la oferta, lo cual de alguna manera restringe su posibilidad de negociar las condiciones en que se va a desarrollar el negocio jurídico. Esto estaría un poco en contra de los principios de los que se hablaba en el siglo XIX, y que aun hoy se practican en el Estado de derecho, específicamente la libertad e igualdad, vistas desde la perspectiva contractual.

Los contratos de adhesión para Rodríguez Azuero surgen como una excepción a los que siguen el principio según el cual la concurrencia de voluntades está destinada a producir efectos jurídicos, y permiten una amplia discusión y detenido análisis respecto de las clausulas, términos, objeto, consecuencias , entre otros. Para este autor, estos contratos surgen gracias a la contratación en masa que se da en la vida moderna (RODRÍGUEZ AZUERO, 2009: Págs. 114 y ss).

### **C) Estado Actual de la Autonomía de la Voluntad**

En Colombia los Arts. 16 y 333 de la Constitución Política enuncian el tema del libre desarrollo de la personalidad que se traduce en la autonomía de la libertad privada contractual, y en la libertad económica. Esto da cabida a que con la APV ya no es necesaria la influencia de la ley, sino que por el contrario con el solo acuerdo de voluntades en el contrato, ya puede llegar a ser válido.

La C- 993 de 2006, explica que el Art. 16 de la Constitución se

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI

## Octava Jornada de Medio Oriente

*“traduce en la facultad de las personas para auto regular su conducta en la vida social, reconocida por el ordenamiento jurídico, con sujeción a los límites impuestos por éste, y que se denomina autonomía personal. Una de dichas libertades es la económica o libertad de empresa, que los regímenes democráticos someten al límite del bien común, en armonía con el principio de la prevalencia del interés general (Arts. 333 y 2º C. Pol.), de la cual emana la libertad de contratación, es decir, la libertad de celebrar acuerdos con otras personas, con efectos vinculantes, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación y la satisfacción de las necesidades. Esta modalidad de la autonomía del individuo se ha denominado **autonomía de la voluntad privada (APV)** en el campo del Derecho Privado, esto es, en la rama del Derecho que regula las relaciones entre los particulares, en un plano de coordinación o paridad”.*

Esto es importante ya que nos aclara que aunque el principio de la APV, no está regulado como tal en la constitución, no quiere decir que no se tenga en cuenta al momento de regular las relaciones contractuales entre los particulares.

Hoy día ahí actividades de interés público que están restringidas por el mercado y por el concepto de confianza que se maneja en la contratación bancaria. La restricción limita en algún sentido el modo de actuación de los bancos debido a la intervención estatal. Dicha intervención se manifiesta en la forma como el Estado le indica a los bancos la manera de contratar, lo que implica que la APV de estos, está limitada y restringida.

El principio de APV se da en unos términos de igualdad material que no los da el mercado, ni el usuario mismo del sistema, sino que debe ser regulado por el Estado, a través de principios desde la actividad judicial.

Respecto a la actividad legislativa, lo que se establece es que debe existir una previsión y reacción respecto de las situaciones asimétricas a través de las normas, profiriendo así una ley especial que regula cada situación. En la contratación bancaria, es un ejemplo importante la ley 1328 de 2009.

La ley al prevenir y reaccionar frente a las situaciones, lo que está haciendo es apuntando al interés público mencionado anteriormente, es decir, lo importante en este caso es saber si la Ley 1328 de 2009 está realizada en pro de los usuarios de la contratación bancaria, para eliminar un poco las diferencias que se presentan entre consumidor y productor del servicio.

La APV actualmente respecto a la relación Estado – Particular, debe entenderse en el sentido que este último tiene la facultad de regular sus relaciones contractuales siempre y cuando se someta a los límites que impone la ley que son el orden público y las buenas costumbres.

### III. El Contrato Bancario a la luz de la ley 1328 de 2009

#### A. Generalidades

Para conocer como se regula la relación contractual es importante como primera medida revisar el concepto de derecho financiero, para llegar a la conclusión, de que

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

*en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI*

## Octava Jornada de Medio Oriente

el Banco es quien en la relación contractual puede llegar a acreditar la posición dominante.

Néstor Humberto Martínez indica que el derecho financiero es: “el conjunto de principios y normas que gobiernan la formación, el funcionamiento, la actividad y la liquidación ordenada de las instituciones que tienen por objeto la captación, el manejo, el aprovechamiento y la inversión de fondos provenientes del ahorro del público, así como el ofrecimiento de servicios auxiliares del crédito” (MARTÍNEZ NEIRA, 1994: Pág. 3).

Otro concepto importante es el de contrato bancario. Rodríguez Azuero indica que son los acuerdos que se celebran entre el banco y su clientela nacidos de una relación cuyo objeto es una operación bancaria.

El banco tiene dos tipos de clientes. Uno de tipo empresarial y otro los clientes comunes del banco. Estos son clientes bancarios en tanto que son sujetos pasivos de ciertos deberes genéricos del banco, con prescindencia de la calidad y de la intensidad del contacto jurídico habido entre ellos. El cliente general o el consumidor y usuario bancario padecen, de una inferioridad relativa frente al cocontratante (BARBIE, 2002: Págs. 69 y s.).

En la relación contractual, observada desde el Estado, se debe tener en cuenta la protección al consumidor bancario por considerarse este la parte débil en la relación contractual. Un aspecto para revisar es que el Estado debe restablecer el equilibrio en la relación contractual, sin embargo lo ideal sería que esta no se viera perjudicada desde el inicio, sino que por el contrario debería el Estado no reequilibrar la situación, sino evitar el desequilibrio desde el inicio.

La relación contractual debe regularse a iniciativa de los mismos contratantes. Si el banco y el usuario se “sentaran” a redactar el contrato probablemente las asimetrías en la relación jurídica no se presentarían, o por lo menos se disminuirán en un porcentaje importante. De aquí que sería viable la no intervención del Estado debido a que los límites contractuales los plantearía la parte que se sintiera disminuida en sus prestaciones.

Es claro con esto que la APV de los bancos tiene una regulación amplia, en el sentido que tienen la potestad de realizar sus operaciones financieras con el usuario que quiere, por la cantidad que quiere, y además de esto tienen de los la facultad de realizar el contrato que va a regular esa relación.

Entonces de aquí surge la necesidad de revisar algunos mecanismos para proteger al cliente que se encuentra una posición desfavorable frente a la del banco. Estos mecanismos pueden reducirse a dos. El primero de ellos recae en la facultad del juez de declarar nulas las cláusulas en los contratos que son manifiestamente desiguales en la relación contractual. El segundo mecanismo, se da a través de la ley, cuando planta normas imperativas, que no dan cabida a una modificación por parte de los particulares. Este tipo de leyes son las que en alguna medida prohíben a los bancos algunas prácticas (RODRÍGUEZ AZUERO, 2009: Págs. 178 y s.).

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI

Octava Jornada de Medio Oriente

## B) Los Contratos Bancarios en la ley 1328 de 2009

La ley 1328 de 2009 en su artículo segundo define los contratos de adhesión como aquellos “*elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose éstos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad.*”

Como se puede observar, el legislador prevé la alternativa o el uso de dichos contratos, pero en el desarrollo de la misma ley restringe la elaboración de los mismos. En este sentido la ley 1328, en su artículo 11 establece unas prohibiciones respecto al uso de ciertas estipulaciones 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.*<sup>3</sup>

Es importante tener en cuenta que el banco igualmente no vaya a caer en el error de generar Cláusulas predispuestas que en algunos casos puede llevar al desequilibrio contractual.

Por lo anterior deben las partes tener en cuenta los principios contractuales generales, y especialmente el de buena fe contractual. La Superintendencia Bancaria sostuvo que el Estatuto Orgánico Financiero, establece la obligación de obrar no solo dentro del marco de la ley, sino dentro del principio de buena fe y de servicio a los intereses sociales. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C.P. Delio Gómez Leyva. Sentencia del 19 de mayo de 2000. Expediente No. 9732.)

## C) Principios orientadores de la ley 1328

---

<sup>3</sup> Consecuencia jurídica de ello sería que Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI

## Octava Jornada de Medio Oriente

**“ARTÍCULO 3º. Principios.** Se establecen como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los siguientes:

**a. 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 éstos 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 (...).

**b. Libertad de elección.** (...) las entidades vigiladas y los consumidores financieros podrán escoger libremente a sus respectivas contrapartes en la celebración de los contratos mediante los cuales se instrumente el suministro de productos o la prestación de servicios que las primeras ofrezcan. La negativa en la prestación de servicios o en el ofrecimiento de productos deberá fundamentarse en causas objetivas y no podrá establecerse tratamiento diferente injustificado a los consumidores financieros.

**c. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.** Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas.

**d. Responsabilidad de las entidades vigiladas en el trámite de quejas.** Las entidades vigiladas deberán atender eficiente y debidamente en los plazos y condiciones previstos en la regulación vigente las quejas o reclamos interpuestos por los consumidores financieros y, tras la identificación de las causas generadoras de las mismas, diseñar e implementar las acciones de mejoras necesarias, oportunas y continuas.

**e. Manejo adecuado de los conflictos de interés.** Las entidades vigiladas deberán administrar los conflictos que surjan en desarrollo de su actividad entre sus propios intereses y los de los

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

*en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI*

## Octava Jornada de Medio Oriente

*consumidores financieros, así como los conflictos que surjan entre los intereses de dos o más consumidores financieros, de una manera transparente e imparcial, velando porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, sin perjuicio de otras disposiciones aplicables al respecto.*

**f. Educación para el consumidor financiero.** *Las entidades vigiladas, las asociaciones gremiales, las asociaciones de consumidores, las instituciones públicas que realizan la intervención y supervisión en el sector financiero, así como los organismos de autorregulación, procurarán una adecuada educación de los consumidores financieros respecto de los productos y servicios financieros que ofrecen (...)."*

El artículo 3° de la ley 1328 habla acerca de los principios que van a regir las relaciones entre consumidor financiero y banco. Del artículo se puede deducir que no solo pretende enunciar deberes del Banco, sino también derechos que adquiere el consumidor por el solo hecho de acceder al sistema financiero tal y como está planteado. La disposición enuncia como primera medida el deber de diligencia de los bancos al momento de ofrecimiento de sus productos y de la prestación del servicio a los consumidores, pero esto lleva implícito el derecho de los mismos (los consumidores) de que la información que reciban sea verídica, y completa. De igual manera se especifica el derecho de los consumidores de ser tratados con respeto y de buscar en la relación contractual una satisfacción de las necesidades del consumidor. Respecto al segundo principio este se concentra en la facultad del consumidor de escoger a su contratante.

En cuanto al tercer principio este es bien importante ya que se especifica claramente el deber de las entidades financieras de suministrar al consumidor una información cierta, suficiente, clara y oportuna, lo que se traduce en el derecho del consumidor de que reciban la información de la manera correcta, tal y como lo estipula la ley, aclarándole al consumidor la oportunidad para conocer sus derechos, sus obligaciones y los costos de las operaciones que tramitan.

De igual manera en el artículo se plantea la responsabilidad de los bancos de tramitar las quejas y reclamos de manera eficiente, cumpliendo con los plazos y las condiciones que les plantea la entidad que los vigila. Esto es bueno ya que gracias a esto el servicio que presta la entidad financiera se mejora porque cada vez que haya un contratiempo con un usuario al mejorarlo con este, mejora con los usuarios en general.

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI

## Octava Jornada de Medio Oriente

Acerca de los conflictos de intereses que se presentan, la ley deja claro que la entidad financiera debe resolverlos de manera transparente e imparcial.

El último de los principios que menciona la ley en este artículo 3, es uno de los más importantes ya que además de plantear que los usuarios deben estar plenamente informados acerca de los servicios y productos que presta la entidad, plantea que los usuarios deben conocer los mecanismos establecidos para la defensa de sus derechos. Al estar informado, este tiene la posibilidad de defender sus derechos, y de igual manera prevenir que le sean vulnerado antes incluso de que los transgreda la entidad vigilada.

**“ARTICULO 7º: Obligaciones especiales de las entidades vigiladas.** Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales:

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 los contratos y anexos que regulen las relaciones con los clientes, con claridad, en caracteres legibles a simple vista, y ponerlos a disposición de éstos para su aceptación. Copia de los documentos que soporten la relación contractual deberá estar a disposición del respectivo cliente, y contendrá los términos y condiciones del producto o servicio, los derechos y obligaciones, y las tasas de interés, precios o tarifas y la forma para determinarlos.”

Al plantearse esta situación es interesante la manera en que se protege al consumidor bancario, en el sentido de que la entidad vigilada debe al tiempo en que realiza el formato del contrato, abstenerse de plantear en el cláusulas que vayan en contra de los derechos de los mismos (cláusulas predispuestas). De igual manera lo protege al consumidor bancario ya que le da aplicación a los principios que se plantean en el artículo 3 en el sentido de que el cliente tiene el derecho a estar informado de la totalidad de las cláusulas estipuladas en el contrato, que incluyen las tasas de interés, los derechos y obligaciones de ambas partes, entre otras.

Lo anterior conduce a que el consumidor bancario tenga la posibilidad de satisfacer sus necesidades digamos crediticias, por medio de los contratos que le plantea el banco.

**“ARTICULO 11º: 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.

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI

## Octava Jornada de Medio Oriente

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.”

El artículo 11 es claro al indicar que las cláusulas o estipulaciones contractuales no pueden ser planteadas de manera abusiva, es decir, no pueden ir en contra de los derechos de los usuarios. Esto se refleja cuando la norma indica que las cláusulas no pueden referirse en ningún momento a acciones que hagan que los consumidores bancarios tengan limitaciones en el ejercicio de sus derechos. Igualmente se plantea que la entidad financiera no puede exonerarse de la responsabilidad que surja de sus acciones y que pueden desembocar en el quebrantamiento de los derechos de los usuarios.

**“ARTICULO 12: Prácticas abusivas.** Se consideran prácticas abusivas por parte de las entidades vigiladas las siguientes:

a. El condicionamiento al consumidor financiero por parte de la entidad vigilada de que éste acceda a la adquisición de uno o más productos o servicios que presta directamente o por medio de otras instituciones vigiladas a través de su red de oficinas, o realice inversiones o similares, para el otorgamiento de otro u otros de sus productos y servicios, y que no son necesarias para su natural prestación.

b. El iniciar o renovar un servicio sin solicitud o autorización expresa del consumidor.

c. la inversión de la carga de la prueba en caso de fraudes en contra de consumidor financiero.

d. las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia...”

Básicamente lo que debe resaltarse es que los derechos del consumidor financiero priman sobre los de la entidad. También debe tenerse en cuenta que en este artículo se refiere indirectamente la norma a la ética del banco, es decir, el banco no puede ni debe actuar en contra de los principios constitucionales.

### D. Algunas cuestiones sobre la ley 1328

Es claro que las leyes no son retroactivas. Sin embargo el hecho de que esta ley empezara a regir desde el primero de julio del 2010, implicó en su momento que las entidades financieras no tenían las obligaciones que plantea la ley, por tanto en muchos sentidos pudo haber transgredido los derechos de los consumidores, y sin embargo el Gobierno no hizo nada en el momento, aunque por otro lado aquí se retoma lo que decía al inicio, y es la actuación inversa del Estado, en el sentido de que la Corte era la que hacía las veces de “legislador” en el tema, y por esto era que las entidades financieras se frenaban un poco a realizar los contratos a su manera desprotegiendo los derechos de los usuarios.

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

*en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI*

## Octava Jornada de Medio Oriente

De lo anterior quedan entonces unas preguntas sin resolver ¿Cómo se regulara la protección al consumidor bancario antes de la expedición de la ley 1328 de 2009? ¿Sera posible que la protección al consumidor antes de la ley 1328 se siga dando en los términos de la actuación inversa del Estado, y la protección la siga dando la jurisprudencia?

Otro punto es que la entidad bancaria tenga la obligación de realizar el formato de los contratos, ya si esta sigue haciendo los contratos, estos nunca van a ser contradictorios a sus intereses, lo que lleva a que el usuario va a tener que seguir adhiriéndose a la voluntad del banco, sin tener la posibilidad de cambiarla. Esto no implica desde luego que el banco vaya a ser arbitrario al realizar los contratos, ya que la ley se lo prohíbe y le da unas pautas claro para realizarlo, pero de igual forma el Banco no va a realizar el contrato buscando defraudar sus intereses, por el contrario puede buscar la forma de al realizar el formato del contrato, evadir el mandato de la ley, y redactar algunas cláusulas abusivas.

La ley es especifica en que los contratos de adhesión únicamente quedan en manos de los bancos, y aunque se presentan prohibiciones de clausulas abusivas en los contratos, los usuarios van a ver restringida su APV esto debido a que la posibilidad sobre la elección del contrato se va a ver reducida a aceptar los términos del mismo o a rechazarlos, sin tener la posibilidad de transarlos.

Respecto al artículo 12 deberían dejarse claro que las cláusulas abusivas no deberían solo restringirse desde el momento de la entrada en vigencia de la ley, sino que debieron sancionarse desde el momento en que el legislador vio que la entidad financiera sacaba provecho de la situación de inferioridad del usuario.

### Síntesis

El Ordenamiento Jurídico Colombiano consagra la calidad de Interés y Servicio Público a aquellas actividades financiera, aseguradora, bursátil o que tengan que ver con el manejo o flujo de capitales. Dichas actividades, en virtud del artículo 335 de la Constitución Política, pueden ser objeto de intervención estatal en sus operaciones, incluyendo la contractual.

Siguiendo el criterio de la Cláusula General de Competencia, el Estado se encuentra legitimado para actuar en una secuencia legislativa-administrativa-judicial. Sin embargo, un rasgo característico del desarrollo de las intervenciones del Estado colombiano en la operaciones bancarias ha sido la fuerte presencia de los órganos jurisdiccionales en la restricción y orientación de las actuaciones de los bancos frente a los consumidores, a través de la Corte Constitucional –quien se ha manifestado en virtud de protección de Derechos Fundamentales- y de la Corte Suprema de Justicia –caracterizada por el uso de la interpretación como herramienta para el reequilibrio de las relaciones contractuales.

# V Congreso de Relaciones Internacionales

La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010

*en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI*

## Octava Jornada de Medio Oriente

Solo hasta el año anterior, el Legislativo ha proferido la ley 1328 de 2009, la cual se encarga expresamente de regular las relaciones entre el Banco y el Consumidor, especialmente en materia de contratación. Dicha ley consagra unos principios y unas obligaciones a los bancos en pro del consumidor, sin embargo, deja algunas cuestiones sin resolver, especialmente sobre la retroactividad de normas en algunas relaciones bancarias y en cuanto la protección de intereses de los bancos en el diseño de los contratos estándar o de adhesión.

Tanto los principios como las obligaciones consagradas por la ley 1328 de 2009 constituyen una limitante de la Autonomía de la Voluntad Privada, es decir, los bancos no pueden escoger plenamente las normas para el diseño de sus contratos. Esta restricción se verá, a futuro, en la elección de los estándares internacionales diseñados para los bancos. Si dichos estándares constituyen herramientas más adecuadas para la protección de consumidores y usuarios financieros, podría decirse que habrá una elección preferente de estos estándares. Si, en cambio, dichos estándares tratan indiscriminadamente a los clientes corporativos y a los consumidores y usuarios financieros, y los estándares tienden hacia una desprotección de los últimos, aquellos no podrán ser aplicados en Colombia, en virtud del carácter imperativo de las normas contenidas en la ley 1328 de 2009, las cuales protegen no sólo el interés de los consumidores sino también el Interés Público.

### Bibliografía

- ALTERINI, Atilio; LÓPEZ CABANA, Roberto. La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno, Ed. ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, Argentina, 1989, Págs. 36 y 37.
- BARBIE, Eduardo Antonio. Contratación Bancaria. Editorial Astrea. 2002. Ciudad de Buenos Aires. Pág. 69 y 70.
- DE BUEN LOZANO, Néstor. LA DECADENCIA DEL CONTRATO. Ed. Porrúa, S.A. Av. República de Argentina, 15. Mexico, 1986.
- DIEZ ESTELLA, Fernando. Derecho Mercantil. Recuperado el 15.08.10, de [http://fernandodiezestella.com/derecho\\_mercantil/Tema\\_15.pdf](http://fernandodiezestella.com/derecho_mercantil/Tema_15.pdf).
- IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. El tratamiento constitucional de la actividad financiera. Temas de derecho financiero contemporáneo. Editores: Sergio Rodríguez Azuero, Erick Rincón Cárdenas, Juan Jacobo Calderón Villegas. Editorial Universidad del Rosario. Año 2006. Pág. 73.
- MARTINEZ NEIRA, Nestor Humberto. Derecho Financiero Comparado. Sistemas Financieros. Biblioteca Felaban. 1994. Pág. 7.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. ¿ESTA EN CRISIS EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD? Revista de la Academia Colombiana de jurisprudencia. Julio-Diciembre. 1980 Pág. 102.

# **V Congreso de Relaciones Internacionales**

**La Plata 24, 25 y 26 de noviembre de 2010**

*en el año del Bicentenario de la Patria y del Vigésimo aniversario del IRI*

## **Octava Jornada de Medio Oriente**

- NAMEN VARGAS, William. LA LIBERTAD CONTRACTUAL: NEGOCIO JURIDICO Y CONTRATO. Consejo Superior de la Judicatura. Revista Judicial. Diciembre 2009.
- RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios y su significación en Latinoamérica. Sexta Edición. Legis. Agosto 2009. Pág. 114.
- SUESCUN MELO. Jorge. La Aplicación del Postulado de la Autonomía de la Voluntad en la Contratación de las Entidades estatales, en Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Ed. Legis, 2da. Edición, Bogotá, Colombia, 2005.