

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

## REGULACIÓN CONTRACTUAL Y CONSUMIDORES

*Por: Emilio José Archila Peñalosa  
Ex-funcionario de la Superintendencia Bancaria*

### INTRODUCCIÓN: LA EVOLUCIÓN DE LA ECONOMÍA COLOMBIANA EN LOS AÑOS NOVENTA

**L**a evolución del sistema financiero colombiano, durante la década de los noventa, es determinante en relación a los usuarios de esta clase de servicios.

Este periodo trajo los mayores retos vistos, derivados, entre otras, de la apertura e internacionalización incluyendo, por supuesto, la liberalización del sector financiero.

Esa década de los noventa se dio una importante inversión extranjera. Bancos y accionistas que operaban en economías desproporcionadamente grandes para nosotros, se instalaron en Colombia.

La inversión trae tecnología y nuevas formas de hacer los negocios.

Se crearon y se siguen creando, productos y sistemas de distribución que solamente funcio-

nan en la medida en que haya contratación masiva.

Paralelamente a este proceso de "industrialización" de las relaciones jurídicas que gobiernan la prestación de servicios financieros, hemos sido testigos de formas de acumulación de riqueza y concentración de poder económico, nunca antes vistos.

Esa combinación de contratación masiva y de la posibilidad infinita de acumular riqueza, y poder implica que cada día nos vamos a alejar más de la posibilidad de que cada quién haga valer individualmente sus derechos. El culto a la autonomía de la voluntad, ya no es suficiente.

Pero el proceso está aún incompleto. Lo que tenemos es una situación de paso, entre una época en la cual había libre contratación, donde las personas contrataban uno con uno, y otro extremo que se avisa.

En este estado intermedio, tenemos un marco jurídico creado a la sombra del fetiche de la autonomía de la voluntad y de los pañitos de

agua tibia que legislativamente le hemos puesto a una relación inequitativa.

Pero eso no es suficiente, ni va a ser suficiente nunca.

La principal razón para esa insuficiencia es que se trata del resultado reactivo y no proactivo a las cambiantes condiciones de negocio financiero:

Las autoridades se dan cuenta de que existe una arista de la relación entidad financiera- cliente, donde se está presentado una iniquidad y, tratan de solucionarlo con alguna regla. De esa manera, el Estado siempre va detrás de las injusticias.

Para que la secuencia de iniquidades deje de tomar ventaja a las personas es preciso que las leyes, regulaciones e intervenciones administrativas, logren una estructura jurídica que nivele las diferencias dentro del proceso de negociación.

Pero mientras eso ocurre, vale la pena una mirada integral al esquema con que contamos:

## **1 MARCO NORMATIVO**

El marco regulatorio de las relaciones de las entidades financieras con sus usuarios está constituido principalmente por la Constitución Política, las disposiciones del Código Civil y el Código de Comercio, el estatuto de protección al consumidor, como se verá, aplicable al sector financiero, las regulaciones antimonopolios y las normas de competencia desleal, y obviamente, las normas especiales contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria.

## **2 LIBRE EMPRESA COMO MODELO DE DESARROLLO ECONÓMICO**

Para entender el esquema dentro del cual se mueve la protección al consumidor, es prerequisite tener presente el modelo de economía por el cual optó el país.

Estamos convencidos, constitucionalmente, que la libre empresa, que el modelo de mercado, es el mejor asignador de recursos. Esto implica permitir que los empresarios decidan en dónde asignar los recursos y cómo distribuir las utilidades de esos negocios.

El papel del consumidor dentro de una economía de mercado es absolutamente vital, tanto micro como macro económicamente.

En efecto, los consumidores deberían, si se les dan los elementos de juicio suficientes, volverse económicamente racionales. Ese ser humano, económicamente racional, es el que permite a nivel macro que se premie a los más eficientes y se castigue a los menos y a nivel del país, que se le asignen recursos a aquellas áreas de la economía donde hay déficit pero que deberían tener más recursos y que se les quiten esos recursos a las áreas en donde hay ineficiencias o excesos.

Para eso el consumidor tiene que estar dotado del mínimo de garantías que le permitan actuar.

Entonces, la conservación de un ambiente de libre competencia parte del supuesto del cumplimiento de los principios que vamos a señalar.

## **3 LIMITACIONES PERMITIDAS CONSTITUCIONALMENTE**

### **3.1 Un marco de aproximación**

Para lograr que el sistema de mercado lleve sus beneficios a todos, en términos de un mejor

nivel de vida, debemos encontrar un balance entre la libre empresa como un absoluto y las limitaciones que son necesarias para que no implique una concentración de privilegios en pocos y riesgos y costos en la mayoría.

Para conocer en qué lugar se ha establecido ese balance, en el mercado financiero, se puede dar respuesta a las siguientes 3 preguntas:

¿Quién puede ingresar a un mercado? ¿Quién puede participar de una actividad económica? ¿Quién puede tomar la decisión de cubrir una necesidad económica de un país?

¿Qué puede hacer esa persona una vez decida ingresar a ese mercado? ¿Cuáles son esas actividades que puede desarrollar?

¿Y cómo puede realizarlo?

Si la respuesta a los interrogantes es absolutamente económica, si para contestar uno tuviera solamente números, curvas y gráficos, estaríamos hablando de la libertad de la empresa absoluta.

En contraste, si las respuestas nos llegan con incisos, numerales, artículos, párrafos, la pretendida libertad de empresa estará altamente limitada.

Para el caso de la actividad financiera, en la Constitución Política de 1991 se dieron orientaciones muy específicas ya que esa actividad solo puede desarrollarse, "**(...) previa autorización del Estado**".

Con la frase se hizo claridad que la actividad financiera es de particulares aunque sólo puede ser desarrollada previa autorización del Estado.

En este sentido, constitucionalmente la libertad de empresa en el sector financiero no sigue los parámetros de la normalidad de las activi-

dades, porque solamente se puede ingresar a ese mercado si se cumplen los requisitos que se hayan señalado.

Esos requisitos, recordemos, se refieren no solamente a las entidades sino se refieren también a las personas. Hay condicionamientos en cuanto al tipo de sociedad, la organización, los capitales, la formación, la organización corporativa etc. Y, hay disposiciones en cuanto a las personas mismas que van a desarrollar esa actividad, bien sea como directores o como accionistas.

Las restricciones y limitaciones, en cuanto al quien, vienen aparejados con el "qué se puede hacer". En nuestro caso, habiéndose acogido la teoría de los estatutos especiales, las entidades financieras, primero, solamente pueden dedicarse a actividad financiera, y segundo, cada entidad financiera, dentro del gran mundo de la actividad financiera, solamente puede hacer aquello que le está permitido a ese tipo de entidad.

Entonces el "qué" no es absoluto, sino muy restringido.

Entonces el "qué" no es un "qué" absoluto.

Finalmente y el directamente relevante para el tópico de estas notas, el "cómo", en la medida que la mayoría de las restricciones que se le hacen a la libre empresa financiera para proteger usuarios, dicen cómo se debe adelantar alguna faceta de los negocios.

Una parte importante del cómo de la actividad financiera se señala en la Constitución Política: debe procederse de modo que se adecúe a la naturaleza "(...) de interés público" que la reviste.

Obviamente esa protección, vista desde la óptica del empresario, es una carga, e implicará una limitación a la libre empresa.

Esa restricción a la libre empresa a favor de los usuarios del sistema financiero es consistente con la dinámica constitucional para la armonización de los derechos consagrados en su texto.

La interpretación que se ha dado a la libre empresa consagrada en el artículo 333, es que no es un derecho absoluto. La libre empresa es un derecho relativo, lo cual quiere decir que está expuesto a ser limitado, a tener fronteras en otros derechos constitucionalmente tutelados.

La Corte Constitucional ha dado algunas indicaciones de cómo interpretar esas posibles limitaciones.

### **3.2 Una sola constitución**

La Constitución Política es una sola y debe interpretarse como un todo armónico.

Los derechos consagrados constitucionalmente tienen mayor o menor posibilidad de originar restricciones a la libre empresa, dependiendo de si se trata de derechos económicos o de libertades individuales.

En el caso que se trate de libertades individuales, ese tipo de libertad prima sobre el derecho económico. Las bases de datos es el típico caso<sup>1</sup>.

Si, por el contrario, se trata de un enfrentamiento entre dos derechos económicos, es preciso una interpretación que permita el mínimo de restricciones a un derecho y el mínimo de restricciones al otro, para que ninguno de los dos se elimine. El tema de las cláusulas abusivas y la interpretación que le ha dado la Corte Suprema de Justicia a alguno de esas disposiciones son ejemplos de ello<sup>2</sup>.

### **3.4 Limitaciones, sólo por ley**

Constitucionalmente, cualquier limitación que se vaya a dar a la libertad de empresa debe tener su fuente en la ley. No puede ser originada en decretos.

## **4 LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES COMO LIMITACIÓN A LA LIBRE EMPRESA**

Dentro del marco descrito arriba, veamos entonces cuales son esas restricciones a la libre empresa que se han consagrado para proteger a los usuarios del sistema financiero.

### **4.1 Niveles de precio y calidad de acuerdo a la libre competencia**

#### **4.1.1 No prácticas monopólicas (Ley 155/59, decreto 2153/92 y art. 98 EOSF).**

El primer derecho de los consumidores es extraño a su propia disciplina: niveles de precio y calidad de acuerdo a la libre competencia.

---

1 Hay una confrontación entre una prerrogativa del usuario a que su nombre sea liberado, a que su nombre no sea conservado en una base de datos durante mucho tiempo y una expectativa empresarial de tener un conocimiento del pasado crediticio de esa persona.

Por tratarse de una libertad individual, el nombre tendrá que desaparecer completamente de la lista negra pasado un tiempo prudencial, sin importar el interés empresarial en guardar esa memoria.

2 Los contratos en donde están consignadas esas cláusulas no son extraídos de la vida jurídica, sino que la clausulita donde está contenido el abuso o la que puede dar origen al abuso, es eliminada al tiempo que se mantiene el contrato.

El acceso a precios adecuados y calidad de servicios depende más de la competencia que de las posibilidades de intervención del Estado o la regulación específica de la Superintendencia Bancaria. En un ambiente de libre competencia, entendiendo por libre competencia, el cumplimiento de las normas de antimonopolio<sup>3</sup>.

Y de competencia desleal, los derechos de los consumidores van a estar protegidos por los competidores mismos, por el hecho de que cada quien quiera ofrecer las mejores calidades y los menores precios.

#### **4.1.2 No afectación de la libertad de escogencia (seguros garantía de préstamos hipotecarios).**

En el caso de las entidades financieras, además de las normas sobre competencia desleal y antimonopolios, existen regulaciones pro competitivas.

Existe una disposición particular sobre la libertad de escogencia. Las entidades financieras tienen que abstenerse de realizar comportamientos que tiendan a afectar la libertad de escogencia del usuario<sup>4</sup>.

#### **4.1.3 Acciones de clase del 98-3 SB**

También como particularidad del sector financiero, está el tercer inciso del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, uno de los más visionarios, en la medida que anticipó las acciones de clase. La norma es anterior a la Constitución del 91 y señala que la Superintendencia Bancaria, no solamente tiene la función de investigar, prohibir y sancionar conductas que sean de competencia desleal o de antimonopolios, sino que, en aquellos casos en que identifique que un conjunto de personas pudo haber sido afectado, debe tomar la vocería de esas personas y seguir un

procedimiento especialmente previsto para la protección del consumidor y lograr una sentencia en donde se condenará en genérico a la indemnización de los perjuicios a favor de esas personas.

El resto de las limitaciones a la libertad de empresa para proteger a los consumidores las trataré de establecer en las etapas contractuales.

## **5 ETAPA PRECONTRACTUAL**

### **5.1 Información**

La información es una de las principales limitaciones que se introducen a la libertad de empresa. En el caso de las entidades financieras hay dos tipos de limitaciones. Una limitación que llamaré "pasiva", porque solamente opera en el evento que las entidades financieras resuelvan hacer publicidad. Y otra que podría describirse como "activa", porque es una obligación de hacer.

---

3 La Ley 155 de 1959 se expidió con carácter general y por lo tanto es una norma de aplicación universal a todos los sectores.

En su momento, esa ley fue modificada por el Decreto 2153 del 1992 para todos los sectores.

Por lo tanto, el artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero es un artículo especial dado que el artículo 98 es muy general; no contradice ninguna de las normas especiales.

En el anterior orden de ideas, los acuerdos, los abusos de posición dominante y los actos anticompetitivos consagrados en el Decreto 2153 son ilegales para el sector financiero, aunque sea la Superintendencia Bancaria la encargada de aplicar las disposiciones.

4 Por ejemplo, sería ilegal que en los préstamos hipotecarios se pretenda que los seguros de garantía se tengan que contratar con la compañía del mismo grupo.

### 5.1.1 Obligación pasiva

La publicidad de las entidades financieras tiene que tener 2 características, ser veraz y suficiente y que no tienda a generar competencia desleal.

**Veraz y suficiente.** Una información puede ser cierta, puede ser veraz pero puede no ser suficiente, si dan todos los elementos de juicio que se requieren para que la persona pueda tomar informadamente su decisión.

**Que no tienda a generar competencia desleal.** Adicionalmente, dice el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que la información que no tienda a generar competencia desleal. Esto es una publicidad que no sea el instrumento para competir deslealmente, como cuando se está diciendo mentiras, cuando está haciendo publicidad comparativa y no está diciendo toda la verdad a su competidor.

La obligación debe analizarse conjuntamente con las facultades de la Superintendencia Bancaria en lo que respecta a competencia desleal.

Esas facultades son poderosas. No solamente puede prohibir la conducta y sancionarla administrativamente, sino que puede tomar acciones preventivas mientras dura la investigación.

### 5.1.2 Obligación activa

La otra obligación es una obligación de dar información.

Suministrar elementos de juicio claros y objetivos que permitan escoger las mejores opciones del mercado.

Existe una carga a la empresa financiera consistente en adoptar mecanismos que permitan que los usuarios tengan suficiente información, que les permita valorar los servicios que se les están ofreciendo y puedan escoger aquellos de mejores calidades.

En la interpretación que ha tenido esto por parte de la Corte Constitucional implica que la Superintendencia Bancaria debiera adoptar una posición preactiva para que las entidades suministren información sobre las entidades y los productos<sup>5</sup>.

## 6 ETAPA CONTRACTUAL

### 6.1 Contenido de los contratos

#### 6.1.1 Aprobación previa del modelo del contrato

La segunda etapa donde se presentan limitaciones es el momento de contratar.

Las facultades estatales en cabeza de la Superintendencia se pueden dividir en dos: Casos en donde hay autorizaciones previas y casos en donde hay seguimiento de cláusulas o condiciones.

##### 6.1.1.1 Autorizar los ramos, pólizas o tarifas de seguros

---

5 En particular hay obligación de información sobre los sistemas de financiación de largo plazo, se obliga a que se presenten a los usuarios las distintas alternativas a las cuales tendrían acceso y las implicaciones que tendrían para ellos.

En los contratos de seguro por Estatuto Orgánico se dice cómo deben venir las pólizas y cómo debe venir la información sobre coberturas y exclusiones.

Los contratos de seguro requieren aprobación cuando se autorizan los ramos.

#### 6.1.1.2 Negocios fiduciarios ( art. 146-4 EOSF)

Los contratos de fiducia que vayan a ser utilizados como contrato de adhesión y sus modificaciones necesitan aprobación.

### 6.1.2 Revisión posterior

Las facultades de revisión posterior son la respuesta del Estado a la obligación de las entidades financieras de abstenerse de convenir cláusulas de carácter exorbitante que afecten el equilibrio del contrato o den lugar a abuso de posición dominante.

La redacción del artículo 98 en ese aspecto es llamativo, porque, en términos generales, nadie está en condiciones de introducir cláusulas abusivas en los contratos en los cuales tiene una posición preponderante.

En ese caso habría un problema de mala fe. Cuando alguien redacta un contrato de adhesión, si introduce una cláusula que desbalancea el equilibrio entre los contratantes obra de mala fe y es posible atacar la previsión acudiendo a los principios generales del Código Civil.

Lo anterior siendo válido, debe complementarse con el interés general como una derivación del desarrollo de una actividad que es considerada constitucionalmente de interés general.

## 6.2 Formación calificada

En la etapa contractual se da otra limitación a la libertad de empresa, cuando se impone la formación calificada de algunos contratos.

Hay algunas cláusulas de los contratos que requieren información previa y las operaciones de sujeto cualificado<sup>6</sup>.

### 6.2.3 Forma de consentimiento

Formas específicas de vicios del consentimiento que afectarían los contratos:

- Productos no deseados.
- Imposición de cargos no autorizados.
- Cupos de crédito sin solicitud.
- Cobro de cuotas de manejo (cuentas corrientes, tarjetas de crédito, cuentas de ahorro (art. 326).
- Silencios positivos impuestos

Todas esas son considerados elementos que afectan el consentimiento y que, por lo tanto, no encajarían dentro de una manifestación de la libre empresa, que no se puede trabajar de esa manera en reflexión a los consumidores.

## 7 EJECUCIÓN

### 7.1 Estándares mínimos

La siguiente es la etapa de la ejecución. Los niveles de ejecución tienen dos fuentes de limitaciones: Los estándares mínimos y que sea acorde con el interés general.

#### 7.1.1 Garantías legales

El análisis para entender que el Decreto 3466 del 82, que es el estatuto del consumidor, es aplicable al sector financiero es idénticamente el mismo que hice respecto a las normas antimonopolios.

---

6 Sucede con las entidades financieras en las operaciones que están limitadas a quienes son considerados inversionistas institucionales.

Son normas generales y, en la medida que son normas generales, se entiende que fueron expedidas para el cumplimiento de todos los sectores.

De este modo, entonces, la garantía mínima presunta prevista en el estatuto de protección al consumidor será predicable para los usuarios del sector financiero.

Lo anterior implica que los operadores financieros deben garantizar un mínimo de calidad e idoneidad de sus productos y servicios.

El estatuto de protección al consumidor trae reglas para establecer ese "mínimo".

#### 7.1.1.1 Ofrecidos "individual- públicamente"

En un primer nivel, esta garantía corresponde a lo que se haya ofrecido individual o colectivamente. Es decir lo que diga la publicidad termina siendo vinculante.

#### 7.1.1.2 Lo esperable en el mercado

Si no ha existido un ofrecimiento individual o colectivo, el nivel de servicio debe corresponder a lo que sería esperable en el mercado.

Es decir, el mercado funciona como un controlador de abusos, en la medida que una entidad financiera no podría tener desviaciones sustanciales respecto a lo que están haciendo sus competidores.

#### **7.1.2 Acorde con el interés general (art. 98-4-1 EOSF )**

En este tema de los estándares mínimos está el particular a las entidades financieras para las cuales se señala que deben mantener en sus relaciones y la forma como atienden a sus usuarios, comportamientos acordes con el interés general.

## **7.2 Continuidad de los servicios**

No todas las entidades financieras pueden suspender sus servicios cuando a bien lo tengan.

El tema de los horarios y de atención al público es un ejemplo de eso.

Que la Superintendencia tenga la posibilidad de ordenar cesiones de activos y pasivos cuando entienda que existen problemas en una entidad y pasarlos a otra también es una de las respuestas para mantener la continuidad del servicio.

La venta obligatoria del Soat y las regulaciones sobre atención a los usuarios para el pago de los servicios y cómo no se pueden poner condicionalidades serían otros ejemplos de limitación a la libre empresa para asegurar intereses de los consumidores.

## **8 EJECUCIÓN FORZADA**

Finalmente, en la última etapa de la relación contractual estamos en el punto de que sucede cuando las obligaciones que acabamos de mencionar no se están cumpliendo.

### **8.1 Facultades de instrucción**

Las facultades de instrucción de la Superintendencia Bancaria son muy importantes, porque son una forma de prevenir incumplimiento de las disposiciones.

Entonces la Superintendencia da instrucciones sobre cómo se puede o cómo se debe cumplir tal o cual de los artículos, normalmente en la forma de un procedimiento que conlleva el acato.

### **8.2 Facultades jurisdiccionales**

Un número muy grande de personas que no tenían acceso a la justicia hoy lo están teniendo.

do. El tema de los consumidores encaja muy bien en ese tema. Si uno tiene una reclamación por menos de diez o veinte millones de pesos está en una situación muy complicada si lo exponen a ir a la justicia ordinaria. Si no existe una forma alternativa de solución del conflicto, cuesta más el pleito que la reclamación.

Entonces la existencia de las facultades jurisdiccionales o la existencia de cualquiera de las formas alternativas para solución de conflictos son absolutamente críticas para los consumidores. Entre otras razones porque en el tema

de consumidores la oportunidad es tan importante como la certeza.

### **8.3 Facultades preventivas para los casos de publicidad**

La Superintendencia puede disponer la forma de regulación y puede someter algunas entidades a aprobaciones previas para que la publicidad corresponda efectivamente con la situación de ese producto o de esas personas. Puede también ordenar la suspensión temporal de las publicidades que considere que no atienden los criterios de ley.

Julio de 2003