

Los artículos publicados no comprometen a la Superintendencia Bancaria de Colombia y son responsabilidad exclusiva de sus autores.

LAS CENTRALES DE RIESGO Y LOS CONTRATOS BILATERALES

*Por: Luis Fernando López Roca
Ex-funcionario de la Superintendencia Bancaria*

El uso –e infortunadamente a veces, el abuso- de las denominadas Centrales de Riesgo ha generado justificadas preocupaciones entre los ciudadanos, quienes en no pocos casos se han visto obligados a recurrir a la acción de tutela en defensa de sus derechos. Son muchas las providencias que la Corte Constitucional y los jueces de tutela han producido en torno al llamado *habeas data*, amén del Proyecto de Ley 124/2001 de la H. Cámara de Representantes, el cual, afortunadamente, no hizo curso en la presente legislación dadas las modificaciones introducidas en el Congreso, que desvirtuaron la idea inicial, por cierto de buena factura conceptual.

Mucho se ha hablado del sensible tema de la tensión entre el derecho de la comunidad, o de parte de ella –como es el caso del sector financiero- a la información, y el derecho de todo ciudadano a su intimidad, así como de

los diferentes criterios que deben usarse para resolver este ‘conflicto de intereses’. Sin embargo hay algunos aspectos que son de importancia y no se han tocado. Constituyen la razón de ser de este escrito y a ellos nos referiremos más adelante.

LOS CONTRATOS UNILATERALES Y LOS BILATERALES.

En primer término cabe precisar que, más allá de sus orígenes, las Centrales de Riesgo se han organizado y tomado fuerza en nuestro país –lo mismo que en otros muchos- a partir del uso que de la información requiere el sector financiero en la celebración de contratos generalmente ‘unilaterales’. Los contratos de préstamo o crédito son llamados ‘unilaterales’, en la medida en que una vez entregado el dinero¹ por la entidad financiera la única de las dos par-

¹ Según la doctrina más aceptada el contrato de mutuo es real, es decir, no existe como tal sino a partir de la entrega del dinero por parte del acreedor al deudor. En ese orden de ideas, una vez se perfecciona el contrato con dicha entrega, el acreedor ya no soporta sobre sí ninguna obligación. Ellas solamente quedan a cargo del deudor.

tes en el contrato en cuya cabeza quedan obligaciones por cumplir es el deudor: la institución crediticia ya ha cumplido lo fundamental que estaba a su cargo que es, precisamente, la entrega del dinero. Dicho de otra manera, cuando el contrato se celebra, solamente una de las partes queda con obligaciones a su cargo, de lo cual se sigue su denominación como ‘unilateral’.

Por oposición a los contratos ‘unilaterales’ existen los contratos bilaterales, en los cuales, una vez se celebra el contrato, quedan ambas partes sujetas a cumplir diferentes obligaciones. Estas obligaciones se ponen más de manifiesto cuando dichos contratos son, además, de ‘trato o ejecución sucesiva’, es decir, que se cumplen en el tiempo y no se agotan en un momento dado, como ocurre usualmente con la compraventa de contado, por ejemplo, perteneciente al género de los llamados contratos de ‘ejecución instantánea’.

En el contrato bilateral de ejecución sucesiva, al estar obligadas ambas partes a cumplir a lo largo del contrato con sus obligaciones, se puede dar la hipótesis de que ambas desconozcan –en un momento dado- lo pactado en el contrato. Si ello ocurre es muy probable que se presente una situación regulada por la ley conocida como ‘excepción de contrato no cumplido’ que equivale a decir que un contratante no está en mora de cumplir con sus obligaciones si su contraparte no ha cumplido en la forma y tiempo debidos con las suyas.

Sería el caso de un arrendatario que deja de pagar el canon a que está obligado, por considerar que el normal disfrute de la cosa dada en arriendo no ha sido posible, es decir, en razón a que el arrendador no ha dado cumplimiento a su obligación de garantizar al arrendatario el disfrute tranquilo del bien arrendado. O el caso de un deudor que deja

de pagar el precio para cuyo pago ha recibido plazo por parte del vendedor, por considerar que el bien adquirido no es idóneo para el uso para el cual fue comprado.

Las Centrales de Riesgo en el sector financiero se iniciaron a partir de la información proveniente de ‘contratos unilaterales’, es decir, de contratos de crédito en los cuales la única parte que podía incumplir era el deudor que había recibido el dinero por parte de la institución financiera.

En ese sentido, el reporte de ‘mora’ o ‘incumplimiento’ que hacían –y que hacen- las Centrales de Riesgo se refería a una situación en la cual, salvo error en la información, se evidenciaba un hecho cierto: el deudor había dejado de pagar no obstante que a cargo del banco o institución financiera no quedaba ninguna obligación sino todo lo contrario: el derecho a recibir el dinero prestado.

Al tratarse de un ‘contrato unilateral’, el deudor no podía alegar que el banco o institución no había cumplido con sus obligaciones.

En etapas posteriores del desarrollo, los Bancos de Datos o Centrales de Riesgo comenzaron a nutrirse de la información proveniente de los contratos denominados ‘bilaterales’, y, más aún, de los que hemos llamado de ‘ejecución sucesiva’, es decir que se cumplen por ambas partes durante todo el tiempo en que dure el contrato. Así las cosas, la información proveniente de empresas vendedoras de libros, de operadores de telefonía celular, de prestadores del servicio de televisión por cable, para solo mencionar algunas, comenzó a ser guardada en bases de datos de las Centrales de Riesgo de uso del sector financiero, aunque no exclusivas suyas.

LA PROBLEMÁTICA DE LOS CONTRATOS BILATERALES DE EJECUCIÓN SUCESIVA.

El problema que la acumulación y uso de esta información supone es triple: (i) De un lado usualmente sólo se reporta la información sobre el comportamiento contractual de una de las partes, esto es, la que tiene derecho a recibir un dinero que -supuesta o realmente- no ha recibido, cuando pueden existir numerosas circunstancias que ameritan la ausencia del pago por la parte que está obligada a él; (ii) de otro, equipara la 'presencia' -en la base de datos- de un deudor que ha recibido ya la prestación a que estaba obligada su contraparte (como el caso del préstamo), con la de otro que puede mantener una reclamación, incluso judicial, con su co-contratante con ocasión de la mala prestación de un servicio o de la mala calidad de un producto, y que por tal razón se rehúsan al pago del saldo pendiente; y (iii), el más grave, facilita la presión indebida -que puede llegar a constituir un verdadero 'chantaje' en algunos casos- sobre el deudor que se abstiene de pagar por considerar que su contraparte le ha incumplido, pues los usuarios de la información y dentro de ellos el sector financiero infortunadamente en ocasiones no reparan en la causa de la 'mora' registrada e 'invitan' al moroso a ponerse al día en sus obligaciones para poder acceder al crédito, o a un producto o servicio.

A partir de esta circunstancia, el peso específico que para el sector financiero tiene la presencia de un deudor en una Central de Riesgo como 'incumplido' o 'moroso' tiende a "trivializarse" y perder importancia, en la misma proporción en que a dicha base de datos ingresen -muchas veces injusta cuando no arbi-

trariamente- personas vinculadas a un 'contrato bilateral de ejecución sucesiva', en el cual la parte obligada a cumplir con la porción no monetaria del negocio (vb.gr. el arrendador o el prestador de un servicio) puede estar incumplido, haciendo que aquél que no ha pagado la suma de dinero (vb.gr el arrendatario) no se encuentre en mora².

En la medida en que las Centrales de Riesgo se conviertan en depositarias de información que por su naturaleza puede ser muy imprecisa, como sería el caso de una supuesta 'morosidad' que no depende del simple paso del tiempo, como sí ocurre por lo general en los contratos unilaterales, sino que está sujeta, para configurarse, al cumplimiento de las obligaciones del otro contratante, correrán el grave riesgo de facilitar información cuya probabilidad de mal uso es muy alta, con las consecuencias que ello puede acarrear a los clientes, a las entidades financieras y a las propias Centrales de Riesgo.

LAS OBLIGACIONES DE LAS CENTRALES DE RIESGOS Y LAS DE LOS USUARIOS DE LA INFORMACIÓN.

Cierto es que el mero registro y guarda de la información no equivale, por sí mismo, a su uso, y, menos aún, a su uso inadecuado. En este sentido, la problemática que aquí se identifica tiene dos aristas claramente diferenciadas: la primera tiene que ver con la legalidad y la conveniencia de que las Centrales de Riesgos se abran -como lo han hecho- a todo aquél que se encuentra en el lado 'no monetario' de una relación contractual, es decir, aquél a quien

2 Para el derecho, un contratante no se encuentra 'en mora' así no haya observado las obligaciones que contrajo, mientras su contraparte no haya cumplido, por su parte, las prestaciones a que está obligado. Es la situación regulada por la ley en la llamada "excepción de contrato no cumplido".

su contraparte está obligado a pagarle una suma de dinero a cambio de los bienes o servicios que, de manera instantánea o sucesiva, ésta le ha prestado o le prestará en el futuro; y la segunda -de lejos la más importante-, la que se refiere el uso que de esa información se haga, especialmente por parte del propio sector financiero.

Las Centrales de Riesgo tienen, cuando menos, la obligación de ser especialmente celosas tratándose de deudas ocasionadas en 'contratos bilaterales' sobre todo si ellos son de 'ejecución sucesiva'. Dicho celo, además de revelarse en el cumplimiento de la obligación general que les es propia, en el sentido de velar por la exactitud de la información que recojan, debe acompañarse de labores de información simultánea al propio afectado, con el fin de que la persona señalada como incumplida sepa de su situación cuanto antes y no precisamente en el momento en el cual una información inexacta es susceptible de producir más daño: cuando la persona trata de solicitar un crédito o adquirir un bien o servicio.

Este principio, desde luego, es igualmente predicable en el caso de supuestos o reales incumplimientos en los contratos de crédito, pero cobra mayor importancia en los acuerdos bilaterales por las razones explicadas a espacio en los párrafos anteriores.

Por otro lado, la revelación de la información contentiva de la justificación de la situación de no pago debe guardar equivalencia con la proveniente de la empresa que informa la situación de mora de sus deudores, de suerte que el usuario de la información pueda, de manera sencilla y clara, formarse un criterio sobre el alcance del aparente incumplimiento.

El problema en este punto reside en la forma como muchos usuarios de la información -sobre todo el sector financiero- la usan, dado el

carácter masivo de la operación que desarrollan. Los sistemas de medición de riesgo para permitir el crédito a una persona (por parte de un banco) o el plazo para el pago de un bien (en el comercio ordinario) suelen ir estandarizados de tal manera que el análisis individual que aquí se propone puede llegar a ser impracticable por razones de costo.

En ese caso, se impone una solución drástica: que el usuario de la información no tenga en cuenta el comportamiento crediticio del deudor, cuando éste provenga de lo que hemos llamado 'contratos bilaterales de tracto sucesivo' como pueden ser los de arrendamiento, telefonía celular y en general servicios públicos no domiciliarios, suscripción a televisión por cable, etc., pues, se repite, en todos ellos es muy posible que existan razones justificadas que explicarían la mora.

LA PREDICTIVIDAD DEL INCUMPLIMIENTO.

Se ha dicho -y no sin parte de razón- que aún tratándose de este tipo de relaciones contractuales, el comportamiento del deudor es 'altamente predictivo', es decir, que suele existir una relación directamente proporcional entre el incumplimiento en esta serie de acuerdos comerciales y el de otro tipo de deudas, como podrían ser las contraídas con instituciones financieras. Dicho de otro modo, que se observa que aquél que incumple contratos bilaterales -como los de telefonía celular- termina, casi invariablemente, incumpliendo los demás contratos, y dentro de ellos los de crédito.

El asunto no es de poca monta. Aún de ser cierto este 'comportamiento predictivo', no debe olvidarse la idoneidad que este tipo de información tiene para producir daño, máxime cuando el deudor se entera de la situación en momentos en los cuales puede verse en la

necesidad de pagar algo que de buena fe estima que no debe, dada la urgencia en la obtención de un crédito, un bien o un servicio.

EL CÍRCULO VICIOSO

Y es que el círculo puede tornarse vicioso con facilidad: la Central de Riesgo puede alegar que no es su problema -y es cierto de algún modo- pues ella suministra la información que un tercero da, sin certificar si es cierta o no, además de permitir que siempre el deudor dé su versión de los hechos, claro está si se le ocurre hacerlo porque el mecanismo -al menos hasta ahora- no es automático. El acreedor, por su parte, podrá sostener que más allá de las razones que tiene el deudor en relación con el contrato bilateral, por ejemplo el mejoramiento del servicio celular prestado, el arreglo del bien en garantía, la adecuación del inmueble arrendado al fin para el cual se alquiló, lo cierto es que el deudor está en 'mora' de una suma determinada de dinero. Y el círculo se cierra con el uso de estándares de información 'automáticos' en las operaciones masivas -como ocurre con el sector financiero- por razones de costo en el estudio del crédito, que impiden un análisis de las razones 'caso por caso', lo cual hará que, a la postre, exista una muy alta probabilidad de que el deudor no pueda acceder al nuevo crédito, o al nuevo bien o servicio que desea adquirir con relativa agilidad, pese a que pueden existir razones valaderas que explican y/o justifican su situación de mora.

LA BANCA NO ES 'SERVICIO PÚBLICO'

No comparto de ninguna manera las imprecisiones conceptuales cometidas por la Corte Constitucional en punto a la definición, como servicio público, de la actividad financiera³. En tal sentido, la procedencia de la acción de tutela con ocasión de su prestación por las instituciones financieras, la cual se fundamenta en esta supuesta calidad de servicio público, es bastante discutible. Dicho de otro modo, la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares⁴ no pasa, a diferencia de lo que ha dicho la jurisprudencia constitucional, por la aceptación de la tutela contra entidades financieras privadas, entre otras cosas porque -como se ha dicho- ellas no prestan ningún 'servicio público'. Pero aún bajo esa tesis no deja de tener vigencia el principio según el cual todo aquél que cause un daño está en la obligación de repararlo.

Si ello es así, la improcedencia de tutelar un derecho a partir de una actividad desarrollada por un particular no significa que la forma como la actividad de las Centrales de Riesgo se presta actualmente, sea adecuada. Ni que el 'círculo vicioso' que se puede generar, como se ha visto, deje de existir. Es decir, aunque el problema no deba resolverse en el ámbito de los derechos fundamentales⁵, sí es necesario buscar una solución que contrarreste el mal uso de la información que reposa en los bancos de datos y prevenga la causación de perjuicios, sobre todo en los contratos que hemos llamado 'bilaterales de ejecución sucesiva'.

3 No es del caso tratar en este escrito tales imprecisiones, pero sí es oportuno señalar que la Asamblea Constituyente optó por una figura diferente, cual es la de definir que la actividad es de 'interés público', para cuyo ejercicio se precisa permiso del Estado, según reza el artículo 335 de la C.P., figura que se aparta de la noción del 'servicio público' propia del derecho francés.

4 Para usar la expresión de Alexei Julio en su libro sobre derechos fundamentales.

5 Y, como tal, dentro de la figura de la tutela.

PROPUESTAS

Una de las opciones para prevenir que el sector financiero coadyuve -involuntariamente- en la afectación de derechos de terceros consiste en exigir de las Centrales de Riesgo o bancos de datos que utilicen en desarrollo de su actividad crediticia, que cuenten con mecanismos eficaces para que la persona afectada con una información negativa sea puesta al corriente, de manera inmediata, de dicha circunstancia.

Aunque una medida de este tipo no elimina los riesgos derivados de una información insuficiente o inexacta, es evidente que sí tiene el poder de minimizar el impacto negativo que puede producirse al permitir que la discusión sobre la justeza o no de la inclusión de una persona en la base de datos sea dada con independencia de la necesidad del afectado de acceder, normalmente con prisa, a un crédito o a un bien o servicio determinado.

Una segunda medida estaría relacionada con la adopción de una revisión automática por parte de los bancos e instituciones financieras

en aquellos casos en los cuales el análisis de crédito arroje resultados negativos provenientes de comportamientos crediticios del deudor en relación con empresas no-financieras, como sería el caso de la telefonía celular o la televisión por cable. Esta medida debería tener, como complemento, de ser posible, un análisis individual del comportamiento crediticio del usuario en el cual se conocieran las razones que explican el supuesto o real incumplimiento generado en operaciones con empresas no-financieras.

Una tercera medida -que, de hecho, ya ponen en práctica algunas instituciones- sería la de abstenerse de usar información referida a lo que hemos llamado 'contratos bilaterales de ejecución sucesiva' y limitarse al comportamiento del deudor con las entidades de crédito. Esta conducta, que para algunos puede parecer inadecuada porque renunciaría al supuesto o real poder 'predictivo'⁶ de ese tipo de información, elimina una serie de riesgos que quizás no se están evaluando bien⁷, de cara a los desarrollos que el *habeas data* tendrá en los próximos años.

Julio de 2003

6 La atracción que la 'predictividad' de una información supone para quien la usa, no puede dar al traste con el análisis de los diferentes riesgos inherentes a su empleo.

7 Es preciso que el sector financiero deje de actuar de manera reactiva frente a ciertos desarrollos sobre derechos subjetivos y, dentro de ellos, sobre derechos fundamentales. Reconocer la capacidad de hacer daño, que un uso inadecuado de la información tiene, y adoptar medidas eficaces para prevenirlo, garantizará que en el futuro ciertos mecanismos como las Centrales de Riesgo cumplan de manera apropiada el papel tan importante que tienen en el otorgamiento de crédito.