

**CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON LAS
ENTIDADES FINANCIERAS EN COLOMBIA.**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	Pág 6
CAPÍTULO I	Pág 8
1.1 EL CONTRATO BANCARIO.	Pág 9
1.2. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO BANCARIO.....	Pág 12
1.2.1 Relación con la Estructura Técnica.....	Pág 12
1.2.2 Carácter personalísimo.....	Pág 12
1.2.3 Internacionalización.....	Pág 13
1.2.4 Secreto Bancario.....	Pág 13
1.3 EL CONTRATO DE ADHESIÓN.	Pág 13
1.3.1 Teoría clásica- también llamada contractualista... ..	Pág 17
1.3.2 Teoría anticontractualista.	Pág 17
1.3.3 Tesis intermedia.	Pág 18

1.4 PRINCIPIOS EN LA CONTRATACIÓN.....	Pág 19
1.4.1 Principio de libre contratación.....	Pág 19
1.4.2 Principio de igualdad.....	Pág 20
1.4.3 Principio de la buena fe.	Pág 22
1.4.4 Principio de la autonomía de la voluntad.	Pág 22
1.4.5 Principio de equilibrio económico.	Pág 23
1.4.6 Principio de orden público.	Pág 23
CAPÍTULO II	Pág 26
2.1 CLÁUSULAS ABUSIVAS.	Pág 26
2.2 CONCEPTO DE PRÁCTICAS ABUSIVAS.	Pág 32
2.3 CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CLÁUSULAS AMBIGUA.....	Pág 33
2.4 ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS.....	Pág 34
2.4.1 Protección en cuanto a los listados enumerativos de cláusulas abusivas.	Pág 35
2.4.2 Listado Cerrado o taxativo de Cláusulas Abusivas.....	Pág 35
2.4.3 Listado Abierto o indicativo de Cláusulas Abusivas.....	Pág 35
2.4.4 Protección a través de desarrollos Jurisprudenciales.	Pág 36
2.4.5 Protección en cuanto a la calidad del usuario.	Pág 36
2.4.6 Protección en cuanto a la modalidad contractual.	Pág 39
2.4.7 Protección en cuanto a la legislación conveniente para regular a las cláusulas abusivas.	Pág 39

2.5 CASOS ESPECIALES DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.	Pág 40
CAPÍTULO III.....	Pág 49
3.1 SANCIÓN JURÍDICA APLICABLE A LA ESTIPULACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.	Pág 49
CAPÍTULO IV.....	Pág 53
4.1. LEGISLACIÓN COMPARADA: TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.	Pág 53
4.1.1 Legislación europea.	Pág 54
4.1.2 Legislación Española – OCU.	Pág 57
4.1.3 Legislación Argentina.	Pág 59
4.2. LEGISLACIÓN COLOMBIANA.	Pág 60
4.2.1 Constitución Política Nacional.	Pág 60
4.2.2 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.	Pág 62
4.2.3 Ley de General de Telecomunicaciones.	Pág 65
4.2.4 Código Civil y Código de Comercio.	Pág 66
4.2.5 Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.	Pág 70
4.2.6 Proyecto de Ley “Estatuto del Consumidor”.	Pág 72
CAPÍTULO V.	Pág 76
5.1 JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA	Pág 76
5.1.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.....	Pág 77
5.1.1.1 Expediente 1100113103018189320302 de 2.005.....	Pág 77
5.1.1.2 Expediente 3972 de 1.994.	Pág 79

5.1.1.3 Sentencia 5670 de 2001.....	Pág 80
5.1.2 CORTE CONSTITUCIONAL.....	Pág 82
5.1.2.1 Sentencia T – 468 DE 2.003.	Pág 82
5.1.2.2 Sentencia T – 1091 de 2.005.	Pág 84
5.1.2.3 Sentencia T - 626 de 2.005.	Pág 86
5.1.2.4 Sentencia T-204 de 2.004.	Pág 87
5.1.3 SUPERINTENDENCIA FINANCIERA.....	Pág 89
5.1.3.1 CIRCULAR EXTERNA 023 DE 2.005.....	Pág 89
5.1.3.2 CIRCULAR EXTERNA 023 DE 2.004.....	Pág 90
5.1.3.3 CIRCULAR EXTERNA 005 DE 2.003.....	Pág 91
5.1.3.4 CIRCULAR EXTERNA 016 DE 2.003.....	Pág.92
5.1.3.5 CIRCULAR EXTERNA 007 DE 1.998.....	Pág 92
CAPÍTULO VI.....	Pág 94
6.1. MECANISMOS DE PROTECCIÓN CONTRA EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS.	Pág 94
6.1.1 Estatuto del Consumidor.....	Pág 94
6.1.1.1 Ventajas.	Pág 95
6.1.1.2 Desventajas.....	.Pág 95
6.1.2 Sentencias de las Altas Cortes: Mayor alcance de protección al consumidor.....	Pág 96
6.1.2.1 Ventajas.	Pág 97

6.1.2.2 Desventajas.Pág 97
6.1.3 Acción de Tutela.Pág 97
6.1.3.1 Ventajas.Pág 99
6.1.3.2 Desventajas.Pág 100
6.1.4 Superintendencia Financiera.Pág 100
6.1.4.1 Ventajas.Pág 103
6.1.4.2 Desventajas.Pág 103
6.1.5 Defensor del Cliente.Pág 104
6.1.5.1 Ventajas.	Pág 107
6.1.5.2 Desventajas.	Pág 108
6.1.6 Ligas o Asociaciones de Consumidores.....	Pág 108
6.1.6.1 Ventajas.	Pág 111
6.1.6.2 Desventajas.	Pág 112
6.1.7 Proceso Judicial como última alternativa.....	Pág 112
6.1.7.1 Ventajas.....	Pág 113
6.1.7.2 Desventajas.....	Pág 113
7. CONCLUSIONES.....	Pág 115
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	Pág 125

INTRODUCCIÓN.

El actual proceso de globalización de los mercados exige el cumplimiento de normas y estándares internacionales en la prestación de servicios financieros y hace necesario promover la protección de los derechos y obligaciones de los usuarios. Dadas las implicaciones económicas y sociales que representa en la sociedad moderna la actividad bancaria, ésta es considerada en la gran mayoría de las legislaciones, incluyendo la Colombiana, como un servicio de carácter público. Al respecto, se pronunció el doctor Jorge Pinzón Sánchez en la XL Convención Bancaria y de Entidades Financieras, ASOBANCARIA, en junio 16 del año 2005, referente a la responsabilidad social de los empresarios y las empresas bancarias, dada la incidencia que tiene su actividad en el desarrollo social.

En nuestro país el auge de las entidades bancarias es cada vez mayor, pues día a día se incrementan los usuarios y los servicios del sistema financiero, situación que amerita un análisis a fondo de los derechos de los consumidores en el sistema bancario y, en especial, a las cláusulas abusivas que adoptan las

diferentes entidades bancarias en los contratos de adhesión celebrados con sus clientes.

Las relaciones contractuales entre las entidades financieras y sus usuarios deben estar enmarcadas dentro de los principios de equidad, debido proceso, buena fe, lealtad y libertad contractual, respeto de los actos propios e igualdad.

En su gran mayoría, los acuerdos suscritos entre los usuarios y los bancos corresponden a la celebración de contratos de adhesión, los cuales están permitidos en Colombia, pero deben respetar los principios enunciados anteriormente.

Con nuestra tesis se busca dar a conocer a los usuarios del sistema financiero sus derechos en relación con las cláusulas abusivas que en ocasiones se adoptan por las entidades financieras en sus contratos y los mecanismos de protección que ha dado la legislación colombiana a este fenómeno, con el fin de que no suscriban dichas cláusulas o eviten la efectividad de esas estipulaciones cuando ya suscribieron un contrato de adhesión en el cual se observe un abuso de la posición dominante de la entidad financiera, pues en estos casos, nuestras normas sancionan tales comportamientos abusivos.

CAPÍTULO I

A manera de preámbulo al tema de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre los usuarios del sistema financiero y las entidades financieras, consideramos importante realizar una introducción a los contratos bancarios, lo que nos permitirá entender plenamente el tema central de nuestra tesis. Por ello y teniendo en cuenta que las entidades financieras realizan la mayoría de sus operaciones a través de contratos denominados “de adhesión”, es necesario avocar el estudio de los mismos para determinar si en realidad estos constituyen verdaderos contratos, o por el contrario, si dichos actos son meramente unilaterales y como tales, desprovistos de las reglas de la discusión que preceden y caracterizan en nuestra normatividad a los contratos. Es así como se hace necesario determinar la naturaleza jurídica y características de los contratos de adhesión o de condiciones generales de contratación, es decir, de aquellos contratos preestipulados que se utilizan de forma masiva por parte de las entidades bancarias.

1. 1 EL CONTRATO BANCARIO.

Aunque esta clasificación no está expresamente consagrada en el Código Civil o el Código de Comercio Colombiano, ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina, gracias al auge del sistema bancario y a la masificación de sus productos. Como dijimos en nuestra introducción, esta forma de contratación en principio no está prohibida en nuestra legislación, pero se sanciona, para su control, el abuso de la posición dominante que puede generarse en la celebración de los contratos de adhesión.

En primer lugar, debemos decir que no existe un concepto legal de los contratos bancarios. Sin embargo, “La doctrina entiende por contrato bancario toda convención destinada a constituir o regular una relación que tenga por objeto la mediación o intermediación en el crédito o servicios conexos, realizados por un banco. Son necesarios, entonces, dos elementos para configurar la operación de banco. Por un lado, un elemento sustancial representado por la mediación o intermediación en la circulación del crédito, en la circulación del dinero; y por otro lado, un elemento formal, representado por la necesaria intervención de un banco.”¹

¹ <http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseContratosBanc01.htm>. Marzo 2 de 2.006.

De otra parte, el contenido de estos contratos está determinado por las cláusulas que la doctrina denomina predispuestas, llamadas así porque también son establecidas de antemano por el banco contratante; estas cláusulas constituyen la característica usual de las contrataciones masivas, pues es una consecuencia de la necesidad de uniformar el contenido de contratos cuya celebración se ofrece al público en general en número casi ilimitado. “La interpretación del contrato bancario tiene que realizarse de forma objetiva; los criterios señalados por la doctrina para tal efecto obedecen: al que indica que debe existir la mayor reciprocidad posible de intereses entre las partes; el de compatibilizar la finalidad objetiva del contrato desde el punto de vista social y económico en general; y la interpretación según la buena fe.”²

En los contratos bancarios celebrados entre el banco y sus clientes, es usual que los mismos se celebren a partir de cláusulas de adhesión o cláusulas predispuestas, es decir, a partir de formatos definidos con anterioridad por el banco, en los cuales el cliente no tiene participación en la discusión del contenido contractual como correspondería a la naturaleza de todo contrato. De esta forma, la participación del usuario bancario se limita a aceptar el clausulado a través de su firma.

² <http://www.jurisprudencia.gob.sv/explois/consultas/resultado.asp?nBD=1>. Marzo 2 de 2.006.

Hoy es un hecho cierto que el incremento de la población y, en consecuencia la producción en masa de los bienes y servicios hace que en nuestro diario vivir entablemos constantemente relaciones contractuales con otros individuos. Sin embargo, la modalidad contractual que los miembros de una sociedad de masas utilizan para vincularse jurídicamente no es el contrato tradicional o paritario, donde cada una de las partes contratantes, en ejercicio de su autonomía privada, decide libremente contratar y con igual libertad determinan el contenido de su contrato. “Por el contrario, en el tráfico patrimonial en masa, los contratos o relaciones jurídicas contractuales se desarrollan bajo otro esquema, otro sistema de contratación distinto al tradicional. Este sistema contractual tiene carácter masivo y estandarizado, donde uno de los contratantes (que denominaremos predisponente) predispone íntegra o parcialmente el contenido del contrato y la otra parte (que denominaremos adherente) acepta contratar adhiriéndose a las condiciones preestablecidas por el otro contratante.”³

Este sistema de contratación estandarizado o predispuesto es potencialmente utilizado por el sector empresarial y por regla general, es la forma de contratación por excelencia del sistema financiero, con el fin de abaratar costos y reducir el riesgo jurídico que implicaría desarrollar un contrato con cada uno de sus clientes.

³ ALTERINI, Atilio Aníbal, DE LOS MOZOS Jose Luis y SOTO Carlos Alberto. Contratación Contemporánea. Santa Fé de Bogota: Palestra Editores y Editorial Temis, 2.000. p. 375.

Siendo el contrato bancario un típico contrato de adhesión, estudiaremos a continuación esta modalidad contractual.

1.2 ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO BANCARIO.

1.2.1 Relación con la Estructura Técnica. Esta característica hace referencia a la formulación jurídica que es posible evidenciar en los Contratos Bancarios y la realidad técnico contable a la cual deben sujetarse. La contratación bancaria no puede desconocer la realidad operativa, pues ella es la que le permite satisfacer las necesidades de quienes participan en el mercado, dada la complejidad, diversidad, y el creciente número de operaciones mercantiles en la actualidad.⁴

1.2.2 Carácter personalísimo. Para el autor Rodríguez Azuero es indiscutible el carácter personalísimo de los contratos bancarios, pues pese a tratarse de un servicio público, los acuerdos se basan en la confianza recíproca entre cliente y banco y en las características personales y económicas de cada uno de ellos. En resumen, los contratos bancarios son “intuitu personae”, pues las características personales son determinantes en la celebración del contrato.

Esta particularidad del contrato bancario trata de proteger no solo a la entidad financiera, sino a la comunidad en general, para que la economía nacional sea

⁴ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios, su significación en América Latina. Bogotá. Ed, ABC Ltda, Cuarta edición, 1.997. pag 117.

sólida, ofreciendo oportunidades de acceso a la colectividad y garantizando al sistema bancario su rentabilidad y subsistencia.

1.2.3 Internacionalización. Rodríguez Azuero se refiere a la costumbre internacional como una característica de los contratos bancarios, pues en la práctica mercantil y gracias a la difusión de las Cámaras de comercio se incorporan reglas y usos uniformes en materia de derecho comercial.

1.2.4 Secreto Bancario. Es una obligación profesional de las entidades financieras, enfocada “a conservar la privacidad de las fuentes, el destino, la cuantía, etc., de las operaciones celebradas por cuenta de su clientela, así como la de los estados financieros e informes particulares sobre sus actividades comerciales que ordinariamente presentan sus clientes a los bancos, como requisito para la tramitación de las distintas operaciones.”⁵

1.3 EL CONTRATO DE ADHESION.

Messineo define el contrato de adhesión como “aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes de manera que el otro no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas, de tal suerte que este último no presta colaboración alguna a la formación del consentimiento

⁵ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios, su significación en América Latina. Bogota. Ed, ABC Ltda, Cuarta edición, 1.997. pag 120.

contractual, quedando así sustituida la ordinaria determinación bilateral del contenido del vínculo por un simple acto de aceptación o adhesión al esquema predeterminado unilateralmente”⁶

Esta modalidad de contratación también se conoce como condiciones generales, las cuales son estipulaciones ligadas a la contratación masiva, en los que la entidad financiera utiliza un mismo formato para todos los individuos que acepten el contrato por ella presentado.

Ahora bien, por ser el contrato bancario el típico contrato de adhesión, destacamos en él las siguientes características: “la unilateralidad, en el sentido de que sólo una de las partes establece las estipulaciones del contrato y la adhesión, que coloca a la otra parte en la alternativa inmodificable de la aceptación o el rechazo íntegro de la oferta, con libertad de aceptar o no.”⁷

Tratándose de contratos de adhesión, para determinar la validez de los mismos, deberá analizarse e interpretarse en su conjunto el clausulado predisuesto, con el fin de detectar cargas desproporcionadas para el adherente o ventajas excesivas para el predisponente, en virtud de una integración interpretativa de todo el contrato, lo que determinará el rompimiento del equilibrio contractual.

⁶ MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires: Ed. Ejea, 1.971.p. 483.

⁷ ALTERINI, Op. Cit. P. 412.

Algunos autores, se han encargado de señalar ciertos requisitos que deben contener los contratos de adhesión para su legalidad, así: “En cuanto a los requisitos de admisión o de incorporación al contrato de las condiciones generales, estas son: cognoscibilidad, facilitación y claridad. No se requiere de su efectivo conocimiento y comprensión por parte del adherente, sino simplemente de la posibilidad efectiva de conocerlas en virtud de los medios de información que el proponente independientemente del alcance del mismo y contenido de las cláusulas, debe poner a disposición de aquel, en desarrollo de un deber de lealtad impuesto por la buena fe y que debe cumplirse en forma adecuada a la tipicidad del respectivo contrato”.⁸

“La libertad del adherente, debe ser entendida como la posibilidad o el derecho de discusión de todos los ángulos del contrato en un plano de igualdad no solo formal sino también económica con el predisponente.”⁹

Para proteger esa libertad del adherente, las cláusulas contenidas en los contratos bancarios deberán cumplir los siguientes requisitos:

⁸ PINZON SÁNCHEZ, Jorge. Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano, revista 17.p. 90.

⁹ Ibid. p. 76.

- Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin referencia a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual.

- Entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado.

- Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.¹⁰

Como ya se manifestó, en Colombia están permitidas las condiciones generales de contratación o contratos de adhesión, pero se castiga el abuso de la posición dominante, el cual rompe el equilibrio contractual y atenta contra el orden público y otros principios del derecho como la libertad contractual, respeto de los actos propios y el abuso del derecho.

¹⁰ www.jccm.es/vivienda/tucasa/capitulo4.htm

El contrato de adhesión se caracteriza por que en él las partes que contratan ya no elaboran conjunta y equitativamente los contenidos del acuerdo de voluntades, no media entonces la diferenciación dadas las necesidades de los adherentes, y en muchas ocasiones en estos contratos se presentan circunstancias en las que el predisponente abusa de su condición jurídica e incluye cláusulas que le benefician y que gravan injustificadamente a su co-contratante, lo cual genera un efecto de desequilibrio contractual.

De ahí, que se cuestione la naturaleza contractual de los contratos de adhesión o del contrato predispuesto. Se pregunta la doctrina si éste es un verdadero contrato. Al respecto existen varias teorías:

1.3.1 Teoría clásica- también llamada contractualista. Postula la desaparición de cualquier división entre el llamado contrato tradicional o paritario y el contrato por adhesión, ya que ambos requieren una doble voluntad del ofertante o predisponente y la del adherente.

1.3.2 Teoría anticontractualista. Como su nombre lo indica, excluye la noción del contrato al plantear que el contrato por adhesión es un acto unilateral ya que no hay igualdad entre dos partes para definir los aspectos a regular en el negocio jurídico.

1.3.3 Tesis intermedia. Esta corriente entiende el contrato de adhesión como un negocio de base contractual y fondo reglamentario, y lo denominan también acto – condición, ya que uno de los contratantes impone su voluntad a otro, obligando al legislador a intervenir para asegurar la protección del más débil.

Consideramos que esta tesis es la que más se ajusta a la naturaleza de los contratos de adhesión, al entender que son verdaderos contratos; pues el adherente conserva la potestad de elegir si se adhiere o rechaza el contrato predispuesto. Además es un hecho cierto, que no todo contrato de adhesión implica el abuso de posición dominante o la imposición de cláusulas abusivas por parte de la entidad financiera, pues es posible que tales contratos estén acordes con los derechos del cliente o usuario bancario y contengan un clausulado que respete el equilibrio contractual, mediante estipulaciones que no contengan cargas excesivas e injustificadas para el usuario.

De esta manera, sólo cuando se rompe el equilibrio contractual mediante la imposición de cláusulas que no fueron suscritas por el usuario de manera libre y espontánea, sino ante la necesidad o urgencia de adquirir un servicio ofrecido por la entidad financiera, estamos ante la presencia de una cláusula abusiva, situación que configura un abuso de la posición dominante por parte del banco.

Se concluye de lo anterior, que no todo contrato de adhesión es abusivo: Este es perfectamente válido si respeta los principios contractuales, en especial el equilibrio entre las partes y si no impone condiciones abusivas para el usuario,

1.4 PRINCIPIOS EN LA CONTRATACIÓN.

En materia contractual, la doctrina ha definido ciertos principios aplicables a todos los contratos, incluidos los de adhesión o predispuestos, los cuales sirven como guía a los individuos para su actuación en la celebración y ejecución de los contratos. En este capítulo primero, se enunciarán los principios más relevantes de la contratación, los cuales tendrán plena aplicación en el capítulo número II, dedicado a las cláusulas abusivas en los contratos del sistema financiero.

1.4.1 Principio de libre contratación. Alude a la libertad económica que deben tener las partes para regular sus relaciones contractuales. Según este principio, en todo negocio jurídico los pactos o cláusulas deben ser libremente conocidos y consentidos por las partes.

Este principio constitucional de libre contratación ha sido resumido por el Doctor Luis Ricardo Rodríguez Vargas en cuatro elementos:

- “La libertad para elegir al co-contratante

- La libertad en la escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación principal que lo concreta.
- La libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación.
- El equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones, equilibrio que reclama, a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales, la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí, y además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato.”¹¹

En los contratos bancarios este principio es restringido toda vez que la participación de adherente está limitada al conocimiento pleno del clausulado y a la potestad que tiene de elegir si se adhiere o no al negocio jurídico. De esta forma, el adherente no posee la facultad de diseñar el contenido y es ajeno a la discusión del contrato.

1.4.2 Principio de igualdad. “La doctrina distingue la igualdad (desigualdad) jurídica de la igualdad (desigualdad) económica. La igualdad jurídica presupone que ambos contratantes son iguales frente a las normas que rigen los contratos (y antes, de manera general respecto de la ley): que no existen privilegios fundados sobre la naturaleza de la persona que contrata. Se parte entonces de una igualdad

¹¹ Curso de derecho de los contratos 1. Luis Ricardo Rodríguez Vargas.

en el punto de partida del contrato y en este contexto nadie debe poseer una posición de prioridad o de privilegio, de manera de prevalecer sobre el otro. Es claro que no puede hablarse de paridad jurídica cuando hay obligación de contratar, bien podría hablarse de necesidad de contratar, que se configura por la imposibilidad para el contratante de sustraerse a estipular el contrato o de acudir a otros oferentes, pues estos operan con las mismas condiciones, como comúnmente sucede en el sector de bancos y seguros.

A esa igualdad jurídica sigue la económica (o de hecho), que es la igualdad relativa de sacrificios que asumen las partes, la cual, solo cobra sentido tratándose de contratos onerosos.”¹²

Aplicando esta diferenciación de igualdad jurídica e igualdad material, a nuestro caso concreto de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con las entidades financieras, decimos que el usuario podrá tener una igualdad económica en el contrato, es decir, en el caso de un crédito el banco experimenta, en principio, una pérdida económica al prestar su dinero y el cliente experimenta una pérdida económica aproximada al pagar los intereses de dicho crédito y garantizar el mismo con hipotecas, prendas o codeudores, pero la igualdad jurídica se ve amenazada o vulnerada constantemente por las entidades financieras, las cuales por su carácter de servicio público, saben que el cliente requiere su préstamo con

¹² REZZÓNICO, Juan C. Principios fundamentales de los contratos. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1.999. p. 306.

urgencia y aprovechan esta situación para pactar cláusulas de manera unilateral, que en muchas ocasiones implican abuso de su posición dominante en el mercado, vulnerando el principio de igualdad jurídica que ha desarrollado la doctrina para proteger al cliente del sistema financiero.

1.4.3 Principio de la buena fe. La Corte Constitucional ha afirmado que la buena fe comercial es entendida como la actuación bajo los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad, en los actos comerciales entre particulares.

El principio comentado se refiere a la exclusión del dolo en la celebración de los contratos, a no causar daño y a no actuar contrario a derecho.

De esta forma y para el caso que nos ocupa, no existirá buena fe contractual en el contratante que teniendo la posibilidad de diseñar los contenidos del contrato, incluya en la redacción excesos que lo beneficien y que perjudiquen exclusivamente al contratante que se adhiere.

1.4.4 Principio de la autonomía de la voluntad. En Colombia se reconoce el principio de la autonomía de la voluntad, entendido como el poder o facultad que tiene todo ciudadano para regular sus intereses y escoger libremente sus relaciones contractuales, respetando las normas imperativas, el orden público y

las buenas costumbres. En el caso de los contratos bancarios por adhesión, se presenta este principio en el entendido de que el adherente siempre podrá decidir si acepta o no los términos del contrato.

1.4.5 Principio de equilibrio económico. “Busca que en determinados contratos haya una proporción equitativa entre hechos y objetos debidos y trata de evitar las formas de desequilibrio contractual, principio que no se aplica a los contratos aleatorios. Sin temor a equívocos, podemos afirmar que este es un principio rector en la interpretación del contrato bancario, ya que el rompimiento de dicho principio o su desconocimiento es el que conlleva a dejar sin validez la cláusula abusiva.

Dentro de las características de este principio, debemos considerar la conservación y reestablecimiento del equilibrio económico de las partes, puesto que una vez suscrito el contrato, la voluntad y finalidad de ellas consiste en recibir un beneficio económico, que se debe cumplir sin causar perjuicios a su contraparte.¹³

1.4.6. Principio de orden público. “El orden público ha sido definido como la observancia de ciertos principios permanentes e inmutables, impuestos por la naturaleza humana y revelados o conocidos por la recta razón, como son los dictados de la justicia universal, y que requiere igualmente el mantenimiento de otras condiciones generales que no pueden pretender análoga validez absoluta,

¹³ www.Ccquito.org/desarrollo/portal.nsf. Marzo 2 de 2.006.

pero que deben preservarse y no pueden ser alteradas inopinada o bruscamente sin acarrear hondas conmociones en el medio social, tales como la organización política reinante y el desarrollo ordenado de los procesos económicos y de las actividades publicas y privadas que en estos participan”.¹⁴

Se concibe entonces el orden público como un conjunto flexible de principios religiosos, morales políticos y económicos, predominantes en determinado medio social y que se miran como indispensables para la conservación de éste.

Nuestro país no escapa a que la aplicación del principio de orden público, encaminado a proteger la parte débil en los contratos de adhesión a través de la regulación imperativa de los temas mas trascendentales en lo referente a derechos humanos y en materia económica, todo con el fin de proteger a la sociedad, por ejemplo, en cuanto a la regulación de intereses en los contratos de mutuo de las entidades financieras, normas que tratan de darle plena aplicación o tratan de hacer realidad los postulados del principio de orden público.

Podemos afirmar de esta primera parte, que los contratos bancarios no responden a la clasificación tradicional de los contratos, ya que siempre las entidades financieras utilizan los contratos de adhesión en sus relaciones con los clientes y, en consecuencia, el cliente o usuario no participa en la conformación de las cláusulas contractuales, situación que hace necesaria la protección estatal para

¹⁴ OSPINA, Op. Cit. P. 11.

evitar abusos que perjudiquen al usuario de cualquier producto o servicio financiero que requiera.

De conformidad a lo narrado, desde ahora podríamos señalar que entre nosotros tienen plena validez los contratos de adhesión, lo que se sanciona es el abuso de la posición dominante mediante la estipulación de cláusulas abusivas.

CAPÍTULO II

2.1 CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Como expresamos anteriormente, el contrato bancario es un claro ejemplo del contrato de adhesión y, es precisamente en este tipo de contratos donde encontramos con mayor frecuencia lo que se ha denominado “*cláusulas abusivas*”. En efecto, una de las principales situaciones que ha afectado la imagen del sistema bancario, tiene que ver con la aplicación de cláusulas en las cuales las entidades bancarias abusan de su posición dominante en el mercado e imponen a los clientes o usuarios disposiciones que atentan contra el equilibrio contractual que debe prevalecer en las relaciones jurídicas. Por lo anterior, en este capítulo estudiaremos las cláusulas abusivas en el sistema bancario, con el fin de que los usuarios puedan entender y conocer que significa la misma y lograr de esta manera establecer los casos más frecuentes en los cuales se configura un abuso bancario.

Para comenzar, acudimos a diversas definiciones aceptadas comúnmente de lo que significa una cláusula abusiva:

Se considerarán abusivas todas las cláusulas o condiciones de los contratos predispuestos que atribuyan al predisponente, derechos y facultades exorbitantes o que introduzcan limitaciones o restricciones en los derechos y facultades de los adherentes. Igualmente, serán abusivas las cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades del predisponente o cuando aumenten las obligaciones y cargas del adherente, trayendo como consecuencia una desnaturalización o desequilibrio en la relación jurídica creada por el contrato. En tales supuestos, no habrá, desde luego, un respeto al principio general de la buena fe, entendido éste, como un faro rector en la negociación, celebración y ejecución del contrato, así como fuente de la voluntad contractual.¹⁵

Entonces, una cláusula será abusiva cuando en la relación contractual exista:

- a) Una desviación del principio de la buena fe contractual.
- b) Una desnaturalización o desequilibrio de la relación contractual.
- c) Un detrimento o perjuicio en contra del adherente al esquema contractual.

¹⁵ PINZON SÁNCHEZ, Op. Cit. p. 72.

d) Una atribución exorbitante en favor del predisponente del esquema contractual.¹⁶

La Directiva Europea 93/13/CEE del Consejo del 5 de abril de 1.993, denominada PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR, Cláusulas Abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.¹⁷

En el sistema financiero concretamente, “se consideran cláusulas abusivas aquellas que otorgan a la entidad financiera o banco, facultades exorbitantes sobre el contrato, tales como modificación unilateral en cualquier momento del contrato, facultad unilateral de interpretación, exigencia de sobregarantías, resolución de la relación contractual por motivos insignificantes, incluso que no ha llegado a incidir en el contrato, como el retraso en el pago de un sólo recibo, o que el banco entienda que ha disminuido la solvencia del cliente, o por haber arrendado la finca hipotecada o por no haber pagado el recibo de la contribución urbana (solo puede hacerlo como en cualquier relación contractual, cuando haya

¹⁶ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. Tomado de www.hechosdelajusticia.org: Las Cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en el contrato predispuesto.

¹⁷. Directiva Europea 93/13/CEE del Consejo del 5 de abril de 1.993, denominada PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.

un incumplimiento grave), o sanciones excesivas por incumplimiento del usuario en forma de intereses, comisiones, o resolución, así como la renuncia a derechos irrenunciables, supuestas declaraciones del cliente de recepción de documentos o de conformidad con hechos ficticios”¹⁸, y en fin, son muchos los eventos en los cuales se configura una cláusula abusiva, con la proliferación actual de contratos entre entidades bancarias y usuarios de las mismas.

Sin embargo, es importante aclarar que si bien es cierto que los bancos casi siempre utilizan los contratos de adhesión, pueden presentarse cláusulas abusivas en otros contratos que no se desarrollen bajo esta modalidad contractual.

En cada cláusula celebrada entre la entidad financiera y el usuario, será necesario comprobar el desequilibrio entre las partes, es decir, la ventaja excesiva por una parte, o el cargo excesivo para la otra. Al fin de cuentas lo que caracteriza la cláusula abusiva es la falta de equivalencia entre las situaciones de las partes contratantes, una de las cuales se encuentra en una situación desventajosa frente a la otra.

“Los defensores de los contratos de adhesión, explican que la utilización eficiente de los recursos derivada de las economías de escala y de la nacionalización en general, además de interesar individualmente al empresario para maximizar su

¹⁸ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. El consumidor ante los préstamos. En un mar de dudas. p. 10.

ganancia y reducir sus riesgos, es útil también para la colectividad, de manera que la predisposición de condiciones generales no es por si misma abusiva. Lo anterior no significa que los adherentes en general y en particular los consumidores sean en nombre de la eficiencia económica reducidos a un simple instrumento más dentro del proceso de producción, comercialización y consumo. ¹⁹

Por lo anterior, lo que debe evitarse a toda costa es el abuso de la posición dominante de los bancos, dado que algunas entidades financieras con situaciones fácticas de equilibrio contractual, han demostrado que pueden suscribir contratos de adhesión con sus usuarios, respetando sus derechos.

Ahora bien, la consideración de un desequilibrio en la situación de hecho de las partes en el momento de contratar, es totalmente irrelevante para los códigos tradicionales, diseñados a partir del supuesto de la igualdad y libertad de los ciudadanos contratantes. De ahí que los gobiernos actuales deben preocuparse por crear leyes que regulen específicamente esta materia de las cláusulas abusivas de los bancos de acuerdo a las necesidades actuales de los usuarios.

Para explicar mejor el párrafo anterior, los códigos Civil y de Comercio Colombianos, no desarrollan las cláusulas abusivas, y se limitan a proteger a las

¹⁹ PINZON SÁNCHEZ, Jorge. La responsabilidad Social Empresarial y las utilidades societarias: El caso bancario; mas que cuanto, como y en que. Intervención del Superintendente Bancario de Colombia, en la XI Convención Bancaria y de Entidades Financieras, Cartagena de Indias, 16 de junio de 2.005.

partes de un desequilibrio económico relevante mediante la lesión enorme, pero desconocen las situaciones de hecho iniciales de las partes que pueden dar origen a un abuso no solo desde el punto de vista económico sino también en función de cargas desproporcionadas o a partir de una vulneración de los derechos en virtud de una posición dominante de una de las partes.

Para evitar este tipo de abusos de las partes no consagrados en nuestros códigos tradicionales, el autor Cristian Larroumet plantea que se “compare la cláusula que una parte pretende abusiva, con el conjunto de los derechos y obligaciones generados por el contrato, en beneficio y en detrimento de cada una de las partes contratantes. De hecho, una cláusula aisladamente contemplada no puede ser abusiva, de una manera abstracta. Podrá aparecer como tal solo después de un análisis del conjunto de las disposiciones del contrato en el que está estipulada. El carácter abusivo de una cláusula se aprecia con referencia al momento de la conclusión del contrato, a todas las circunstancias que rodean su conclusión, así como a todas las otras cláusulas del contrato”.²⁰

En conclusión, lo reprochable de las condiciones generales es únicamente cuando se presenta un desequilibrio económico, causado en la mayoría de los casos por el abuso de la posición dominante, pues de lo contrario, las cláusulas predispuestas constituyen una forma lícita de contratación que también tienen aspectos positivos, tales como la agilidad en el contrato. A esta opinión nos

²⁰ LARROUMET, Op. Cit. p. 176.

adherimos, pues de entrada no se debe rechazar la posibilidad de suscribir contratos de adhesión, ya que solo se debe sancionar el abuso de la posición dominante por parte de la entidad financiera.

2.2 CONCEPTO DE PRÁCTICAS ABUSIVAS.

Consideramos de gran importancia para el tema de nuestra tesis, desarrollar el concepto de prácticas abusivas, como una ampliación al concepto de cláusulas abusivas.

En España, la protección a los abusos bancarios va inclusive mucho más allá de las cláusulas abusivas, pues se equipara el tratamiento entre cláusulas abusivas y prácticas abusivas. Estas últimas, que responden a comportamientos generalizados que no se reflejan en el contrato.²¹

En nuestro concepto es importante esta ampliación Española de cláusula abusiva a práctica abusiva, pues es cierto que muchos casos de abusos de posición dominante por parte de los bancos, corresponden a conductas o comportamientos que no quedan documentados en el contrato. Lo anterior, nos permite afirmar que la protección al usuario del sistema financiero debe ampliarse en todas las legislaciones a las prácticas abusivas, dado que muchos abusos no pueden

²¹ [www. Consumo-inc.es](http://www.Consumo-inc.es). El gobierno aprueba el proyecto de ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios y lo remite al Congreso para su tramitación parlamentaria. Marzo 2 de 2.006.

probarse en el contrato celebrado entre el usuario y el banco, pues este último simplemente omite pronunciarse sobre un tema específico y luego, por fuera del contrato, fija sus políticas abusivas.

En la práctica bancaria en muchas ocasiones, no es en la celebración del contrato de adhesión, sino en su desarrollo contractual o en la ejecución de sus obligaciones que se presentan situaciones o conductas que se pueden calificar como abusivas, así no estén escritas en el contrato, las cuales atentan contra el equilibrio contractual, en cuyo caso también debe protegerse al usuario bancario de este tipo de conductas.

2.3 CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CLÁUSULAS AMBIGUAS.

Es relevante diferenciar entre cláusula ambigua y cláusula abusiva, definiciones que a veces tienden a confundirse pero que obedecen a supuestos de hecho muy diferentes. Podemos entender la cláusula ambigua, como aquella que no es redactada de manera clara y se presta para varias interpretaciones. En Colombia, la cláusula abusiva se presenta cuando el predisponente, prevaliéndose de la posición dominante, consigna textos que implican o conllevan una situación de desventaja en perjuicio del adherente.

La cláusula ambigua se interpreta a favor del deudor si se trata de un contrato de libre discusión y a favor del adherente si estamos frente un contrato de adhesión, con independencia de quien es deudor o acreedor; en cambio la consecuencia de la cláusula abusiva es la ineficacia o la nulidad de la cláusula (dependiendo de la posición que se asuma y que trataremos más adelante en este capítulo) o la nulidad o ineficacia de todo el contrato si este no puede subsistir sin dicha cláusula.

2.4 ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

En cuanto al ámbito de protección en lo que se refiere a las cláusulas abusivas, es importante definir el alcance de esta protección, es decir, definir si esta protección a los consumidores frente a las cláusulas abusivas es más efectiva a través de un listado cerrado de cláusulas declaradas abusivas, o un listado abierto el cual establece algunos ejemplos, sin carácter taxativo, o si la protección a este tipo de cláusulas se logra a través de un desarrollo jurisprudencial.

Así mismo, establecer si la protección a los consumidores derivada de los abusos bancarios, debe cobijar a todos los consumidores en general (tanto a los profesionales como a los no profesionales), o solo a los consumidores no profesionales.

2.4.1 Protección en cuanto a los listados enumerativos de cláusulas abusivas. El sistema más eficaz de protección para los consumidores es aquel que no limita la protección a ciertas cláusulas enumeradas en la ley.²²

2.4.2 Listado Cerrado o taxativo de Cláusulas Abusivas. En efecto, un sistema de enumeración limita en forma considerable el amparo contra las cláusulas abusivas. Su única ventaja está en evitar el arbitrio del juez, el cual de acuerdo al autor Cristhian Larroumet, “solo podría evitarse gracias a un control de las decisiones de justicia por parte de la Corte Suprema, a la luz de una definición legal precisa de la cláusula abusiva.”²³

2.4.3 Listado Abierto o indicativo de Cláusulas Abusivas. Otra manera de protección para las cláusulas abusivas podemos encontrarla en un listado de carácter indicativo de cláusulas que “pueden ser declaradas abusivas”, lo cual es todo lo contrario de una lista negra o taxativa de cláusulas.²⁴

Esta lista indicativa es la también denominada lista gris, en la cual sólo se enumeran ciertos ejemplos representativos en los cuales se configura una cláusula abusiva, y ciertos casos pueden quedar por fuera de la lista, lo cual no

²² LARROUMET, Op. Cit.p. 167.

²³ LARROUMET, Op. Cit.p. 168.

²⁴ LARROUMET, Op. Cit.p.168.

sería problemático, pues tratándose de una lista gris, por analogía esta podría hacerse extensiva a otros eventos similares.

2.4.4 Protección a través de desarrollos Jurisprudenciales. En cambio, en otras legislaciones, como sería en nuestro caso, no hay listas negras ni grises para la protección del consumidor. En estos casos, sólo el desarrollo jurisprudencial ha permitido la efectiva protección de los usuarios. Sin embargo, aunque este mecanismo puede proteger al adherente, lo cierto es que presenta muchos vacíos y en estos países se hace necesaria una consagración legal, con el fin de dar un trato igualitario a todos los usuarios del sistema financiero, sin depender totalmente de la interpretación judicial.

Se sugiere un listado abierto de cláusulas abusivas, el cual debe complementarse con un amplio desarrollo jurisprudencial.

2.4.5 Protección en cuanto a la calidad del usuario. Frente al ámbito de protección en lo que se refiere al usuario, encontramos diferentes posiciones en cuanto a la calidad de la persona que suscribe una cláusula abusiva.

En algunas legislaciones, la protección a las cláusulas abusivas esta dirigida únicamente a los consumidores no profesionales, entendiendo consumidor como aquel que celebra contratos por otras necesidades diferentes a su profesión,

posición que pensamos se queda corta en la actividad comercial que involucra tanto profesionales como no profesionales.

En efecto, compartimos lo que al respecto expone el autor Cristhian Larroumet, posición según la cual, se debe proteger a todos aquellos que siendo parte de un contrato de adhesión, no han negociado libremente el contenido del contrato, sin importar que sean o no profesionales.²⁵ En conclusión, la protección a los abusos bancarios debe abarcar tanto a los consumidores no profesionales como a los consumidores profesionales.

La anterior protección al usuario con independencia de que sea profesional o no profesional, es la que asume el derecho alemán, la cual consideramos es la solución más acertada frente a la efectiva protección contra las cláusulas abusivas de las entidades financieras, pues “si bien es cierto que el consumidor se encuentra desarmado frente a un profesional que puede abusar de una posición de fuerza, también es cierto que un buen número de profesionales se encuentran desarmados frente a otros profesionales que pueden abusar de su posición de fuerza”.²⁶

²⁵ LARROUMET, Op. Cit.p.171

²⁶ LARROUMET, Op. Cit.p.172.

“Las condiciones generales de contratación también pueden comprometer la libertad e igualdad de los propios empresarios y hay que reconocer que la equidad contractual no puede ser un privilegio reservado a los consumidores”.²⁷

Las reglas que controlan el abuso de las condiciones de contratación pretenden preservar el equilibrio contractual, de manera que su objetivo no consiste en crear una igualdad material inexistente entre los contratantes, sino en asegurar la existencia de una relación equitativa entre el predisponente y el adherente, esto es, que haga referencia a una proporción justa, de acuerdo con los límites legales. “Y siendo así las cosas, también los empresarios, por aquello de la igualdad, precisamente, tienen derecho a la equidad contractual bien sea en sus relaciones con los consumidores, la cual suele darse por sentada o con otros empresarios. Por parte de los empresarios más fuertes de un sector, también pueden darse abusos en contra de empresarios débiles, creándose así verdaderas restricciones indebidas a la libre competencia”.²⁸

Por lo anterior, se concluye que la verdadera razón de ser de la protección contra las cláusulas abusivas se encuentra en una relación de fuerza que es desfavorable a una de las partes contratantes, ya sea profesional o consumidor. En otras palabras, hay que privilegiar la ausencia de negociación de la cláusula o

²⁷ LARROUMET, Op. Cit.p. 178

²⁸ PINZON SANCHEZ, Op.Cit. p 93.

del contrato que contiene la cláusula a través de la protección del usuario del sistema financiero.

2.4.6 Protección en cuanto a la modalidad contractual. En cuanto a la protección al consumidor referido al tipo de contrato, se ha discutido si la protección debe aplicarse solo a los contratos de adhesión o si esta también debe proteger a los contratos que se negocian libremente entre las partes.

La solución de la Directiva Europea concierne a todos los contratos y no sólo a los contratos de adhesión. Lo que se contempla en la directiva es la cláusula. En otros términos, el criterio de protección se funda sobre la falta de negociación de la cláusula y no del contrato entero e incluso para la Directiva, cuando la cláusula ha sido estipulada en un contrato de adhesión, se presume la falta de negociación.²⁹

En conclusión, la protección frente a las cláusulas abusivas celebradas en el sistema financiero, debe darse con independencia de la calidad de las partes, y del tipo de contrato suscrito, aunque tratándose de entidades financieras, lo más usual es que estas se presenten en los contratos de adhesión.

2.4.7 Protección en cuanto a la legislación conveniente para regular a las cláusulas abusivas. Hay una discusión acerca de la legislación conveniente para

²⁹ Directiva Europea 93/13/CEE del Consejo del 5 de abril de 1.993, denominada PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.

regular sobre el tema de las cláusulas abusivas. Dado que la contratación masiva es una técnica de origen mercantil que se ha generalizado, para algunos autores el control a dichas cláusulas debe ser de derecho económico. Para otros el control a esta cláusulas debe ser civilista, porque obedece según el autor Jorge Pinzón Sánchez, a una mayor conciencia acerca de la fundamentación ética y del propósito social de la regulación jurídica de la vida de las personas y además porque el derecho comercial se nutre de los principios y reglas propios del derecho civil para la regulación de las obligaciones contractuales.

Finalmente otros autores afirman que este tema debe regularse en una ley especial.

Opinamos que este tema no tiene mayor trascendencia, pues lo que se requiere con urgencia es la protección real y efectiva del usuario, con independencia de si esta protección hace parte del Código de Comercio, Código Civil o un Estatuto Independiente.

2.5 CASOS ESPECIALES DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.

A continuación enunciaremos casos concretos relacionados con las entidades financieras, en los cuales se ha aceptado que hay un abuso de la posición dominante por parte de éstas, es decir, situaciones concretas en las cuales se

considera que la cláusula es abusiva en contratos celebrados entre el consumidor y la entidad bancaria, con el fin de proteger al ciudadano en su papel de consumidor al adquirir bienes y servicios financieros.

Antes de citar los casos más relevantes, aclaramos que los eventos de abusos bancarios relacionados en este acápite, corresponden a cláusulas abusivas estipuladas en el contrato y a prácticas abusivas no reflejadas en el mismo, pues como dijimos anteriormente, en ocasiones los abusos de las entidades financieras no se ven reflejados en el contrato celebrado entre las partes y corresponde a comportamientos que se manifiestan luego de la celebración del contrato y por fuera de él.

Los casos más representativos de cláusulas y prácticas abusivas por parte de las entidades financieras, pueden resumirse en los siguientes eventos:

- Cláusulas que autorizan a la entidad financiera a poner fin a un contrato sin notificación previa con una antelación razonable, desconociendo las características propias del contrato bancario, tales como el deber de información al usuario por parte del banco y el carácter profesional de sus actos.

- Práctica en la cual la entidad financiera toma la decisión unilateral de prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo.

- Cláusula en la cual la entidad financiera hace constar la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

- Cláusula que autoriza al banco a modificar unilateralmente, sin motivos válidos especificados en el contrato, los términos del mismo.

- Modificación unilateral por parte de la entidad financiera, sin motivos válidos, de cualquier característica del producto o del servicio suministrado.

- Estipulación por medio de la cual se consagra que el precio del servicio prestado se determine al momento de su entrega, sin que el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato.

- Concesión a la entidad financiera del derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato.
- Obligación del consumidor para que cumpla con todas sus obligaciones aún cuando la entidad financiera no hubiera cumplido con las suyas.
- Cesión del contrato por parte del banco, si ésta puede engendrar merma de las garantías para el cliente sin el consentimiento de éste.
- Modificación sin previo aviso y sin razón válida, del tipo de interés adeudado por el cliente.
- Exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales de cliente, en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por la entidad, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto de la entidad financiera mediante créditos que ostente en contra del consumidor.
- Estipulación de un compromiso en firme por parte del consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones de la entidad financiera está suspendida a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad.

- Estipulación por la cual la entidad financiera retiene las cantidades abonadas por el consumidor, si éste renuncia a la celebración o a la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie.
- Imposición al consumidor que no cumpla con sus obligaciones con una indemnización desproporcionadamente alta.
- Autorización a la entidad financiera para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o permitir que la entidad financiera se quede con las cantidades abonadas por concepto de prestaciones aún no efectuadas si es la propia entidad financiera quien rescinde el contrato.
- Cláusulas redactadas en forma incomprensible o sin claridad por parte de la entidad financiera, y que generan obligaciones para el cliente.
- Indeterminación de gastos administrativos y/o de intereses que los usuarios deben pagar.

- Decisión del banco de asignar en el contrato que firma el usuario, carácter de título ejecutivo a documentos que no lo son, tales como resúmenes de tarjeta de crédito y pagos de seguro.
- Facultad que se atribuyen los bancos de cobrar deudas aún no vencidas, como si fuesen de plazo vencido.
- Cláusula por medio de la cual la entidad financiera se exime de responsabilidad en materia de cajas de seguridad. (robo, incendio).
- Imposición por parte del banco de la jurisdicción de eventuales litigios.
- Cláusulas del contrato redactadas utilizando letra pequeña, que por su tamaño se convierte en ilegible
- Cláusulas estipuladas en la apertura de tarjetas de crédito, por medio de las cuales la entidad otorgante puede cobrar cargos diferenciales, anular o suspender tarjetas a su exclusivo arbitrio, cuando el usuario supera el límite de crédito mensual.
- Omisión en el contrato de la tasa financiera a aplicar sobre los saldos de los deudores en las tarjetas de crédito.

- Imposición de responsabilidad ilimitada del usuario, en caso de extravío, pérdida, robo o hurto de la tarjeta de crédito, por los gastos anteriores a la hora cero del día de recepción de la denuncia y la consagración de inversión de la carga de la prueba en perjuicio del usuario.
- Imposición de incrementos de precios, por servicios accesorios, financiamiento o recargos sin justificación alguna.
- Imposibilidad del usuario de devolver la tarjeta de crédito y/o rescindir el contrato por periodos de tiempo.
- Cláusulas estipuladas en los contratos de adhesión celebrados con la entidad bancaria que importen la renuncia por parte del usuario a cualquiera de los derechos irrenunciables consagrados en la ley.
- Cláusulas de no responsabilidad y las que aligeran la carga indemnizatoria del deudor insertas en los contratos de adhesión en virtud de una posición dominante frente al deudor.

- Práctica de las entidades financieras por medio de la cual no se corrigen oportunamente los errores en que incurren al reportar en las Centrales de Riesgo acerca del deudor financiero.
- Práctica de la entidad financiera por medio de la cual impone el desembolso de créditos acompañados de una tarjeta de crédito no solicitada y obligatoria para el usuario y cuya devolución el banquero dice no aceptar sino hasta la cancelación del crédito.
- Prácticas de la entidad financiera de inscribir a sus prestatarios en el programa de préstamos por sobregiro sin su consentimiento.
- Prácticas de cobrar recargos a los prestatarios que se sobregiran en sus cuentas con una tarjeta de cajero automático o tarjeta débito, sin informar o advertir al deudor previamente de esta situación.
- Prácticas del banco de negarse a pagar un sobregiro aprobado, de manera injustificada dejando al prestatario desprotegido.
- Aceptación en el contrato por parte del usuario de cualquier reajuste de la deuda que pueda surgir por error de la entidad financiera en los cálculos efectuados.

- Cobro de comisiones por servicios no solicitados.

- Inclusión en el contrato de condiciones más perjudiciales para el cliente o usuario bancario que las recogidas en la oferta que realizó el banco.

- Condiciones generales por las que el banco no se responsabiliza de sus errores de gestión, o que obligan al consumidor a probar que existió tal error.

De los anteriores casos enunciados, podemos concluir que son comunes en nuestro país las prácticas y cláusulas abusivas, las cuales se quieren dar a conocer en nuestra tesis, con el fin de que los usuarios del sistema financiero hagan valer sus derechos y que las entidades financieras actúen de manera ética y transparente, cumpliendo la normatividad vigente sobre este tema.

CAPÍTULO III

3.1 SANCIÓN JURÍDICA APLICABLE A LA ESTIPULACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Como hemos insistido a lo largo de nuestra tesis, no hay un concepto unificado para establecer la consecuencia jurídica de una cláusula abusiva. Al respecto existen diversas posibilidades de oponerse a los abusos de las entidades financieras, por poderosas que estas sean económicamente. Es necesario entonces, no rendirse por anticipado, reaccionando jurídicamente a tiempo para restablecer el equilibrio contractual de la parte que resultó afectada con la cláusula abusiva.

La sanción aplicable a la cláusula abusiva puede tener origen legal o judicial, dependiendo del sistema que se acoja.

En algunos ordenamientos, tales como el Español, es la ley la que define la cláusula abusiva, así como su consecuencia jurídica o sanción aplicable. En otros casos, como en el ordenamiento Colombiano no hay una definición legal de la

cláusula abusiva ni tampoco hay una sanción legal para ella, y por lo tanto, su tratamiento dependerá del operador jurídico, acudiendo a los criterios de interpretación, a la aplicación de principios y el desarrollo jurisprudencial. En otros casos, como el Alemán, la posición es intermedia, es decir, hay una definición de cláusula abusiva, y partiendo de la misma, corresponde al juez controlar directamente su aplicación y establecer la consecuencia para cada caso concreto.

La intervención judicial está dotada de más flexibilidad que la legal, ya que el juez puede apreciar el carácter abusivo a la luz de numerosos elementos, lo que no podría hacer un decreto o una ley. Sin embargo, consideramos que debe haber una consagración legal flexible y su correspondiente desarrollo jurisprudencial.

En este capítulo, hablaremos de las consecuencias o sanciones que estipula la ley, para las entidades financieras que celebren contratos con cláusulas abusivas.

La sanción a la celebración de cláusulas abusivas por parte de la entidad financiera dependerá de la posición que se asuma, ya que si pensamos que son cláusulas que afectan el orden público, la consecuencia será la nulidad absoluta, la cual tiene efectos retroactivos, es decir, la cláusula produce sus efectos hasta la declaratoria de nulidad y el juez ordenará la nulidad y las restituciones a que haya lugar. En cambio, si pensamos que estas cláusulas por si solas pierden su eficacia

y no producen efectos, sin necesidad de declaratoria judicial, la consecuencia de pactar una cláusula abusiva sería la ineficacia.

El juez tendrá que decidir si aplica la sanción de nulidad o de ineficacia, aunque en la práctica ambas figuras protegen al consumidor de los abusos. En la nulidad se parte de que la cláusula existió pero está viciada de nulidad, y tiene efectos retroactivos. En cambio, en la ineficacia se entiende que la cláusula no produce sus efectos desde que ésta se pacta.

Consideramos que la sanción jurídica que más se ajusta a los principios de la contratación, para este tipo de cláusulas abusivas, es la nulidad absoluta de la cláusula abusiva y no la ineficacia, ya que una cláusula de este tipo, va en contravía del principio de orden público explicado ampliamente en nuestro capítulo I y por lo tanto, la cláusula está viciada de nulidad absoluta por objeto ilícito.

En nuestra opinión, las causales de ineficacia son taxativas en el Código de Comercio y esta sanción se aplica sólo en los casos en los cuales la ley establece expresamente dicha sanción.

Otra de las razones para desvirtuar la sanción ineficacia, tiene que ver con la naturaleza de esta sanción, teniendo en cuenta que la ineficacia no tiene efectos retroactivos y por lo tanto, no permite que la práctica abusiva o la cláusula abusiva

regrese a su estado anterior, simplemente deja de producir sus efectos y consideramos que cuando se está en presencia de un abuso bancario, lo que debe presentarse es un efecto retroactivo con el fin de que se restituya a las partes al estado anterior y el banco responda por las devoluciones a que haya lugar en virtud de su abuso.

En consecuencia, el juez tendrá que analizar si se encuentra en presencia de una cláusula que exima de responsabilidad a la entidad financiera, o de una cláusula que lleve implícito el rompimiento del equilibrio económico en la relación contractual en perjuicio de los derechos del consumidor, lo que implicaría que la misma carece de validez por ir en contra de las normas de orden público, ya que esta tiene por finalidad proteger a las personas naturales o jurídicas en la medida en que ellas están en una posición de enorme desventaja frente a las entidades financieras.

En resumen, según nuestro criterio, la consecuencia para la entidad financiera que establezca cláusulas o prácticas abusivas es entonces la nulidad absoluta de la cláusula o conducta viciada con el abuso de posición dominante por parte del banco y la continuidad del contrato cuando este puede subsistir sin la cláusula sin desnaturalizar dicho contrato. En caso contrario, es decir, si el contrato no puede subsistir sin la cláusula anulada, se tendría que declarar la nulidad absoluta de todo el contrato.

CAPÍTULO IV

4.1 LEGISLACIÓN COMPARADA: TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

En términos generales, y luego de hacer un análisis comparativo entre nuestra legislación y otras, podemos decir que Colombia aún se encuentra en una etapa primitiva en la protección efectiva de los usuarios del sistema financiero. Los mayores avances, se encuentran en la legislación Europea, la cual ha desarrollado de manera clara y expresa normas específicas sobre la materia; Colombia tan sólo consagra unas normas de manera tímida en un Estatuto Orgánico del Sistema Financiero desactualizado y obsoleto.

La anterior afirmación, teniendo en cuenta que dicho Estatuto solo consagra una prohibición general al abuso de la posición dominante, sin una definición clara del concepto, sin una sanción a la estipulación de clausulados con contenido abusivo por parte de los bancos y sin establecer casos indicativos de tales eventos con el fin de ilustrar al usuario sobre estas prácticas contractuales.

4.1.1 Legislación europea. Uno de los primeros avances en la materia se logra con la ley Francesa 78 –23 del 10 de enero de 1.978, sobre la protección de la información de los consumidores de productos y servicios, en donde el capítulo cuatro se refiere al amparo contra las cláusulas abusivas y en cuyo artículo 35 se reputan como no escritas las cláusulas que sobre ciertas materias parezcan impuestas mediante un abuso de poder económico de la otra parte y le confieran una ventaja excesiva.³⁰

El mayor logro a la protección del usuario en Europa, se encuentra en la Directiva Europea 93/13/CEE del Consejo del 5 de abril de 1.993, denominada PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR, Cláusulas Abusivas en los contratos celebrados con consumidores, relativa a la armonización de los estados miembros de la Unión Europea en lo que se refiere a la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas. Esta directiva Europea se introduce en la legislación de Francia mediante la ley del 1 de febrero de 1.995, integrada al nuevo Código de Consumo de 1.993.³¹

Esta Directiva Europea de 1.993, establece en su artículo 6, que no vincularán al consumidor las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste

³⁰ Ley Francesa 78 – 23 de 1.978

³¹ Directiva Europea 93/13/CEE del Consejo del 5 de abril de 1.993, denominada PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.

y un profesional y dispone que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

Así mismo, establece que los Estados miembros velarán porque, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.³²

La lista de cláusulas abusivas suscrita por de la Directiva Europea, tiene un carácter indicativo, es decir, el listado solo se refiere a algunos eventos o ejemplos de cláusulas abusivas. Adicionalmente dicha directiva establece que sus Estados Miembros podrían desarrollar otros eventos en los cuales se configura una cláusula abusiva diferentes a los enunciadas en el listado y así mismo, establece que cada Estado podrá reglamentar el alcance de dichas cláusulas, o pueden someterse a añadidos o formulaciones más restrictivas, considerando la naturaleza de los bienes y servicios para la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas.

En efecto, en la aplicación de la Directiva, toda cláusula puede ser declarada abusiva y, en consecuencia, ineficaz, cuando corresponde a la definición de cláusula abusiva prevista por la ley o por la Directiva. Se especifica a su vez en la

³². Directiva Europea 93/13/CEE del Consejo del 5 de abril de 1.993, denominada PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.

misma directiva, que la lista es solamente indicativa y, que las cláusulas enumeradas “pueden ser declaradas abusivas”, lo cual es todo lo contrario de una lista negra taxativa a la manera del derecho Alemán.³³

Adicionalmente se protege la falta de negociación de las cláusulas, tanto en los contratos de adhesión como en los que se negocian libremente. Y establece la presunción de falta de negociación tratándose de un contrato de adhesión.³⁴

La ley 1 de febrero de 1.995 de Francia, la cual introduce dicha Resolución de la Directiva Europea de 1.993 explicada anteriormente, confiere al juez el poder de controlar directamente las cláusulas abusivas. Sin embargo, si bien es cierto que el juez no está ligado por la lista simplemente indicativa de las cláusulas abusivas que consta en anexo a la ley, lo cual hace que la lista no represente un gran interés fuera de ser una incitación, pero el juez no puede utilizarla como quiere, dado que la nueva ley le reconoce al gobierno la facultad de prohibir por decreto ciertas cláusulas abusivas al entender de la ley. En otros términos, el legislador instaura un control directo por parte del juez, de las cláusulas abusivas, pero mantiene, al mismo tiempo, el antiguo sistema de prohibición por decreto de tales cláusulas.³⁵

³³.Directiva Europea 93/13/CEE del Consejo del 5 de abril de 1.993, denominada PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.

³⁴ Directiva Europea 93/13/CEE del Consejo del 5 de abril de 1.993, denominada PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.

³⁵ Ley Francesa 78 - 23 de 1.978.

4.1.2 Legislación Española – OCU (Organización de Consumidores y usuarios). En las relaciones entre entidades bancarias y usuarios, la OCU ha conseguido gran éxito ante los tribunales, al declarar éstos abusivas y por lo tanto, nulas de pleno derecho, 10 de las 17 cláusulas que la Organización denunciaba (incluidas en contratos bancarios de BBVA, BSCH, Bankiter y Caja Madrid).³⁶

Otro éxito obtenido en España, se logró a través de la Organización de Consumidores y usuarios, la cual presentó una demanda con el objeto de conseguir una sentencia que declarara abusivas, y por lo tanto nulas, algunas cláusulas de contratos de cuentas corrientes, tarjetas y préstamos personales e hipotecarios. Se dictó sentencia en enero de 2.003 en la sección Trece de la Audiencia Provincial de Madrid y este declaró el carácter abusivo de 10 cláusulas de 17 presentadas ante el Tribunal.

Las más importantes se resumen así:

- Se anulan cláusulas que tienen que ver con la responsabilidad del banco en caso de extravío, robo o manipulación de un cheque. Hasta ésta fecha, el banco no lo asumía y si alguien falsificaba la firma, manipulaba o robaba un cheque y lo cobraban, para el banco el usuario tenía la obligación de custodiar el talonario, mientras que el banco no debe pagar ningún cheque si ofrece dudas o existen indicios de que el cheque ha sido manipulado, por

³⁶ www.ocu.org/map/show/11861/src/84471.htm. Marzo 2 de 2.006.

lo que debe ser el banco quien se haga cargo del importe cobrado fraudulentamente y no el cliente.

- Se declara nula la cláusula que protege al banco del mal funcionamiento de los cajeros, ya que si una persona acudía a un cajero y este no le daba el dinero solicitado, pero el recibo indica que si se ha realizado la operación, la persona no recuperaba su dinero, pero ahora es la entidad la que debe asumir las consecuencias, salvo que pueda probar culpa o mala fe, ya que la responsabilidad por fallos en un sistema debe ser de quien lo implanta y no de quien lo utiliza.

- Se declara nula la cláusula que se refiere a vencimiento anticipado del préstamo o hipoteca por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del contrato, incluso las accesorias, y como al cliente no se le informan estas obligaciones accesorias, se permite cancelar el préstamo casi por cualquier causa; Ahora deben darle al usuario toda la información con transparencia y detalladamente justificando que la cancelación del préstamo se adecua a alguna de las obligaciones que están expresamente recogidas en el contrato suscrito.

- Se anula la cláusula que permite al banco cancelar el préstamo por el impago de una sola cuota, por su desproporción entre la causa y el efecto.³⁷

4.1.3 Legislación Argentina. A raíz de la crisis financiera presentada en este país en las entidades liquidadas o intervenidas, tales como: Banco Integrado Departamental, Crédito Provincial, Los Andes, Cooperativa del Hogar Obrero, Bir, Odone, Iguazú, se puso de manifiesto la falta de controles del BCRA (Banco Central de la República de Argentina) y en consecuencia, la legislación ha ido evolucionando para que esta situación vivida en años anteriores no vuelva a repetirse.³⁸

Con la expedición de la ley número 25.065, se ha logrado cierta protección efectiva a los consumidores del sistema financiero, en especial en el artículo 14 de dicha ley, el cual enumera expresamente las cláusulas prohibidas, con lo que la posibilidad de abusividad por parte de los bancos se acota muchísimo. En este artículo, se consagran las cláusulas abusivas que riegan el sistema financiero: - Modificación unilateral por parte de los bancos de las condiciones contractuales previamente pactadas. – Indeterminación de gastos administrativos y/o de intereses que los usuarios deben pagar. – La decisión del Banco de asignarles, en el contrato que firma el usuario, carácter de título ejecutivo a documentos que no

³⁷ [www. Ciao.es/Caja_Madrid-Opinión_846069](http://www.Ciao.es/Caja_Madrid-Opinión_846069). Artículo Yo me ayudo, tu me ayudas, el me ayuda. Marzo 2 de 2.006.

³⁸ [www. Proconsumer.org.ar](http://www.Proconsumer.org.ar), artículo "Sistemas para la prestación de servicios, pag 5. Marzo 2 de 2.006.

lo son, por ejemplo, los resúmenes de tarjeta de crédito.- La facultad que se atribuyen los bancos de cobrar deudas aún no vencidas como si fuesen de plazo vencido. – La pretensión de eximirse de responsabilidad en materia de cajas de seguridad. – La facultad de rescindir unilateralmente el contrato vigente. – Imponer la jurisdicción de eventuales litigios. – El carácter ilegible de los contratos cuando tienen una letra demasiado pequeña.³⁹

Gracias a esta ley y otras reglamentaciones de la materia, la Secretaria de Defensa de la Competencia y del Consumidor de la Nación (S.D.C y C) detectó la presencia de clausulado abusivo en los contratos de las siguientes entidades bancarias: Citibank, Lloyds Bank, Credicoop, Francés, Galicia, Ciudad de Buenos Aires, Banco de Liniers Sudamericano, Quilmes, entre otros.

4.2 LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

4.2.1 Constitución Política Nacional. La Constitución Política, en su artículo 333, establece que en Colombia la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. El Estado por mandato legal impedirá que se obstruya o se restrinja todo abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la

³⁹ [www. Proconsumer.org.ar](http://www.Proconsumer.org.ar), artículo: Sistemas para la prestación de servicios, pag 4. Marzo 2 de 2.006.

libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Nuestra Constitución Política establece que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. (Artículo 230 de la Constitución Política), principio que refuerza la equidad en las relaciones contractuales, toda vez que tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio, se pretende concretar el alcance obligatorio de la buena fe al establecer que los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y en consecuencia obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.⁴⁰

Esta protección Constitucional en Colombia tiene un pobre desarrollo legal pues es escasa la normatividad sobre la materia. Hablamos entonces de unas pocas leyes que tocan breve y superficialmente el tema, las cuales desarrollaremos en este numeral y de una norma expresa en el Estatuto del Consumidor que se refiera a las cláusulas abusivas, pero ni en el Código Civil ni en el Código de Comercio se han adicionado artículos que protejan expresamente a los usuarios de los abusos bancarios ni se han creado leyes especiales que desarrollen amplia

⁴⁰ Código de Comercio artículo 871 y Código Civil en su artículo 1.603.

y concienzudamente el tema propuesto en nuestra tesis y ante la poca legislación en la materia, se hace necesario acudir a los principios consagrados en la Constitución y al desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, para hacer efectiva la protección de los usuarios del sistema financiero a los abusos de la posición dominante y a las cláusulas abusivas de los bancos.

4.2.2 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Aunque no desarrolla el abuso de la posición dominante por parte de los bancos ni el tratamiento o sanciones a las cláusulas abusivas, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por la ley 795 de 2.003, se pronuncia frente a otros aspectos que directa o indirectamente ayudan a la protección de los usuarios, así:

El artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, establece que las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes, a fin de que estos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. Igualmente, en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter

exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar al abuso de la posición dominante.

Este artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual prohíbe los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas, cuyo efecto u objeto afecte negativamente la libre competencia entre el sistema financiera, facultando a la Superintendencia a ordenar en cada caso a los empresarios abstenerse de realizar tales conductas y para imponer las sanciones del caso, permite que la Superintendencia ordene la suspensión de prácticas de competencia desleal; establece que los bancos deben actuar diligentemente al prestar servicios a sus clientes, de modo que estos “reciban la atención debida en desarrollo de las relaciones contractuales”, y prohíbe que los bancos, al celebrar operaciones convengan - lo cual es más amplio que imponer- cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato y dar lugar a un abuso de la posición dominante.⁴¹

El artículo citado en el párrafo anterior, establece además las acciones de clase, para que el usuario intente la acción de responsabilidad civil para la indemnización del daño causado por conductas que tengan por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador, el cual se tramitará por el proceso ordinario.

⁴¹ PINZON SANCHEZ, Jorge La responsabilidad social empresarial y las utilidades societarias: El caso bancario, más que cuanto, como y en que. p. 30.

Así mismo, se refiere a la obligatoriedad del Defensor del Cliente para las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, cuya función será la de ser vocero de los clientes o usuarios ante la respectiva institución, así como sus requisitos y procedimientos.

El artículo 97 del EOSF, modificado por el artículo 23 de la ley 795, obliga a las entidades vigiladas a suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas. Este deber de información de los bancos se constituye en un pilar fundamental para evitar los abusos de los bancos.

En cuanto a las sanciones de carácter administrativo que puede imponer la Superintendencia Financiera, éstas se estipulan en el artículo 208 del EOSF, tales como amonestación o llamado de atención, multa pecuniaria, remoción de administradores, directores, representantes legales o revisores fiscales, clausura de oficinas de representación de las entidades financieras, implementación de mecanismos correctivos de carácter interno y a su vez, regula el procedimiento administrativo sancionatorio tanto para sanciones personales como para sanciones institucionales.

El artículo 325 del EOSF se refiere a la naturaleza, funciones y objetivos de la Superintendencia Bancaria, para velar por la adecuada prestación del servicio financiero, y así mismo se refiere a las entidades vigiladas por ella.

Finalmente en cuanto a los seguros, el artículo 184 de dicho Estatuto, en su numeral 2, consagra la ineficacia para las cláusulas abusivas celebradas en la actividad aseguradora, pero no consagra esta misma protección para las entidades financieras.

4.2.3 Ley General de Telecomunicaciones. En la ley general de Telecomunicaciones, su artículo 40, se prohíbe a los operadores de telecomunicaciones estipular cláusulas abusivas en los contratos que celebren, y define dichas cláusulas, como aquellas que producen un desequilibrio injustificado y significativo en perjuicio del usuario y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el usuario puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y la magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las circunstancias relacionadas con la transacción particular que se analice.

En el mismo artículo, se estipula una lista de eventos o cláusulas que serán ineficaces de pleno derecho y se tendrán por no escritas, sin necesidad de declaración judicial, es decir, la consecuencia de la celebración de una cláusula

abusiva en el sector de las Telecomunicaciones es la ineficacia. Como ya hemos reiterado, la actividad financiera aún carece de una legislación especial como ésta.

Otros avances que se logran en esta ley de telecomunicaciones, se materializan en la posibilidad de que cláusulas no declaradas como ineficaces en el artículo 40, sean anulables por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y además, estipula que otras cláusulas no calificadas en la ley como abusivas, puedan ser inaplicadas por la Superintendencia de Industria y Comercio o por el Defensor del Usuario, facultades que no están consagradas para los casos de abusos de la posición dominante por parte de los bancos.

4.2.4 Código Civil y Código de Comercio. Ni el Código de Comercio ni el Código Civil regulan el tema de las cláusulas abusivas en el Sistema Financiero Colombiano, ya que como explica el autor Jorge Pinzón, en el Código Civil Francés, el cual imitó nuestro país, la protección a la libertad e igualdad de los contratantes, así como el equilibrio en la estructura y una mínima equivalencia material del contenido de los contratos, se obtiene a través de las reglas correspondientes a la incapacidad, a los vicios del consentimiento y a la lesión enorme, y en la actualidad es acertado afirmar la insuficiencia de tales remedios tradicionales.⁴²

⁴²PINZÓN SÁNCHEZ, Op. Cit. p. 73.

La consideración de un desequilibrio en la situación de hecho de las partes al momento de contratar es totalmente irrelevante para los códigos tradicionales, diseñados a partir del supuesto de la igualdad y libertad de los ciudadanos contratantes.⁴³

En el Código Civil, existen disposiciones aisladas a propósito de suministro, seguros y transporte, que prevén reglamentaciones y controles oficiales respecto de tales contratos y que prohíben o limitan ciertas cláusulas. No obstante, tales disposiciones son insuficientes para deducir a partir de ellas un sistema aplicable a las condiciones generales de contratación.⁴⁴

La Sala de casación Civil de la Corte Suprema de Justicia entre 1.936 y 1.953 admitió en forma expresa y reiterada el llamado “abuso del derecho” con base en el principio consagrado en el artículo 8 de la ley 153 de 1.887, en virtud de la cual, “cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”⁴⁵

Ya en 1.972, el nuevo Código de Comercio consagró expresamente el abuso del derecho señalando la obligación de indemnizar los perjuicios derivados de él. Con el reconocimiento legal de este principio de abuso del derecho, se desarrolló la

⁴³ PINZÓN SÁNCHEZ, Op. Cit. p. 73.

⁴⁴ PINZÓN SÁNCHEZ, Op. Cit. p. 73.

⁴⁵ PINZÓN SÁNCHEZ, Op. Cit. p. 73.

noción de abuso de posición dominante reconocida por la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la del 2 de diciembre de 1.993 y del 22 de noviembre de 1.993. Esta noción del abuso de la posición dominante, permite aplicar los razonamientos y principios ya decantados a propósito del abuso del derecho en el caso de los contratos cuyo contenido se determina con referencia a las condiciones de contratación que incluyen cláusulas abusivas en contra del adherente en un contrato de adhesión.⁴⁶

El control del Código Civil frente a los contratos de adhesión, es sólo para las cláusulas ambiguas, no las abusivas, ya que según dicho código en las ambiguas se interpreta la cláusula a favor del adherente, pero este control no sirve para las cláusulas abusivas.

Los jueces en nuestro país no tienen material legislativo suficiente ni listas grises de cláusulas abusivas para desarrollar su actividad y los controles administrativos por parte de algunas entidades, tales como la Superintendencia Financiera, son insuficientes pues esta última tiene facultades muy limitadas para sancionar a las entidades financieras, y adicionalmente carece de facultades para ordenar la declaratoria de ineficacia o nulidad de las cláusulas abusivas.

⁴⁶ PINZÓN SÁNCHEZ, Op. Cit. p. 73.

Ante la escasa legislación en Colombia frente a la materia, se ha acudido a la doctrina Europea, con el fin de extraer conceptos a nuestro país sobre el tema de las cláusulas abusivas.

Como explica el autor Jorge Pinzón Sánchez, nuestro Código de Comercio, en su artículo 7, hace una remisión a la costumbre extranjera y a las normas y principios aceptados internacionalmente. “De manera marginal, subordinada en todo caso a la ley local y circunscrita a cuestiones mercantiles singulares, se acepta la aplicación de los tratados o convenciones internacionales y de los principios generales del derecho comercial”.⁴⁷

Dada la utilización internacional de condiciones generales de contratación, acorde con el carácter global de las relaciones económicas contemporáneas, en la identificación, desarrollo y sistematización que resultan necesarios para la aplicación en esta materia de los principios generales de derecho, así como para la identificación de propuestas concretas de sistemas de control legislativo, administrativo y judicial a la utilización abusiva de dichas condiciones generales, la doctrina está llamada a cumplir un importante papel, en cuanto a las investigaciones de derecho comparado, como un instrumento para una mejor identificación de los problemas sociales y para un examen de las posibles soluciones jurídicas y de su alcance.⁴⁸

⁴⁷ PINZÓN SÁNCHEZ, Op. Cit. p. 73.

⁴⁸ PINZÓN SÁNCHEZ, Op. Cit. p. 73.

4.2.5 Ley de Servicios Públicos Domiciliarios. En el caso de Colombia, la Constitución Política fue reformada en 1.991 y en uno de sus desarrollos legislativos, en la ley 142 de 1.994, se incluyó la primera reglamentación detallada sobre condiciones generales, específicamente aplicable a las llamadas condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos domiciliarios, cuya prestación está abierta a la libre iniciativa privada, sujeta a una regulación, control y vigilancia del Estado acorde con la relación directa entre ellos y la función social de éste.⁴⁹

La ley 142 de 1.994, mediante la cual se estableció el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible, incluyó la primera reglamentación colombiana detallada sobre condiciones generales de contratación, específicamente acerca de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos.⁵⁰

El artículo 133 de esta ley anteriormente citada, señala veinticinco casos en los cuales se presume legalmente el abuso de la posición dominante de la empresa de servicio público. “En este orden de ideas, se pueden proponer algunos criterios generales acerca de los casos de presunción de abuso incluidos en el artículo 133

⁴⁹ PINZÓN SÁNCHEZ, Op. Cit. p. 73.

⁵⁰ PINZÓN SÁNCHEZ, Op. Cit. p. 73.

de la ley 142 de 1.994, tales como supuestos protectores del conocimiento y de la libertad del usuario, de acuerdo a las circunstancias propias de la contratación masiva. En lo que tiene que ver con las situaciones contrarias al equilibrio mínimo que debe imperar en el contrato, en la ley se pueden identificar supuestos que permiten presumir un desequilibrio estructural o formal, opuesto a la interdependencia que existe entre las obligaciones que surgen de los contratos bilaterales. Otras implican un desequilibrio económico o material en contra del usuario (cantidad, calidad y precio)".⁵¹

Esta ley solo se refiere a los servicios públicos domiciliarios, regulación que no puede hacerse extensiva a los servicios bancarios o financieros, así que continúa el vacío legal con respecto a los bancos.

Esta protección al usuario de los servicios públicos domiciliarios, no ha tenido el mismo desarrollo legal con respecto a las entidades que prestan servicios financieros, situación que nos parece problemática dada la importancia que tiene este ramo en la economía de un país y en el bienestar de sus ciudadanos. El tema de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con las entidades bancarias en nuestro país, reclama urgente la creación de una ley especial que regule concretamente la materia, acorde con los logros alcanzados en otras legislaciones, en especial, en Europa y que proteja a los colombianos de los abusos bancarios, tan comunes en nuestro país.

⁵¹ PINZÓN SÁNCHEZ, Op. Cit. p. 73.

4.2.6 Proyecto de Ley “Estatuto del Consumidor”. La inexistencia de un régimen especial para la protección del abuso de la posición dominante en el mercado financiero, hace que cada vez sea más evidente la urgencia del Congreso y del Gobierno Nacional de expedir una ley especial para regular esta materia.

Actualmente se encuentra en curso el proyecto de Ley “Estatuto de Defensa del Consumidor” elaborado con el propósito de adecuar las necesidades del consumidor a las realidades del mercado, tal como los postulados de libertad de empresa e iniciativa privada consagrados en el nuevo modelo económico propuesto por la Constitución de 1.991.

En su Artículo 3 el proyecto regula: “Los Derechos y obligaciones surgidos con ocasión de las relaciones de consumo, los contratos de adhesión, las cláusulas abusivas, la responsabilidad por producto defectuoso y el funcionamiento de las organizaciones de consumidores”⁵².

El Estatuto determina como principios generales los derechos y deberes de los consumidores, de ahí que los productores o proveedores de bienes y servicios deban suministrar a los consumidores información veraz e idónea respecto de los productos que ofrecen, así como los riesgos que puedan derivarse de su

⁵² Proyecto de Ley Estatuto de Defensa del Consumidor. Art. 1.

utilización, de lo contrario surge en el oferente la responsabilidad de asumir los perjuicios que puedan causarse a los consumidores a razón de una inadecuada información.

Acerca de los contratos de adhesión⁵³, el proyecto consagra su definición, los requisitos para su validez. Respecto a las Cláusulas abusivas las define como “aquellas que producen un desequilibrio injustificado y significativo 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”⁵⁴.

Establece como ineficaces de pleno derecho un listado taxativo de las mismas y la anulabilidad de las cláusulas que no fueron consideradas como ineficaces de pleno derecho pero establecen estipulaciones abusivas⁵⁵ implicando afecciones o renuncia a los Derechos del Consumidor o limitando la responsabilidad del productor.

La anterior solución es acertada para lograr la efectiva y ágil protección al consumidor, ya que habrá casos tan graves de abuso de los bancos, enumerados en el listado, para los cuales la sanción es la ineficacia sin necesidad de declaratoria judicial, pues operan de pleno derecho y se deja la posibilidad abierta de anulabilidad para casos no consagrados en el listado.

⁵³ Proyecto de Ley Estatuto de Defensa del Consumidor. Art. 30.

⁵⁴ Proyecto de Ley Estatuto de Defensa del Consumidor. Art. 34.

⁵⁵ Proyecto de Ley Estatuto de Defensa del Consumidor. Art. 35.

Reitera además este proyecto, la importancia del principio de Conservación del Acto Jurídico⁵⁶, de ahí que se afecte la totalidad del contrato cuando la cláusula abusiva sea de tal entidad que los elementos esenciales del contrato se vean afectados por el contenido de la cláusula o el contrato pueda subsistir implicando la nulidad parcial de la cláusula afectada.

Los Artículos 51 y 53 del nuevo Proyecto, confieren a entidades como Las Superintendencias de Industria y Comercio, Financiera, de Servicios Públicos Domiciliarios, de Vigilancia Privada, de Subsidio familiar, Nacional de Salud y el Invima, la función fiscalizadora sobre el cumplimiento de las normas contenidas en el Estatuto, verificación de los requisitos de los contratos de adhesión, determinar y resolver la ineficacia o anulabilidad de las cláusulas consideradas como abusivas, sus efectos contractuales e imponer las sanciones previstas en la ley.

Estos dos artículos 51 y 53 del proyecto, se constituyen en un gran avance para la legislación colombiana, ya que las Superintendencias tendrían facultades para declarar la ineficacia y la nulidad de las cláusulas abusivas, sin necesidad de recurrir a un proceso judicial.

Es claro que no existe en Colombia una reglamentación específica respecto al consumidor adherente, ni un mecanismo expreso que regule los contratos de

⁵⁶ Código Civil Art.s 1.501, 1.618 y Código de Comercio Art. 902

adhesión, por ello, cada vez son mas vulnerables los consumidores, frente a los oferentes de los mercados de bienes y servicios.

Es importante que ésta reforma legislativa propuesta, relacionada con las cláusulas abusivas, logre evitar su presencia en el tráfico contractual, protegiendo tanto al consumidor como a aquellos sujetos expuestos a las afecciones propias de un contenido contractual de carácter abusivo.

De toda la legislación anterior, se concluye que en Colombia no está prohibida la posición dominante, es decir, se permite a las entidades gozar de una posición privilegiada frente al usuario. En nuestro país lo que se sanciona es el abuso de la posición dominante, mediante la aplicación de prácticas abusivas o cláusulas abusivas que rompen el equilibrio contractual característico en las relaciones de los contratos conmutativos.

CAPÍTULO V.

5.1. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA.

A continuación, relacionamos las sentencias más representativas de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, así como las Circulares más importantes emitidas por la Superintendencia Financiera, en los cuales se protege al consumidor del abuso de la posición dominante por parte de las entidades financieras colombianas, y en las cuales se observa plenamente una protección efectiva a los derechos constitucionales del consumidor.

En cada una de las sentencias de las altas Cortes, realizaremos un resumen de los hechos, aspectos más relevantes desarrollados en la parte motiva de la sentencia y la decisión emitida por la Corte correspondiente.

En cuanto a la Superintendencia Bancaria, actualmente Superintendencia Financiera, relacionaremos las circulares más relevantes acerca de las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados con las entidades financieras.

5.1.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

5.1.1.1 Expediente 1100113103018189320302 de 2.005 de la Corte Suprema de Justicia.

Hechos. El señor Juan Portillo Díaz interpone recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en el proceso que promovió contra la empresa prestamista Chaid Neme Hermanos S.A, de un crédito de vehículo, cuya pretensión es declarar nula la transferencia por dación en pago suscrita voluntariamente en el transcurso de su proceso ejecutivo por mora en el pago de sus cuotas, alegando abuso de la posición dominante, enriquecimiento sin causa y violación de normas imperativas establecidas en el Código de Comercio y Código Civil relacionadas con la garantía prendaria.

Aspectos más relevantes desarrollados en la sentencia. Esta sentencia de casación de la Corte Suprema de justicia desarrolla ampliamente el concepto de abuso de la posición dominante de las entidades prestamistas y fija unos parámetros para analizar este tema en cuanto a los contratos de prenda e hipoteca. Establece que validez o eficacia de los pactos comisorios celebrados con posterioridad al negocio jurídico pignoraticio o hipotecario, está condicionada a que ciertamente tales acuerdos se ajusten en forma ulterior, pues si ellos son

concomitantes al contrato de prenda o de hipoteca, el pacto irremediabilmente cae en la prohibición establecida en los artículos 2.422 del código civil o 1.203 del Código de Comercio.

Así mismo, establece que los deudores y acreedores pueden llegar a pactos o acuerdos de pago, con posterioridad a la constitución de la garantía prendaria o hipotecaria, para solucionar total o parcialmente la obligación, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, siempre y cuando se preserve cabal y efectivamente la voluntad del deudor.

Finalmente se concluye que si el deudor no consintió expresa, reflexiva y libremente el pacto, por encontrarse incluido como mera y mecánica cláusula predispuesta y, por ende, no discutida en acuerdos ulteriores, o que por su propia configuración se trate de una cláusula típicamente abusiva, le corresponderá al juez derivar las consecuencias jurídicas previstas en la Constitución, y la ley, sea ella civil o comercial, según el caso, por desconocer prohibición establecida en las referidas disposiciones, pues en estos casos habrá evidencia de un abuso de la posición dominante por parte del banco.

Lo que determina finalmente para la Corte el abuso de la posición dominante es la imposibilidad de discusión de las cláusulas por parte del deudor.

Decisión. Para el caso concreto, la Corte concluyó que eran EFICACES las daciones en pago celebradas y no casó la sentencia, ya que la dación en pago se efectuó de manera libre y espontánea, con posterioridad al contrato pignoraticio.

5.1.1.2 Expediente 3972 de 1.994 de la Corte Suprema de Justicia.

Hechos. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 3972, del 19 de octubre de 1.994, desarrolla el concepto de posición dominante de las instituciones financieras en el caso de ARINCO contra CORPAVI (DEMANDADO CORPAVI. DEMANDANTE SOCIEDAD CONSTRUCTORA ARINCO LTDA),

Aspectos más relevantes desarrollados en la sentencia. La Corte interpreta el numeral 4 del Artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, deduciendo de su contenido lo que para el Legislador Nacional habría de entenderse como la posición dominante de las entidades de crédito, de ahí que esta sentencia considere el artículo en mención, como la consagración implícita del legislador de la posición dominante como una característica propia de las instituciones financieras "... es un dato de hecho acerca de cuya realidad no hay controversia judicial posible, y así mismo, que en cuanto esta posición es determinante para quien goza de situaciones particulares activas o de poder, en su desarrollo práctico dentro del contorno que marcan las relaciones contractuales

por dichas entidades establecidas con sus clientes, hay lugar a abuso en perjuicio de estos últimos”.

Esta alusión al tema de las cláusulas abusivas plantea por primera vez en Colombia que los bancos no pueden abusar de su posición dominante, aclarando que esta puede configurarse por acción o por omisión. Plantea además que este abuso atenta contra el principio de la buena fe y que ante la imposibilidad de definir una fórmula única de abuso, corresponderá a los jueces ejercer dicho control. Y lo más importante, el fallo plantea la posibilidad de obtener la reparación de los perjuicios causados por esa acción u omisión abusiva.

Decisión. La Corte Suprema de Justicia casa la sentencia interpuesta por ambas partes.

5.1.1.3 Sentencia 5670 de febrero 2 de 2001 de la Corte Suprema de Justicia.

Hechos. Fallo proferido por la Corte suprema de Justicia del 2 de Febrero de 2001 por el magistrado Carlos Ignacio Jaramillo, respecto a las cláusulas abusivas en los contratos de seguro, sentencia que aunque no se refiere expresamente al sector financiero, sienta unos precedentes importantísimos para la jurisprudencia nacional con respecto al tema de las cláusulas abusivas.

En el proceso que generó el fallo, la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso extraordinario de Casación interpuesto por Seguros el Caribe S.A. quien fuera llamado en garantía, contra la sentencia proferida el 31 de enero de 1995 por la Sala Civil del tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por INVERSIONES VELAR LTDA. Contra la sociedad “NACIONAL DE DECORACION Y CONSTRUCCION LIMITADA” NALDECON LTDA.

Aspectos más relevantes desarrollados en la sentencia. Esta sentencia establece importantes parámetros frente al abuso de la posición dominante, que si bien aluden a la actividad aseguradora, tienen plena aplicación en la actividad financiera, teniendo en cuenta el poder económico de ambas actividades y la necesidad de ambos servicios para la sociedad.

Adicionalmente la Corte sienta jurisprudencia, mediante la creación de parámetros que sirven al usuario para determinar posibles abusos, calificando como abusivas las siguientes cláusulas:

- Que su negociación no haya sido individual
- Que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial.
- Que generen un desequilibrio significativo de cara a los derechos y obligaciones que contraen las partes.

Finalmente, la Corte avoca por la preservación del contrato, en aras de proteger al usuario, estableciendo que siempre debe buscarse la continuación del contrato, eliminando la cláusula abusiva impuesta por la empresa aseguradora en virtud de su posición dominante, con lo cual desarrolla el principio de preservación de los contratos.

Decisión. La Corte ordena a la Compañía aseguradora inaplicar la cláusula pactada en el contrato, ya que esta era una cláusula típicamente abusiva pues hacia exageradamente gravosa la situación de los tomadores del seguro, dado que les obligaba a tramitar un proceso judicial con el fin de probar un derecho que, según la ley, se puede acreditar extrajudicialmente.

5.1.2 CORTE CONSTITUCIONAL.

5.1.2.1 Sentencia T – 468 DE 2.003 de la Corte Constitucional.

Hechos. El ciudadano Maximiliano Echeverri Marulanda solicita a la Corte Constitucional que declare la inconstitucionalidad del artículo 1389 del Código de Comercio, según el cual “Cada una de las partes podrá poner término al contrato en cualquier tiempo, en cuyo caso el cuentacorrentista estará obligado a devolver al banco los formularios de cheques no utilizados. En el caso de que banco

termine unilateralmente el contrato, deberá, sin embargo, pagar los cheques girados mientras exista provisión de fondos”. El demandante afirma que la posibilidad jurídica que tienen las entidades financieras para terminar unilateralmente el contrato de cuenta corriente viola la igualdad, por cuanto coloca al particular en estado de inferioridad, situación ésta que desconoce la naturaleza pública de la actividad financiera. Se viola así el derecho a la defensa por cuanto al particular que se la cancelado la cuenta corriente no se le ofrece la posibilidad de impugnar la decisión adoptada por el Banco.

Aspectos más relevantes desarrollados en la sentencia. Esta sentencia desarrolla el principio de la autonomía de la voluntad, el principio de la buena fe y el principio de exclusión, con el fin de evitar abusos de la posición dominante por parte de los bancos, y reitera el papel del juez con el propósito de evitar el abuso de los derechos.

Además establece que la competencia de los bancos por tratarse de un servicio público no es ilimitada y las decisiones deben obedecer a situaciones objetivas y dadas a conocer al usuario. Finalmente establece que los contratos financieros son “intuitu personae”, lo que implica que la situación de cada usuario debe ser analizada de manera independiente y razonada.

Decisión. La Corte Constitucional declaró exequible el artículo 1389 del Código de Comercio.

5.1.2.2 Sentencia T – 1091 de 2.005 de la Corte Constitucional.

Hechos. La señora Blanca Flor Cárdenas instaura un proceso contra CONAVI tendiente al reconocimiento de la indemnización amparada en una póliza de seguro, teniendo en cuenta los dineros que a nombre de la actora esta entidad había cancelado a la aseguradora, a pesar de su mora, valor que se le cobró en un proceso ejecutivo y por lo tanto, la demandante considera que no debe negarse el reconocimiento y pago del mismo.

Aspectos más relevantes desarrollados en la sentencia. Consagra la protección a la vivienda digna en conexidad con el mínimo vital y el debido proceso, y ordena a los jueces suspender el proceso ejecutivo hasta que se decida un ordinario por abuso de posición dominante y por modificaciones unilaterales por parte de la entidad financiera sin previo aviso al usuario. Adicionalmente establece la procedencia de la tutela contra las entidades financieras, la cual procede contra particulares cuando estos asumen la prestación de un servicio público o detentan una posición de autoridad desde la cual producen un desequilibrio a una relación en principio entre iguales.

Desarrolla el concepto de indefensión, el cual se aplica a los bancos cuando estos abusan de su posición dominante y hay una imposibilidad de respuesta efectiva ante la amenaza o violación de los derechos por parte del cliente.

Reconoce que hay posición dominante entre la relación cliente – banco y si este último abusa de su posición, opera la protección constitucional para el usuario.

Por último, desarrolla el principio del respeto del acto propio, entendiendo que si una entidad bancaria asume una posición desde la cual crea una situación concreta, no podría modificar unilateralmente el contrato, pues hay una confianza del cliente hacia la entidad bancaria.

Decisión. Revocó los fallos de instancia, en cuanto negaron la protección constitucional a la accionante.

Concedió a la accionante como mecanismo transitorio, el amparo constitucional a la vivienda digna en conexidad con el mínimo vital y al derecho fundamental al debido proceso, hasta tanto se decidieran en forma definitiva las acciones judiciales ordinarias pertinentes.

Se ordenó al Juez 11 Civil del Circuito de Bogotá, la suspensión del proceso ejecutivo hipotecario, por acción promovida por Conavi, hasta tanto, por los jueces

competentes se decidiera en forma definitiva lo atinente a las controversias contractuales a que se aludía en la sentencia.

5.1.2.3 Sentencia T- 626 de 2.005 de la Corte Constitucional.

Hechos. El señor Luis Enrique Cárdenas solicita al juez de tutela proteger transitoriamente sus derechos fundamentales a la vivienda digna y los que resulten conexos con éste, presuntamente vulnerados por el Fondo Nacional del Ahorro al haber modificado unilateralmente las condiciones estipuladas en el contrato de mutuo que suscribió con esa entidad, para financiar la adquisición de su vivienda.

El FNA modificó unilateralmente las condiciones estipuladas en el acuerdo inicial, aumentando sustancialmente el plazo para pagar, como consecuencia del cambio en el régimen de pago que originalmente había sido pactado en pesos, pero que fué reliquidado en UVR por el Fondo. La anterior modificación implicó que el plazo inicialmente convenido de quince años se extendiera a veinte años. El interés a cobrar igualmente sufrió modificaciones que perjudican los intereses patrimoniales del demandante, y el monto adeudado también varió.

Aspectos más relevantes desarrollados en la sentencia. Aclara que el principio de buena fe de las entidades bancarias no solo debe operar en el nacimiento de la

relación contractual, sino que debe continuar hasta la extinción de la relación contractual (durante toda la duración del contrato).

Afirma que las modificaciones inconsultas por parte del banco, son manifestaciones abusivas que violentan los principios del usuario del sistema financiero.

Decisión. La Corte decidió que la conducta del Fondo Nacional del Ahorro era violatoria de los derechos fundamentales del actor. En consecuencia ordenó a la entidad restablecer el crédito en pesos según lo pactado inicialmente con el actor.

5.1.2.4. Sentencia T-204 de 2.004 de la Corte Constitucional.

Hechos. Señala el actor que en el año de 1995 obtuvo un crédito otorgado por Concasa, asumido posteriormente por BANCAFE, el cual fue reliquidado por un alivio financiero. Con motivo de este alivio, se le informa que su crédito ya se encontraba cancelado. Pero posteriormente se le informa que aun debe dinero al banco porque este aplicó mal el alivio financiero.

Aspectos más relevantes desarrollados en la sentencia. En esta sentencia observamos un amplio desarrollo del principio del acto propio y los requisitos que deben confluir para que opere dicho principio.

Analiza la seriedad de la información que suministra un banco, ya que los documentos generados por las entidades bancarias se presumen veraces.

Ordena a la entidad financiera retirar de las bases de datos y cancelar el gravamen hipotecario en virtud de un abuso de la posición dominante y del respeto al principio del acto propio.

Aclara que los errores de las entidades financieras no pueden ser soportados por el usuario, y que los bancos no pueden en virtud de su posición más fuerte y de un abuso de sus derechos, instaurar un proceso ejecutivo hipotecario para imponer unilateralmente condiciones contractuales que vulneran el principio de buena fe contractual.

Pero el aspecto más importante de esta tutela es que solicita a la Superintendencia Bancaria, que en ejercicio de sus funciones adopte las medidas correctivas o sanciones a que haya lugar para que esta situación no se siga presentando.

Decisión. Ordenó a la Compañía demandada iniciar los trámites para la cancelación de la obligación hipotecaria y actualizar la información que hubiere

remitido a los bancos de datos, que garantice la adecuada protección del derecho al habeas data y buen nombre del accionante.

5.1.3 SUPERINTENDENCIA FINANCIERA.

5.1.3.1 CIRCULAR EXTERNA 023 DE 2005. Recuerda el Superintendente Jorge Pinzón Sánchez, que las prácticas tales como abuso de posición dominante implican la inobservancia de disposiciones legales como la prevista en el numeral 4.1 del artículo 98 del EOSF que contempla el deber de debida diligencia en la prestación de los servicios, mandato fundamental que, naturalmente, comprende el permitir razonablemente el acceso a los mismos.

Igualmente, dicho artículo consagra el deber que tienen las entidades de abstenerse de convenir cláusulas exorbitantes que puedan dar lugar a un abuso de posición dominante en la celebración de sus operaciones, abuso contrario a los principios que rigen tanto la actividad precontractual como la contractual en la celebración de un contrato y en su ejecución.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Superintendente reitera que la negativa de las entidades vigiladas a prestar los servicios o su terminación unilateral cuando ésta sea procedente, debe fundamentarse en una evaluación

individual, basada en criterios objetivos y razonables⁵⁷ que deben ser informados al consumidor cuando éste lo requiera.

5.1.3.2 CIRCULAR EXTERNA 023 DE 2004. Expone la Superintendencia que la información que reposa en las Centrales de Riesgo no debe ser el único elemento de juicio que las entidades vigiladas consideren al momento de tomar decisiones sobre el otorgamiento de crédito. Con todo, resulta innegable la importancia y estrecha relación que existe entre una sana administración de la cartera de créditos de toda entidad vigilada y la consulta a los bancos de datos sobre historia crediticia.

En desarrollo de tal deber y atendiendo lo dispuesto en el artículo 98 numeral 4º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que requiere de una especial diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes, las entidades vigiladas no pueden perder de vista que la información que de sus deudores suministran y consultan en las centrales de riesgos, en tanto se relaciona con su honra y buen nombre, cuenta con una especial protección constitucional y, por lo tanto, debe ser permanentemente actualizada y rectificadas cuando a ello haya lugar, de modo que sea siempre veraz y exacta, es decir, que revele con precisión la condición de pago de sus obligaciones. En otras palabras, el deber de reporte y consulta está siempre acompañado del deber de administrar y utilizar dicha información con total

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU - 157 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

responsabilidad, de forma tal que su oportuna actualización evite que información errónea o falsa pueda obstaculizar el acceso al crédito.

Atendiendo a la importancia que reviste una adecuada y responsable administración de la información sobre los deudores de las entidades vigiladas, que garantice la protección de los derechos constitucionales involucrados y sirva al propósito de promover la sana actividad crediticia en el país, esta Superintendencia aplicará las medidas administrativas correspondientes respecto de las entidades y los funcionarios que no cuenten con sistemas adecuados de seguimiento del comportamiento crediticio de sus clientes y de actualización de la información en las centrales de riesgos

5.1.3.3 CIRCULAR EXTERNA 005 DE 2003. Por el evidente interés del público en la cobertura a los créditos individuales de vivienda a largo plazo, la Superintendencia recuerda a aquellas instituciones vigiladas el deber de emplear la debida diligencia en la prestación de sus servicios, de forma que sus clientes sean atendidos adecuadamente en la ejecución de tales operaciones, en especial, suministrando información completa, cierta y comprensible sobre las condiciones y efectos de los créditos de vivienda, dadas las implicaciones económicas que este tipo de crédito conlleva para la sociedad.

5.1.3.4 CIRCULAR EXTERNA 016 DE 2003. Recuerda a las entidades financieras que deben dar cumplimiento al Decreto 690 del 19 de marzo de 2003, el cual señala que a más tardar el 1° de junio del mismo año, las entidades financieras deben designar a los defensores de cliente a que se refiere dicho decreto.

Adicionalmente, estas entidades tienen el deber de diseñar y aplicar mecanismos adecuados y permanentes de divulgación, que le permitan a sus clientes y usuarios conocer, en todo momento, el derecho que les asiste de acudir ante el defensor del cliente de la entidad para atender las quejas o reclamaciones que tengan contra la misma.

5.1.3.5 CIRCULAR EXTERNA 007 DE 1998. Circular expedida con el ánimo de reiterar a las entidades vigiladas la obligación que les compete de dar estricto cumplimiento a las normas sobre libre competencia y de adoptar conductas tendientes a evitar cualquier práctica susceptible de ser interpretada como dirigida a restringir o falsear el libre juego de la competencia o el acceso de los competidores al mercado.

En desarrollo de lo anterior, la Superintendencia considera pertinente recordar a las entidades vigiladas la prohibición de realizar actos, acuerdos o convenios entre sí, o adoptar decisiones de asociaciones

empresariales y prácticas concertadas, que directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro de los sistemas financiero, asegurador o provisional, *o cualquier acto que constituya un abuso de posición dominante*, así como celebrar pactos que tengan como propósito excluir a la competencia del acceso al mercado.

CAPÍTULO VI

6.1 MECANISMOS DE PROTECCIÓN CONTRA EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS.

En este capítulo sexto, enunciaremos los principales mecanismos de protección existentes en nuestro país, para hacer efectiva la protección de los usuarios frente a las cláusulas abusivas, explicando mediante una síntesis cada uno de los mecanismos, así como sus ventajas y desventajas.

Aclaremos desde el inicio de este capítulo, que en Colombia frente a las cláusulas abusivas es precaria, dado que los mecanismos vigentes son pocos, demorados y desactualizados para las exigencias del mercado financiero actual.

Sin embargo, no por ello el usuario debe renunciar a la protección de sus derechos y se debe sacar provecho de los mecanismos ya existentes mientras se crea un estatuto que regule ampliamente la materia.

6.1.1 Estatuto del Consumidor. El artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, hace énfasis en las condiciones patrimoniales y de solvencia de la

banca y así mismo prohíbe a los bancos celebrar operaciones que estipulen cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de la posición dominante.

Este es el único artículo en nuestro país que se refiere expresamente al abuso de la posición dominante por parte de los bancos y que consagra la prohibición legal frente a este tipo de conductas.

6.1.1.1 Ventajas.

- Este artículo consagra la prohibición a los bancos de abusar de su posición dominante, como punto de partida a la protección del usuario del sistema financiero, lo cual da origen al desarrollo jurisprudencial que se ha realizado para dar efectiva aplicación a este artículo.

6.1.1.2 Desventajas.

- Este artículo no encuentra desarrollo legal ni en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ni en leyes posteriores, por lo cual Colombia cuenta con una legislación pobre que no satisface las necesidades actuales de los usuarios del sistema financiero.

6.1.2 Sentencias de las Altas Cortes: Mayor alcance de protección al consumidor. Ante la pobre legislación colombiana en cuanto al tema de las cláusulas abusivas en el sistema financiero, el mayor alcance de protección al usuario se ha logrado en las diversas sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia⁵⁸, las más importantes se analizan en el capítulo V dedicado a la jurisprudencia colombiana sobre la materia.

En dichas sentencias, las Altas Cortes los principios que deben regular a la actividad financiera, y recuerdan a los bancos que no pueden abusar de posición dominante para desconocer los derechos del usuario, mediante modificaciones unilaterales del las condiciones inicialmente pactadas en el contrato o la imposición de condiciones gravosas injustificadas para el deudor.

Nos preguntamos con preocupación cuál sería hoy el panorama de los usuarios del sistema financiero, sin la protección efectiva que han dado los jueces colombianos aplicando principios constitucionales ante la falta de normas que regulen la materia de los abusos bancarios.

⁵⁸Ver al respecto, Expediente 1100113103018189320302 de 2.005 de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Expediente 3972 de 1.994 de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia T – 468 DE 2.003 de la Corte Constitucional, Sentencia T – 1091 de 2.005 de la Corte Constitucional , Sentencia T 626 de 2.005. de la Corte Constitucional, Sentencia T-204 de 2.004 de la Corte Constitucional y Sentencia de T-186 de 2.004 de la Corte Constitucional.

6.1.2.1 Ventajas.

Las decisiones de los jueces tienen carácter vinculante u obligatorio para los bancos de manera inmediata sin dilaciones de ningún tipo.

6.1.2.2 Desventajas.

Precisamente la falta de legislación frente a la materia, hace que las decisiones judiciales no sean uniformes y dependan de la capacidad de los abogados del proceso y de los medios probatorios de las partes, con el agravante de que la gran mayoría de los procesos, se llevan a cabo con un Departamento Jurídico altamente competitivo para resolver conflictos frente a la materia, y un abogado del usuario elegido con altas limitaciones económicas y de tiempo, lo que influye aún más en los diversos fallos.

6.1.3 Acción de Tutela. Este mecanismo, ligado también a la rama jurisdiccional, está consagrado para casos que cumplan los requisitos exigidos para la acción de tutela, asunto que ya se explicó en el capítulo anterior.

La gran ventaja de este mecanismo de protección con respecto a las sentencias de las altas Cortes, es la agilidad de su procedimiento, ya que el juez tiene 10 días hábiles para resolver al usuario la violación o no de sus derechos fundamentales.

La acción de tutela contra las entidades financieras es procedente por tratarse de una actuación de particulares “cuando estos asumen la prestación de un servicio público o detentan una posición de autoridad desde la cual producen un desequilibrio a una relación en principio entre iguales, circunstancia que conduce a la extinción del carácter horizontal de la igualdad que por presunción impera entre los particulares, llegando a vulnerar desde esa posición (con tendencia vertical) los derechos de los otros individuos.

Se protegen con la tutela los derechos fundamentales a la vivienda digna en conexidad con el mínimo vital y el derecho fundamental al debido proceso del accionante, cuando las entidades financieras abusen de su posición dominante y generen al usuario situaciones de indefensión, que deban ser resueltas de manera inmediata para evitar perjuicios irremediables al usuario.

La acción de tutela procede tanto por la violación al derecho de petición como por las vulneraciones que puedan emanar de una relación asimétrica como es la que se entabla entre una entidad financiera y los usuarios, 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.

6.1.3.1 Ventajas.

- Es el proceso más ágil que puede invocarse en nuestro país para la protección real, ágil y efectiva de los derechos del usuario del sistema financiero.
- A través de la acción de tutela, los bancos han visto inaplicadas sus cláusulas abusivas, así como la suspensión de sus procesos ejecutivos, claros ejemplos de una verdadera protección al consumidor.
- En caso de que la entidad haga caso omiso al fallo de tutela, el usuario podrá acudir a la acción de cumplimiento para que se acate la decisión.
- Es un medio expedito para la resolución de controversias, teniendo en cuenta que el juez debe fallar en un plazo máximo de 10 días hábiles, y comparado con el tiempo que dura un proceso judicial de cualquier índole, trae grandes ventajas de tiempo para el cliente bancario.
- Los costos de una acción de tutela son mínimos en proporción a un proceso judicial y por lo tanto se convierte en un mecanismo de fácil acceso para personas de cualquier nivel socio-económico.

6.1.3.2 Desventajas.

No procede para todos los abusos de posición dominante por parte de los bancos, sino que solo aplica para casos de indefensión en los cuales se vea claramente un perjuicio irremediable para el usuario que vulnere sus derechos fundamentales, es decir, es un mecanismo muy limitado.

6.1.4 Superintendencia Financiera. La Superintendencia Financiera de Colombia, anteriormente denominada la Superintendencia Bancaria, es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con Personería Jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio. La Superintendencia es la encargada de la inspección, vigilancia y control sobre las personas y las entidades que realicen la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de los recursos captados del público.

Esta entidad tiene por objeto, supervisar el sistema financiero Colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados. Además es la encargada de velar porque las entidades financieras no incurran en prácticas restrictivas del libre

mercado y desarrollen su actividad con sujeción a las reglas y prácticas de la buena fe comercial.

La Superfinanciera establece sus regulaciones para el control de las entidades prestadoras de servicios financieros, a través de Circulares Externas, las cuales son en realidad actos administrativos, con todos los recursos establecidos en el Código de Procedimiento Administrativo para los actos expedidos por la Administración Pública.

Además, puede imponer sanciones a las entidades que no se acojan a sus estipulaciones, las cuales se resumen en:

- Multa pecuniaria

- Remoción de los administradores, directores, representantes legales o revisores fiscales de las personas vigiladas por la Superintendencia Financiera.

- Clausura de las Oficinas de representación de Instituciones financieras.

Las sanciones anteriores a través de un procedimiento administrativo sancionatorio establecido en el artículo 208 del Estatuto Financiero, con el fin de

respetar los derechos de las entidades y en especial el debido proceso, y contra la resolución sancionatoria procederá únicamente el recurso de apelación ante el inmediato superior del funcionario que expidió el acto.

Así mismo, el estatuto establece en el artículo 209 las sanciones administrativas personales para diferenciarlas de las sanciones administrativas institucionales en el artículo 211.

Para destacar en este artículo del Estatuto Orgánico, es la posibilidad que se le da al Superintendente, en aras de evitar conductas delictivas de la entidades financieras, de ordenar al establecimiento multado que destine una suma de hasta de mil setecientos cuarenta y dos millones de pesos (\$ 1.742.000.000) a la implementación de mecanismos correctivos de carácter interno que deberá acordar con el mismo organismo de control.

En la página institucional de la Superintendencia financiera, (www.Superbancaria.gov.co), se observa un reporte de Sanciones a entidades financieras, con actos administrativos en firme para entidades que incumplieron las obligaciones estipuladas en las Circulares Externa de dicha entidad.

En cuanto a la Superintendencia de Industria y Comercio, su división de Protección al Consumidor y el Superintendente Delegado para la Protección al

Consumidor, consideramos importante aclarar que esta Superintendencia está más ligada a la regulación de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, marcas, propiedad industrial, control de precios, reglamentaciones sobre pesas, medidas y metrología, condiciones del Registro de calidad e idoneidad de bienes y servicios, entre otras, y por lo tanto, el tema de las cláusulas abusivas en los contratos bancarios se sale de su competencia, ya que la protección del consumidor en esta dependencia, está ligado a los aspectos relacionados en este párrafo y no al control de las entidades financieras, pues para ello, está expresamente la Superintendencia Financiera.

6.1.4.1 Ventajas.

Las facultades sancionatorias personales e institucionales que puede imponer la Superintendencia Financiera, obligan a los bancos a cumplir con las Circulares Externas que establecen procedimientos de control a los bancos, con el fin de que actúen aplicando principios como la ética y la buena fe.

6.1.4.2 Desventajas.

La Superintendencia Financiera puede imponer sanciones y multas pero no tiene facultades jurisdiccionales. Podría analizarse la posibilidad de crear un procedimiento administrativo ágil y eficiente, que evitaría un demorado proceso

jurídico casi siempre ordinario al usuario, para probar el abuso de posición dominante y los perjuicios causados. No es descabellado pensar en la posibilidad de un procedimiento ante esta entidad que le evite al deudor tener que acudir a un proceso de tantos años, obviamente dejando el proceso judicial como un último recurso.

6.1.5 Defensor del Cliente. El Defensor del Cliente es una figura creada por la ley 795 de 2003 (el cual reforma el Estatuto Orgánico Financiero) creada con el fin de proteger a los usuarios del sistema financiero y evitar arbitrariedades y abusos. El defensor del cliente es el vocero de los usuarios ante las entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera, el cual debe conocer y resolver de manera ágil, imparcial y en forma gratuita las quejas individuales de los usuarios, dentro de los términos que consagra la ley, relativas al incumplimiento de los bancos de las normas legales que las regulan o de las normas internas que rigen el desarrollo o ejecución de los servicios o productos que se ofrecen, o respecto a la calidad de los mismos.

El Defensor del Cliente es una instancia mediadora al interior de las entidades financieras que busca promover la solución ágil de las quejas presentadas por los usuarios ante la entidad, servir de instancia de autocomposición de conflictos y procurar que ciertos asuntos sean tratados por la entidad y el cliente, aunque ello

no elimine la competencia de la Superintendencia Financiera como ente de control y vigilancia.⁵⁹

Se busca con este, que la relación entre clientes y entidades prestadores de servicios financieros se desarrolle en un marco de buena fe, equidad y confianza recíproca y por ello, el Estatuto Orgánico consagra su obligatoriedad.

Las facultades esenciales del Defensor del Cliente pueden resumirse en la de ser vocero de los clientes o usuarios ante la respectiva institución y la de resolver quejas individuales, facultades que para todos los efectos, son esencialmente distintas a las funciones de inspección y vigilancia de la Superintendencia, pues el primero no tiene la competencia expresa para imponer sanciones ni para declarar responsabilidad administrativa. Por el contrario, su función se restringe a la de ser el vocero de los usuarios ante las entidades vigiladas y a la de conocer y resolver quejas relacionadas con la prestación de los servicios.

El Defensor del Cliente es un órgano independiente de los organismos de administración de las entidades financieras y debe resolver la queja del usuario en un tiempo máximo de 15 días hábiles sin perjuicio de las acciones judiciales que pueda presentar el usuario.

⁵⁹ Superintendencia de Valores. Boletín jurídico, diciembre de 2003.

Hay algunos asuntos que están excluidos de las funciones del Defensor del Cliente, tales como: hechos sucedidos con tres años de anterioridad a la fecha de presentación de la queja, asuntos laborales o de seguridad social, asuntos que superen los cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuestiones que se encuentren en proceso judicial, o aquellos que se refieran a la decisión del banco para prestar un producto o servicio, como por ejemplo la negación de un crédito, entre otros.

En el Estatuto Orgánico Financiero se consagra al Defensor del Cliente con carácter obligatorio para todas las entidades financieras, el cual es un particular elegido, nombrado y financiado por las mismas entidades vigiladas. Afirma que las entidades pueden agruparse con un solo Defensor del Cliente.

Así mismo, se establece un procedimiento para elevar una queja ante el Defensor del Cliente, acerca de cómo debe elaborarse la queja, y la posibilidad de acudir a la Superintendencia Financiera cuando el usuario no esté satisfecho con la decisión.

Anteriormente el Estatuto Orgánico consagraba un requisito de procedibilidad en el artículo 24 de la ley 795 de 2003, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional: Para poder acudir mediante queja, reclamo o derecho de petición ante la Superintendencia Financiera, el usuario primero debía tramitar su queja

ante el Defensor del Cliente, lo cual se declaró lesivo del interés general y violatorio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política. Actualmente no importa entonces que el usuario acuda al Defensor del Cliente o a la Superintendencia Financiera, pues esta última, está obligada a tramitar la queja del usuario con el mismo rigor y las mismas etapas procesales, y esta dentro de sus potestades considerar las sugerencias del Defensor del Cliente como a bien lo tenga.

Las decisiones o propuestas del defensor del cliente no tienen carácter vinculante ni obligatorio para la entidad financiera ni mucho menos para la Superintendencia a quien corresponde establecer eventualmente responsabilidades, y el banco o entidad financiera decide si se acoge o no a la recomendación del defensor del cliente.

6.1.5.1 Ventajas.

- Es el puente entre la entidad financiera y el usuario para las reclamaciones que este último tenga, y establece recomendaciones para una actuación ética del banco y acorde a la legislación que regula a dichas entidades.

- Cuando esta intermediación tiene éxito, y se logra conciliar, evita el inicio de un proceso jurídico, con lo cual se descongestiona la administración de justicia.

6.1.5.2 Desventajas.

- El Defensor del Cliente es financiado con recursos de la entidad financiera, lo que pone en duda su transparencia. Mientras no sea un organismo independiente, autónomo y financiado con recursos del Estado, sus decisiones tratarán en todos los casos de justificar la actuación de la entidad financiera.
- Las decisiones del defensor del cliente no tienen carácter vinculante, son simples recomendaciones, situación que puede ser o no acogida por la entidad financiera. Por lo anterior, pierde credibilidad esta figura.

6.1.6 Ligas o Asociaciones de Consumidores. Las ligas o asociaciones de consumidores como su nombre lo dice son asociaciones, entidades de derecho privado formadas por individuos que se asocian, se agrupan para defender sus intereses comunes, mediante el pago de unas cuotas, habitualmente muy moderadas. Estas entidades no tienen competencia alguna para resolver sus conflictos, pero si tienen reconocida legitimación para representar a sus

asociados, e incluso, en determinados asuntos a los consumidores en general y en reclamaciones judiciales frente a quienes lesionen sus derechos. En general, su labor es de asesoramiento e información a los consumidores de sus derechos, negociación con empresas o instituciones para que respeten los derechos de los consumidores y cumplan con la legislación que los garantiza y en último extremo, defenderlos ante los organismos arbitrales o administrativos competentes o ante los tribunales. Por supuesto, para el cumplimiento de esas funciones han de disponer de los profesionales más especializados en la materia.⁶⁰

En Colombia, se refiere a toda organización constituida mediante la asociación de personas naturales o jurídicas, con sujeción a las normas previstas en el decreto 1441 de 1.982, cuyo objetivo es el de garantizar la protección, información, la educación, la representación y el respeto de los derechos de los consumidores de bienes y servicios, así como velar por el pago de las indemnizaciones por violación de sus derechos.

Esta ley 1441 del 24 de mayo de 1.982, regula aspectos tales como: requisitos o condiciones de Organización, Constitución y Reconocimiento, Funciones, Auxilio y Cooperación estatal, Régimen económico y financiero, Control y Vigilancia, Prohibiciones, entre otras.

⁶⁰ www.Rancia.com/articulos. Artículo El consumidor ante los préstamos, en un mar de dudas. Autor: Jose Antonio Ballesteros Garrido. 7 de abril de 2005.

Su control y vigilancia está a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio y dichas asociaciones establecen su propio régimen económico y financiero, pero las entidades y organismos oficiales podrán auxiliarlos presupuestalmente.

Algunas asociaciones de consumidores en Colombia son:

- Consumidores de Colombia – “COCO”. Calle 59 # 10 – 59. Oficina 305. Edificio FABE. Bogotá – Colombia. Teléfonos 3475301 y 2357683.

E-mail: consumidorescolombia@latinmail.com

consumidorescolombia@hotmail.com.

- Confederación Colombiana de Consumidores. ccc@global.net.co

- www.apestan.com/asociaciones.html, en la cual se pueden encontrar las asociaciones de diversos países incluido Colombia.

- Asociación de Consumidores de Manizales y Caldas. Calle 20 # 19 – 12. Oficina 204. Manizales. Teléfono 8829466.

E-mail luisgserna@epm.net.co y consumidorescaldas@epm.net.co.

- Colombia Renace asociación que reúne a los afectados por el Upac a nivel nacional.

- Asociación Nacional de Usuarios del Sistema Financiero ANUSIF.
<http://anusif.8m.com/>

- Asociación de Usuarios del Upac, ANUPAC.

- Asociación de Usuarios del Sistema Financiero y los Servicios Públicos.

- Asociación de Usuarios del régimen Financiero ADUFIN.

6.1.6.1 Ventajas.

- Estas asociaciones pueden ejercer mecanismos de protección, tales como medios de comunicación o denuncia ante las entidades que vigilan la actividad bancaria, con el ánimo de proteger al usuario y hacer que el banco desista de sus pretensiones abusivas.

- Pueden prestar una buena asesoría jurídica a los usuarios mediante el acompañamiento de un abogado especialista en la materia o mediante la remisión a las normas o jurisprudencia que protegen al usuario de los abusos bancarios, con el fin de equilibrar en el proceso jurídico a las partes.

- Mediante la presión ejercida por estas asociaciones de consumidores, el banco o la entidad financiera se puede ver avocado a conciliar, evitando el tiempo y los costos del proceso jurídico a favor del usuario, quien es el que sufre con la espera de un fallo judicial.

6.1.6.2 Desventajas.

- No tienen competencia para imponer decisiones o sanciones al banco.

6.1.7 Proceso Judicial como última alternativa. Para cualquier tipo de conflicto, la única autoridad con capacidad vinculante para obligar al banco a cumplir con la ley, respetando los derechos de los usuarios, es el órgano jurisdiccional.

En Colombia, el juez competente para conocer de los abusos de los bancos mediante la imposición de cláusulas o prácticas abusivas es el Juez Civil, en proceso ordinario tendiente a probar el abuso de la posición dominante y lograr de esta manera la indemnización de los perjuicios que se logren demostrar en el proceso, así como el reestablecimiento de los derechos del usuario a partir de la declaratoria de nulidad o ineficacia de la cláusula contractual afectada por el abuso y en casos más graves, la inaplicación de todo el contrato cuando este ya no tiene sentido sin la cláusula.

La decisión del juez tiene carácter obligatorio para la entidad financiera, la cual deberá acogerse de manera obligatoria al fallo del juez de conocimiento.

6.1.7.1 Ventajas.

- La decisión del juez debe ser acogida por el Banco de manera inmediata sin dilaciones de ningún tipo.
- El fallo incluye la indemnización de todos los perjuicios causados al usuario, si esta pretensión se demuestra satisfactoriamente en el proceso judicial.

6.1.7.2 Desventajas.

- La justicia en Colombia es tardía y un proceso ordinario puede tardar cinco años o hasta 8 años si el proceso es dilatado con recursos, apelaciones y objeciones de las partes. Se requiere con urgencia agilizar los procedimientos judiciales y descongestionar la administración de justicia.
- El banco o entidad financiera cuenta siempre con un Departamento Jurídico especializado en legislación comercial, el cual cuenta con amplia experiencia y trayectoria y conoce claramente la mejor defensa para el banco con el objetivo de evitar a toda costa un proceso judicial.

Adicionalmente, el banco no tiene necesidad de un resultado rápido pues cuenta con una infraestructura que soporta dichos procesos ordinarios.

- El usuario por el contrario carece muchas veces de los recursos económicos para contratar un abogado especializado en la materia, situación que influye en el resultado del proceso.

- Los jueces en Colombia no pueden intervenir en las tarifas fijadas por los bancos, excepto cuando se cobra un interés por encima de la usura, situación que limita los abusos a otros eventos que no consideren el abuso como la tarifa fijada por el banco para la prestación de un producto o servicio.

- Se requiere una regulación legal para la actividad contractual de los bancos ágil, actualizada, que de certeza al usuario y que se adapte a las prácticas internacionales que están muchísimo más avanzadas que Colombia en cuanto a la protección efectiva de los usuarios del sistema financiero, ya que nuestra poca y atrasada legislación, genera grandes limitaciones a los jueces para la efectiva protección del usuario.

7. CONCLUSIONES

A continuación, desarrollaremos las conclusiones u opiniones a las que hemos llegado en nuestra tesis, luego de un análisis minucioso a las cláusulas abusivas en el sistema financiero Colombiano:

1. Se concluye que la operatoria bancaria colombiana se desarrolla mediante contratos típicos y atípicos prefabricados para la adhesión del usuario o consumidor, denominados comúnmente contratos por adhesión. Como explicamos en el desarrollo de nuestra tesis, este tipo de contratación por si misma no es negativa, pero si lo es cuando la entidad bancaria abusa de su posición dominante e impone sus cláusulas predisuestas por medio de las condiciones generales elaboradas unilateralmente con el exclusivo propósito de someter al cliente a los planes y directivas encaminados al mejor éxito de la actividad del banco y en detrimento de los derechos del usuario y del equilibrio contractual.

En nuestro país, no se le ha dado la importancia debida a esta clasificación contractual del contrato por adhesión, y se evidencia en la práctica bancaria colombiana, la fijación de condiciones unilaterales desproporcionadas y abusivas por parte de las entidades financieras, sin que exista la más mínima evidencia o

posibilidad de negociación individual por parte de los usuarios, ya que los contratos se hallan prerredactados, sin la participación o asentimiento previo del adherente en la determinación de las condiciones contractuales; Salvo en el caso de las grandes empresas o personas naturales con gran poder adquisitivo, las cuales se sientan frente al banco en una situación de paridad para negociar, los clientes de las entidades financieras se ven sometidos al abuso dentro del clausulado contractual o bien por fuera del clausulado, en lo que hemos denominado prácticas o conductas abusivas no reflejadas en el contrato.

Podemos concluir que la suscripción de cláusulas abusivas por parte de las entidades financieras frente al usuario o cliente, provoca un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de ambas partes, lo que compromete seriamente el principio de equivalencia y máxima reciprocidad en todo estado de derecho y se constituye en un abuso de la posición dominante por parte del banco.

En los precarios mecanismos de protección existentes en nuestro país para hacer valer los derechos de los usuarios bancarios y en la poca legislación desarrollada sobre la materia, se evidencia claramente la debilidad actual del usuario del sistema financiero frente a los bancos en Colombia.

De un análisis comparativo entre Colombia y los países Europeos y en cuanto a Latinoamérica, comparada con Argentina, nuestro país lamentablemente se

encuentra años atrás con respecto a la protección al abuso de la posición dominante y las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión celebrados con los bancos. Lo anterior, puede explicarse en nuestra opinión por tres situaciones:

- Poder económico de los bancos colombianos que influye en las decisiones políticas del ejecutivo y el legislativo.
- Pasividad el usuario del sistema financiero colombiano, que aceptó con resignación los abusos cometidos por los bancos, los cuales han acudido minoritariamente a los mecanismos establecidos para hacer valer sus derechos.
- Falta de iniciativas serias y actuales para desarrollar una ley o estatuto que abarque de manera amplia y eficiente las problemáticas actuales en cuanto a abusos bancarios.

Debido a estos abusos por parte de los bancos en sus contratos de adhesión, se hace necesaria una mayor vigilancia por parte de las entidades encargadas del control y regulación del sistema financiero, en especial, por parte de la Superintendencia Financiera. Si las entidades bancarias recibieran sanciones económicas considerables por sus actuaciones abusivas y contrarias a derecho, se hubieran podido evitar muchos abusos continuados de los bancos.

Resulta irónico que la prestación de servicios financieros, actividad de gran importancia para la sociedad y para la economía de un país, cuente con tan pocas directrices por parte del gobierno nacional, sus legisladores y jueces. Y más aún, resulta preocupante que los bancos puedan aún en nuestro tiempo, tomar decisiones autónomas y sin control alguno en temas tan delicados como las tasas de interés en captaciones y colocaciones, las cuales son absolutamente desproporcionadas y no guardan relación alguna con el servicio bancario efectivamente prestado por las entidades, o en la imposición de gastos excesivos, adicionales al objeto del contrato sin ningún tipo de control, entre otros.

2. Se concluye que Colombia requiere con urgencia la creación de un estatuto para la protección del consumidor con respecto al abuso de los bancos de su posición dominante y la aplicación de cláusulas y prácticas abusivas, ya que el Estatuto del Consumidor actual, no desarrolla este tema y se queda absolutamente corto para dar una real y efectiva protección al usuario de los servicios financieros.

Algunos de los temas relevantes acerca de los cuales debe pronunciarse este nuevo estatuto en nuestra opinión serían los siguientes:

- Este estatuto debe proteger a los usuarios de los mecanismos contractuales bancarios por medio de los cuales se promete al usuario una tasa baja con relación al mercado, pero el costo se encarece significativamente por cláusulas de letra chica. Para explicar mejor esta situación, las ofertas y la publicidad de los bancos sólo indican la denominada cuota pura, es decir, la cuota que habitualmente se informa al usuario, esta lejos de la cuota efectiva que realmente deben pagar los consumidores y los valores a cancelar pueden incrementarse hasta en un 50%. En efecto, la cuota real mensual incluye la cuota pura, seguros, gastos administrativos, seguros de vida, incendio y tasaciones que elevan enormemente la tasa real del plan y por ello, el estatuto debe contemplar esta problemática, con el fin de que antes de la suscripción del contrato por parte del usuario, el banco debe informar por escrito la cuota real a cancelar a cada uno de sus clientes.

- El estatuto deberá obligar a los bancos a entregar copia del contrato y bajo constancia de firmada a cada uno de los suscriptores, debido a que en innumerables reclamaciones presentadas por los usuarios, estos no pueden adjuntar las copias de los contrato de adhesión firmados ante sus entidades bancarias, porque ellas no cumplen con su obligación de entregarla, cuando lo normal en cualquier tipo de contrato es que cada una de las partes tenga copia del contrato celebrado.

- En nuestro medio es clara la necesidad de agilizar los procedimientos judiciales y de descongestionar la justicia, y es evidente que su funcionamiento actual incide en los costos de los usuarios del sistema financiero. Es necesario entonces que la regulación legal de la actividad contractual de las instituciones bancarias, las cuales están sujetas a vigilancia estatal, así como los procedimientos judiciales y extrajudiciales individuales originados en ella, se revise con propósitos de flexibilización, certeza adaptación a prácticas internacionales y protección de usuarios y clientes. Dicho de otra manera, el nuevo estatuto deberá contemplar nuevos y más ágiles mecanismos de protección del usuario del sistema financiero, así como la de mejorar los mecanismos ya existentes.

- Una de las mayores problemáticas como ya hemos dicho anteriormente es la relacionada con las tasas y precios de los productos del sistema financiero, es decir, el precio abusivo no ésta contemplado en nuestra legislación y es un punto critico a resolver. Muchos autores afirman que no puede haber precio abusivo, pero nuestra posición va dirigida a demostrar todo lo contrario, pues consideramos que el precio si se constituye en un abuso por parte de los bancos y con el, se vulnera al usuario mediante la imposición de unos costos por los servicios financieros que atentan contra el equilibrio contractual y los derechos del consumidor, en virtud de una

posición dominante y de un estado de necesidad por parte del cliente o usuario. En este punto, recordamos que la figura jurídica denominada lesión enorme que protege a los contratantes en cuanto al precio, no es aplicable al sistema financiero, es taxativa en cuanto al monto que debe superar el valor comercial y se queda corta para resolver los problemas complejos en cuanto al precio que pueden ocurrir en el sistema financiero.

- Siguiendo el ejemplo de los países europeos, el nuevo estatuto deberá enunciar un listado completo e indicativo de conductas abusivas, en las cuales no sea necesario acudir a un proceso judicial, para que estas sean nulas de pleno derecho, para lo cual solo sea necesario acudir a la Superintendencia Financiera para que ésta se declare inmediatamente y se ordene al banco eliminar dicha cláusula del contrato.

- Establecer la sanción jurídica aplicable a lo casos de cláusulas o practicas abusivas, ya que no hay seguridad jurídica por la falta de unificación de una sanción a aplicar.

3. En cuanto a los usuarios del sistema financiero, recomendamos que este siempre exija toda la información por escrito antes de adquirir un producto con un banco, para poder evaluar con tranquilidad y llevar a cabo todas las consultas necesarias, incluso insistir en obtener por escrito la cuota final o cuota a pagar del

producto o servicio. Así mismo, el usuario debe averiguar las exigencias para cancelar anticipadamente los créditos y los intereses corrientes y moratorios. En resumen, una vez tenga toda la información por escrito, debe analizarla detalladamente y de ser necesario, asesorarse de una persona con conocimientos financieros, con el fin de tomar una decisión acertada que no vulnere sus derechos.

Así mismo, el usuario debe leer y analizar correctamente los resúmenes del movimiento de su cuenta mensual y hacer saber al banco de cualquier irregularidad que observa en su cuenta, ya que el silencio frente a una situación, hará que el banco continúe con sus prácticas y cláusulas abusivas.

El usuario en consecuencia, debe quejarse si los costos son altos, reclamar si la letra de lo que firman es pequeña, exigir información veraz y presentar todas las reclamaciones pertinentes al banco, al Defensor del Cliente, a la Superintendencia Financiera y por último, acudir al proceso judicial ante los jueces civiles para exigir la protección a sus derechos. De esta manera, se debe acabar con la pasividad que ha caracterizado al usuario del sistema financiero en Colombia.

Finalmente con respecto al usuario, las cláusulas abusivas presentan una impopularidad manifiesta que perjudica gravemente los intereses económicos y financieros de los usuarios, situación que amerita la unión de todas las fuerzas de

la sociedad: consumidores, Asociaciones de Consumidores, Superintendencia Financiera, Cámara de Comercio, legisladores, sistema judicial y gobierno, con el fin de luchar por la equidad y justicia contractual en las relaciones con las entidades financieras.

4. Con respecto a los bancos, consideramos que estos deben asumir una mayor responsabilidad social, corrigiendo sus abusos, y evitando que más conflictos lleguen a los juzgados, por causas diferentes al no pago por parte del deudor. La banca necesita mejorar su imagen, para ello debe empezar por reconocer sus abusos y aceptar cuando el cliente tiene la razón, y no exigirles que acudan a la jurisdicción, teniendo en cuenta que los bancos se constituyen en el acreedor institucional socialmente más visible y más presente en los órganos jurisdiccionales. Las entidades prestadoras de los servicios financieros, deben reconocer la complementación necesaria entre el beneficio privado y la función social.

Si los bancos aducen sufrir costos excesivos, estos deben ser exclusivamente atribuidos a la ineficiencia de aquellos comparados con el nivel internacional, ante lo cual no es justo que esa ineficiencia deba ser cargada mediante abusos a los consumidores.

Si los bancos quieren mejorar su imagen y su percepción por parte del cliente, deberán personalizar sus servicios, con el fin de estudiar a cada cliente potencial y ofrecer el producto acorde a sus necesidades, respetando el equilibrio contractual.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio Jurídico. Santa Fe de Bogota: Editorial Temis S.A, 1.998.

- ALTERINI, Atilio Aníbal, DE LOS MOZOS Jose Luis y SOTO Carlos Alberto. Contratación Contemporánea. Santa Fe de Bogota: Palestra Editores y Editorial Temis, 2.000.

- MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires: Ed. Ejea, 1.971.

- PINZON SÁNCHEZ, Jorge. Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano, revista 17.

- PINZON SÁNCHEZ, Jorge. La responsabilidad Social Empresarial y las utilidades societarias: El caso bancario; mas que cuanto, como y en que.

Intervención del Superintendente Bancario de Colombia, en la XI Convención Bancaria y de Entidades Financieras, Cartagena de Indias, 16 de junio de 2.005.

- REZZÓNICO, Juan C. Principios fundamentales de los contratos. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1.999.

- TAMAYO JARAMILLO, Javier. Cláusulas para eliminar ciertas obligaciones, aligerar la carga de la prueba, o para exonerar total o parcialmente de responsabilidad.

- LARROUMET, Cristhian. La protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estipuladas en los contratos en derecho comunitario europeo y en derecho francés.

- SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. Tomado de www.hechosdelajusticia.org: Las Cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en el contrato predispuesto.

- BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. El consumidor ante los préstamos. En un mar de dudas.

- MARIS, Funcionaria de la Superintendencia Bancaria: Protección del Consumidor de servicios y productos financieros.

- ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo. Protección del asegurado y cláusulas abusivas. En Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros AIDA-CILA, N° 15 Bogota.

- RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios, su significación en América Latina. Bogota. Ed, ABC Ltda, Cuarta edición, 1.997.

- BENÍTEZ CAORCI, Juan J. La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A. 2002.

- MANZUR, Michel Numa. Reflexiones sobre las cláusulas no escritas en el código de Comercio. p. 4.

- Curso de derecho de los contratos.

- Código de Comercio.

- Código Civil.

- Proyecto de Ley Estatuto de Defensa del Consumidor.

- Superintendencia de Valores. Boletín jurídico, diciembre de 2003.

- Directiva Europea 93/13/CEE del Consejo del 5 de abril de 1.993, denominada
PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

- www.Wikipedia.org/wiki/contrato. Marzo 2 de 2.006.

- www.derechocomercial.edu.uy/ClaseContratosBanc01.htm. Marzo 2 de 2.006.

- www.jurisprudencia.gob.sv/explois/consultas/resultado.asp?nBD=1. Marzo 2 de 2.006.

- www.Ccquito.org/desarrollo/portal.nsf. Marzo 2 de 2.006.

- www.Circunstancias a tener en cuenta al solicitar un préstamo hipotecario.
Marzo 2 de 2.006.

- [www. Consumo-inc.es](http://www.Consumo-inc.es). El gobierno aprueba el proyecto de ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios y lo remite al Congreso para su tramitación parlamentaria. Marzo 2 de 2.006.

- [www. Ciao.es/Caja_Madrid-Opinion_ 846069](http://www.Ciao.es/Caja_Madrid-Opinion_846069). Artículo Yo me ayudo, tu me ayudas, el me ayuda. Marzo 2 de 2.006.

- www.rankia.com/articulos. Artículo: Malas prácticas bancarias. Pag 1. Marzo 2 de 2.006.

- [www. Proconsumer.org.ar](http://www.Proconsumer.org.ar), artículo “Sistemas para la prestación de servicios, pag 5. Marzo 2 de 2.006.

- www.elespectador.com/histórico/2005-08-28. Artículo: “Es un abuso de los bancos”. Marzo 2 de 2.006.

- [www. Rancia.com.articulos](http://www.Rancia.com/articulos). Artículo El consumidor ante los préstamos, en un mar de dudas. Autor: Jose Antonio Ballesteros Garrido. 7 de abril de 2005. Marzo 2 de 2.006.