



LOS DESAFIOS DE LA BANCA LATINOAMERICANA EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI

SERGIO RODRIGUEZ AZUERO

**Punta del Este, Uruguay
Marzo 19-21 de 2003**

XXI Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario

1. LA BANCA Y LA GLOBALIZACIÓN

1.1 El mundo de los grandes jugadores

Si por desafiar se entiende “...enfrentarse a las dificultades con decisión”, a voces del Diccionario de la Academia de la Lengua Española¹, ha de saberse que en el mundo de los negocios y servicios prestados de manera masiva por las entidades financieras, la competencia con los actores que tienen papeles protagónicos en el desarrollo de la actividad, cuyas decisiones contribuyen a definir el entorno y, desde luego, con los demás prestadores de servicios, es permanente y obliga a analizar cuidadosamente las variables negativas que pueden incidir en el normal curso del negocio y en su posibilidad de permanecer o adecuarse a las cambiantes necesidades que sobrevienen a lo largo del tiempo. En ese orden de ideas siempre han existido situaciones desafiantes que obligan a aguzar el ingenio para dar respuestas o tomar decisiones ágiles y efectivas para enfrentarlas. El propósito de este documento presentado en su primera versión en la XXXVI Asamblea Anual de FELABAN² es hacer un mapa de aquellas que, en nuestro sentir, requieren de mayor análisis, por el impacto que están generando o puedan llegar a generar para la actividad, con la esperanza de obtener, a través de una discusión en equipo, referencias adecuadas para construir progresivamente una estrategia sectorial que permita afrontar en conjunto el desafío particular al comienzo del siglo, con particular énfasis en las consideraciones jurídicas.

1.2 La regulación prudencial. El estado actual de las recomendaciones de Basilea³

1.2.1 La Propuesta de Basilea II

Con el propósito de unificar el acuerdo de 1988, el comité de Basilea ha sometido a consideración de la comunidad internacional un documento de propuesta sobre el cual

¹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Edición 2001. Pág. 757.

² Realizada en Punta Cana, República Dominicana, entre el 24 y el 26 de noviembre de 2002.

³ Con el fin de obtener una mayor profundización sobre este tema, recomendamos consultar el Anexo 3 del presente ensayo. Igualmente cfr. Ensayo: “El nuevo acuerdo de Basilea, su impacto y su implementación en Colombia”. Por: Ulpiano Ayala. En: Crisis Financiera y Respuestas de política. Editorial Fedesarrollo. Bogotá, 2002.

se han recibido numerosas observaciones de distintos países, a través de los supervisores bancarios o dirigidas directamente al comité.

Con el resultado de sus recomendaciones, si es que se acogen, habrá de adoptarse la fórmula que, según las previsiones, debe entrar a regir en el año 2004 y que puede tener enorme incidencia en América Latina.

Sobre el particular elaboramos un concepto a finales de 1999 a petición de FELABAN, en el que destacábamos algunos avances pero formulábamos igualmente inquietudes como habíamos tenido ocasión de hacerlo, por lo menos en dos oportunidades, con motivo de reuniones celebradas en Panamá y en Lima que aparecen publicadas en los Boletines Jurídico y Financiero de la Asociación Bancaria de Colombia, No. 926 de septiembre 5 de 1997 y en de abril 5 de 1999, en su orden, editados por la misma entidad.

La propuesta se soporta en tres pilares, los requerimientos mínimos de capital, el proceso de revisión por parte de los supervisores y la disciplina de mercado.

Por lo que dice con los **requerimientos mínimos de capital**, la más novedosa propuesta consiste en que en lugar de usar calificadores externos o de someterse a un estándar de ponderación de riesgo para determinar el capital mínimo, los bancos sofisticados pueden realizar una calificación interna que por la novedad metodológica y validez técnica que implique, y una vez avalada por el supervisor, sirva de base para determinar su propio capital en función de esa automecisión de sus riesgos.

Por lo que toca con la **supervisión y revisión del capital**, se espera contar con supervisores de altísimo nivel y gran capacidad operativa y funcional, pues tienen que evaluar si el banco cuenta con una suficiencia global en relación con su perfil de riesgo, para lo cual debe medir, entre otros, la apetencia por el riesgo del mismo banco; sus antecedentes respecto a la gestión del negocio y la naturaleza en los mercados en los que opera; la calidad, confiabilidad y volatilidad a sus ingresos; su adhesión a normas sólidas contables y de valoración; la diversificación de sus actividades; y la importancia relativa que tenga en los mercados financieros nacionales e internacionales.

Por lo que hace relación con la **disciplina del mercado**, es claro que el banco que se percibe como más sólido tiene una mejor acogida comunitaria, por lo que una buena disciplina lo ayuda para obtenerla. Para ello requiere, entre otras, suministrar información confiable y oportuna que permita a las contrapartes realizar evaluaciones de riesgo en forma periódica.

1.2.2 Avances

En nuestra opinión ellos se dan en Basilea II en distintas formas.

a. Reconocimiento de diferencias.

Al aceptar el simplismo e inelasticidad del acuerdo vigente que partió de un mundo irreal en el cual todos los actores serían iguales y reconocer, en cambio, que existen diferencias entre los países, en cuanto a la capacidad de los supervisores, en la competencia regulatoria, en la profundidad de los mercados y en la actividad de bancos locales frente a entidades internacionalmente activas, si bien son aspectos que se tocan con sorprendente ligereza, cuando deberían ser objeto de reconocimiento y debates profundos.

b. Necesidad de conocer la opinión de los banqueros.

Resulta útil que, tal como lo habíamos recomendado, no basta el ilustrado criterio de los supervisores –por bueno que sea-, sino que se haya pedido y obtenido la opinión de los sistemas bancarios pues, en últimas, no sólo son los destinatarios y deben soportar los efectos y costos de estas medidas, sino que conocen la realidad y pueden percibir mejor las dificultades sobrevinientes.

c. Revisión Consolidada.

Este es un aspecto en el que se insiste y parece tener pleno sentido en un esquema globalizado pues, de lo contrario, sería imposible lograr una efectiva supervisión de calidad de los activos. Se hace más sensible la ponderación de éstos cuando se admite que no deben estar entre 0 y 100 sino que, incluso, algunos pueden “consumir más capital” por su deficiente calidad y que pueden ponderar un 150% para penalizar la

inversión; además recuerda como elemental que existen diferencias en cuanto a riesgos soberanos entre un país y otro, como parece elemental, pero no se ha aceptado hasta ahora.

1.2.3 Criticas

No obstante lo anterior cabe formular, al menos, la siguientes, algunas de las cuales las hemos expresado de tiempo atrás.

a. Incremento de Capital.

Se mantiene la idea de pensar que fortaleciéndolo se obtienen todas las soluciones. En este caso, no sólo se han considerado otros riesgos distintos de los créditos tales como el operacional y el de tasa de interés, sino que hay un incentivo a que en países de gran volatilidad se exijan mayores requerimientos de capital. Como tal es el caso de los nuestros, y a veces sucede que esa volatilidad se determina en función del manejo de variables macro económicas que los bancos comerciales no controlan, van a ser éstos los que terminen, de alguna manera, asumiendo su costo, sin que sea su responsabilidad.

De otra parte, como también se ha anotado con justicia, en países donde no hay verdaderos mercados de capitales se logran muchas veces incrementos de capital contable, pero no de aportes frescos de terceros que, por esa vía, estuvieran aceptando que es una buena inversión colocar sus recursos como “equity” en los bancos, como lo ha sostenido recientemente con fortuna una distinguida analista Latinoamericana.⁴

b. Capital diferente para algunos Bancos según sus Mecanismos de Evaluación.

Permitir que bancos sofisticados se separen del estándar y establezcan sus propios mecanismos de evaluación va a conducir a que los más grandes terminen, seguramente, requiriendo un menor capital, una vez aceptada por el supervisor la definición de sus propios modelos. Es decir, los bancos internacionalmente activos de los países desarrollados serán quienes estén en mejores condiciones de favorecerse con esta posibilidad, cercana a la autosupervisión. Será muy difícil para los países en desarrollo.

Algunos bancos lo harán pero, además, al necesitar la evaluación y el visto bueno del supervisor, se requerirá contar con supervisores tan sofisticados como los de bancos de mayor desarrollo, lo que no siempre se consigue en todos los países.

c. Subjetivismo del Supervisor y Coadministración.

La posibilidad de afectar los balances de las entidades, a través de la necesidad de constituir nuevas provisiones, ante la orden de recalificación de los deudores que pueda dar el supervisor, constituye, en últimas, una forma de coadministrar que puede involucrar, por esa vía, al mismo supervisor en una equivocada calificación del deudor y del riesgo crediticio.

d. Requerimiento de mayores recursos presupuestales para el supervisor.

El papel del supervisor supone que se sofisticue también, como acabamos de decirlo, y que él se tecnifique en alto grado, con lo cual los mayores costos para prepararse se transferirán a la comunidad general a través de impuestos, o a los bancos por la vía de la contribución, si ese es el sistema de financiar los costos de operación en un país determinado.

e. Distorsiones en los Sistemas de Ponderación de Riesgo

Ya habíamos anotado en las conferencias al principio citadas, la preocupante inclinación del sistema tendiente a estimular inversiones en papeles estatales, por ponderar como riesgo cero (0) y como con ello se desestimulaba la tradicional capacidad de los bancos, o mejor, se cercenaba el papel de líderes que tienen para transformar plazos y llevar créditos a sectores productivos, porque en vez de prestarles a éstos, resultaba más comfortable invertir en papeles de deuda pública con riesgo cero.

Ahora aparece un riesgo similar y es que, por ejemplo, si una empresa es calificada con B, entonces el banco tendría que ponderar ese riesgo en un 150%, penalizándose desde luego por el mayor consumo de capital. Pero si la empresa no se somete a un sistema de calificación por una agencia profesional, en éste caso sólo se ponderará su crédito por el 100%. Ello, en vez de estimular la calificación masiva y permanente por parte de

⁴ ROJAS SUAREZ, Liliana. “La propuesta de Basilea II y su impacto en América Latina” en “Crisis Financiera y respuestas de Política” publicado por Fedesarrollo. Bogotá, Editorial Alfa Omega. 2002.

terceros, va a llevar a que empresas que tengan temores sobre el resultado que puedan obtener, se abstengan de calificarse.⁵

f. Estimulo del Cortoplacismo

En la medida en que los plazos cortos supongan ponderar menos capital que los largos, se producirá un efecto perverso para América Latina, que está empeñada, por el contrario, en transformar el perfil de sus plazos y obtener el crédito a más largo plazo. Esto generará mayor volatilidad y ello, a su turno, mayores requerimientos de capital en un negativo círculo vicioso.

Como también se ha dicho, cuando surge alguna dificultad y se baja por ello la calificación del riesgo, entonces el crédito del país se encarece para los bancos internacionales y la tendencia será a bajar su exposición en él.

Debido a que todo esto dificulta más la situación de la banca de América Latina, es entendible la recomendación de Liliana Rojas Suárez en el sentido de “no apresurarse a implementar Basilea II” pues, aun cuando la recomendación no le caiga bien a los organismos internacionales, ella considera, con razón, que debe andarse con cuidado.

1.3 La Supervisión consolidada. La experiencia de la Gran Bretaña: “Para multibancos, multisupervisores.”⁶

Este tema toca dos factores fundamentales. En primer lugar, la posibilidad de supervisar el conglomerado bancario sin limitaciones geográficas, esto es, cubriendo todas las sucursales y dependencias, incluyendo las “off shore”. Pero, además, reconocer que la banca ha venido incursionando en un universo cada vez más amplio de actividades, tanto estrictamente financieras y de intermediación en los modelos de multibanca, como en servicios que progresivamente integran en su portafolio la denominada “banca-seguros” y la reciente participación en operaciones bursátiles. En ese doble propósito también ha insistido Basilea.

Páginas 442 y siguientes.

⁵ Rojas Suarez, Liliana. Op Cit. página 444.

⁶ Para obtener mayor información sobre esta entidad, recomendamos consultar el Anexo 1 de este ensayo.

Un ejemplo de esta supervisión consolidada, que seguramente será tenido en cuenta en cualquier proyecto de reforma, lo encontramos en la FSA (Financial Services Authority), Autoridad de Servicios Financieros inglesa, la cual es un cuerpo no gubernamental independiente, revestido de facultades por la Ley de Servicios Financieros y Mercados de 2000. Su punto de partida parece haber sido: “para multibancos, multisupervisores”, por lo que su creación supuso la fusión o desaparecimiento de varias entidades regulatorias y de supervisión que hasta entonces existían. Su financiamiento proviene de la industria de servicios financieros. La tesorería de su Majestad nombra su junta directiva, conformada por un presidente ejecutivo, tres directores ejecutivos y once directores no ejecutivos. Esta junta establece la política general de la compañía, pero las decisiones administrativas diarias y el manejo del personal son responsabilidad del presidente del cuerpo.

Desde la formación de la FSA, sus representantes han asistido a las reuniones del Grupo de crimen financiero del G7. El trabajo evalúa las leyes de los países miembros y los métodos de intercambio de información. De igual forma, la FSA ha estado involucrada con las actividades de dos cuerpos de seguridad internacional: the Committee of European Securities Regulators (CESR) y the International Organisation of Securities Commissions (IOSCO).

La verdad es que es una experiencia sorprendente. Pensar que un gobierno laborista traslade una función que hacía parte de las nociones más acendradas de soberanía, vinculada a la existencia de bancos centrales, a una entidad privada, supera todas las expectativas. Máxime si se tiene en cuenta que esta entidad es un cuerpo independiente que no sólo supervisa, sino regula, para cumplir las metas de mantener la confianza en el sistema financiero del Reino Unido, estimular el conocimiento por parte del público del sistema financiero, asegurar el grado adecuado de protección para los consumidores, y ayudar a reducir la criminalidad financiera.

Sus “principios de buena regulación” son realmente estimulantes por la orientación gerencial que parece inspirarlos. Ellos son, entre otros: a) usar los recursos en la forma más económica y eficiente, b) guardar proporcionalidad en la imposición de cargas o restricciones en la industria, c) facilitar la innovación, d) tener en cuenta la posición

internacional del Reino Unido y su posición competitiva y e) no impedir ni distorsionar innecesariamente la competencia.

Entre los trabajos realizados en el año 2001, deben destacarse, los que tocan con el efecto de una baja inflación; el análisis del servicio post-venta a los consumidores después del punto de venta; el procedimiento para limitar el ámbito de lavado de dinero; y los riesgos y oportunidades del comercio electrónico, lo cual pone en evidencia que es una entidad creativa que cumple sus funciones con un criterio de investigación y divulgación, para atender también su finalidad del conocimiento del sistema financiero por parte de la comunidad.

Dentro de las funciones principales tiene la de otorgar la autorización a las entidades financieras que deban obtenerla de acuerdo con la ley, la de supervisión prudente de bancos y sociedades de construcción (building societies), y como lo dijimos, tanto la de educación al consumidor, como la función de entrenamiento con el fin de mantener y elevar los estándares de competencia en la industria de servicios financieros.

Sin duda alguna la realidad que viene de enunciarse constituye un desafío, pero al mismo tiempo una oportunidad, si se advierte que esta experiencia se vive en uno de los países más tradicionales en materia de banca. Unir las funciones que antes se asignaban a los supervisores atendiendo el lema que inicialmente mencionamos “para multibancos, multisupervisores”, que reconoce la presencia de la banca especialmente en la actividad de seguros y del mercado bursátil y adicionalmente, pensar que estas tareas puedan dejarse en manos de particulares, constituye una verdadera revolución en nuestro sentir, y abriría el espacio para que en el proceso de hacer más sencilla la estructura de los Estados, se le llegaran a descargar obligaciones aun íntimamente relacionadas con la banca central, como la que acabamos de mencionar.

2. LA BANCA Y LA CLIENTELA

2.1 El banquero profesional

Lo es en el sentido moderno de entender que se trata de una empresa organizada con particular conocimiento del mercado, que ofrece sus servicios a la comunidad sobre la base de que él conoce particularmente bien el mundo en que se mueve y ha podido

anticipar riesgos, prevenir situaciones que deben evitarse. Por ello genera una especial confianza en la comunidad que, a cambio, le va a exigir un riguroso cumplimiento de sus obligaciones.

La actividad bancaria hace parte del mundo de "la fiducia", o sea del campo de las relaciones en las que predomina la confianza. Esa relación fiduciaria ha estado protegida históricamente por diversas fórmulas, entre otras por el secreto bancario, una discreción de significación profesional que obliga al banquero a guardar silencio respecto a los aspectos privados de los negocios que sus clientes les encomiendan.

La función bancaria se considera profesional en muchos sentidos, entre ellos ser una actividad de prestación masiva e interés público, practicada a cambio de una remuneración que el cliente paga al banquero.

En cuanto a la responsabilidad civil del profesional, podemos afirmar que ésta se ha enmarcado tradicionalmente bajo el esquema de la culpa probada (responsabilidad subjetiva)⁷, aunque existe una posición contraria que afirma que encuadraría mejor en un sistema de culpa presunta, que el banquero tendría que desvirtuar.

Al margen de estas consideraciones, lo cierto es que las entidades financieras deben constituirse bajo una forma societaria, lo que implica que responden directamente por sus actos, ya sea contractual o extracontractualmente. Así mismo, deben responder por la culpa o negligencia de sus funcionarios, los cuales comprometen a las entidades en el ámbito contractual⁸. Finalmente, los bancos responden extracontractualmente por el hecho ajeno (de sus auxiliares y dependientes); estas entidades deben asumir los perjuicios que las personas bajo su cuidado ocasionen a terceros, así no exista entre ambas vinculo contractual alguno.⁹

⁷ Esta es la posición de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en fallos reiterados sobre responsabilidad médica. Por su parte, el Consejo de Estado ha optado por establecer en este tema un esquema de culpa presunta.

⁸ Esta afirmación es válida siempre y cuando los terceros dependientes o vinculados a la entidad financiera actúen dentro del ámbito de sus deberes.

⁹ Dentro de la doctrina encontramos una división del riesgo en tres categorías:

- Riesgo provecho: quien se lucra de una actividad y en desarrollo de ésta causa un daño, debe repararlo.

La idea general es que el profesional se compromete a poner a disposición de su cliente todos los medios necesarios y a su alcance para buscar la consecución de un cierto resultado, lo que implica que no siempre se contraigan obligaciones de resultado sino que frecuentemente sean de medio. Por tenerse en cuenta consideraciones subjetivas (confianza, experiencia, idoneidad, entre otros) al contratar al profesional, se constituyen relaciones *intuitu personae* con éste; si se elige a un banquero determinado se espera que la diligencia sea superior dadas sus calidades particulares.¹⁰

Así mismo, en la valoración del desarrollo de la actividad del banquero profesional, y cuando de evaluar su conducta se trata –lo que ocurre siempre que se pretende responsabilizarlo por sus actos- debe tenerse en cuenta el *estado del arte* de la respectiva profesión, pues se trata de un grado de diligencia que se juzga con mayor rigidez. Si se aplica el criterio de la “*lex artis*”¹¹ lo que se evalúa son las circunstancias de hecho en el momento en que se produjo el daño, por medio de la actividad del profesional, según las técnicas de la respectiva profesión en ese momento histórico. Por el contrario, resultaría injusto calificar la conducta del profesional con base en técnicas que se conozcan con posteridad, ya que en el instante en que se presentaron los hechos causantes del daño, se desconocían estos avances.

-
- Riesgo creado: si una persona en ejercicio de una actividad ocasiona riesgos que pueden lesionar a la sociedad en la cual ésta se desarrolla, debe reparar los daños que origine.
 - Riesgo profesional: aunque en teoría se deriva de las dos anteriores, tiene una clara diferencia en cuanto al agente, ya que éste debe ser idóneo o “profesional” como su nombre lo indica. Ello implica que se exige al banquero (en el caso de las entidades financieras) un nivel superior de diligencia, de conformidad con los desarrollos de su profesión u oficio. Aunque en principio se enmarcó su responsabilidad como objetiva, actualmente se ha moderado esta idea para contemplar hipótesis de impericia, imprudencia, negligencia, etc. basándose en la gradación de la culpa y en la diferenciación entre las obligaciones de medio y resultado, contemplados en el Código Civil (caso colombiano).
Cfr. SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. “*La teoría del riesgo y la responsabilidad civil*” En: Estudios de Derecho Privado en homenaje a la Universidad Externado de Colombia en su centenario. 1986.

¹¹ Este tema se planteó por parte del Tribunal de Arbitramento de José Omar Acosta Castillo y Otra Vs. Santander Investment Trust Colombia S.A. en el laudo proferido en este caso. 7 de diciembre de 2001. Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de arbitraje y conciliación:

“En consecuencia, el grado de previsibilidad y prudencia del modelo de comportamiento del profesional estará por encima del correspondiente al buen padre de familia. Pero el “buen profesional” no será tampoco el más acucioso, dedicado y diligente de los técnicos y de los científicos, sino el hombre de empresa o el experto medio u ordinario, a quien se le aplicará una especial regla de diligencia, definida por lo que se conoce con el nombre de “les artis”, que es el conjunto de los saberes o técnicas especiales de la profesión”.

Para cumplir el cometido de intermediario entre el ahorro y la inversión¹², las entidades financieras deben, por un lado, crear las condiciones de remuneración, seguridad y liquidez de los depósitos que les permitan fomentar el ahorro financiero, el cual, a su vez, se empleará en la financiación de la inversión productiva; y, por otro lado, establecer las condiciones de disponibilidad, costo y plazo en la financiación a otorgar, para que los recursos se asignen a aquellas actividades y proyectos que sean económicamente más deseables. Un sistema financiero podrá calificarse de eficiente cuando produzca una óptima captación y asignación de recursos, cosa que tendrá lugar en tanta mayor medida cuanto mayor sea la libertad dentro de la que se mueva el conjunto del sistema financiero.

Como consecuencia de la evolución de la llamada responsabilidad profesional han venido formulándose una serie de obligaciones por la doctrina y la jurisprudencia que se predicen de los profesionales y que deben, por ende, acompañar esencialmente la actividad del banquero:

a) Lealtad

Basada en la buena fe contractual y en virtud de la cual debe obrar, ante todo en procura de defender los intereses que el cliente le ha confiado, resolviendo los posibles conflictos de interés en que pudiera verse incurso, a favor de éste último.

b) Información

Desde antes de celebrar el contrato, debe ilustrar al cliente sobre el real contenido del negocio que va a iniciarse, destacando sin duda sus ventajas, pero no ocultando sus riesgos o debilidades, que deben hacerse explícitos. Y, desde luego, poniendo en su conocimiento las vicisitudes o hechos relevantes y sobrevinientes durante la vida del

¹² En lo que se refiere a la prestación de servicio, el objetivo específico, y que en términos generales constituye la actividad primordial de la empresa financiera considerada en su más amplia acepción, es el de actuar de intermediario entre aquellas unidades que disponen de recursos susceptibles de ser canalizados en forma de ahorro financiero y aquellas otras unidades que, para realizar sus proyectos de consumo e inversión, necesitan más recursos. A la luz de esta misión, las entidades financieras pueden definirse como empresas que se dedican a recibir dinero de terceros en forma de depósito irregular, al objeto de prestarlo, por su cuenta y riesgo, a los demandantes de financiación, en aquellas condiciones de seguridad y remuneración que razonablemente permitan esperar que será posible la devolución de los depósitos y el pago del interés pactado con los depositantes, juntamente con la generación de un beneficio para los suministradores del capital de riesgo, que constituye la base de garantía para la captación de dichos depósitos.

contrato, de manera que, entre otros, el cliente pueda tener suficientes elementos de juicio para perseverar en él, en los términos originalmente convenidos.

c) Eficacia, prudencia y diligencia.

El banco debe actuar poniendo todo su esfuerzo, capacidad y conocimientos (diligencia) en el propósito de obtener los mejores resultados para su clientela en el servicio contratado (eficacia), pero debe hacerlo con prudencia, esto es, en forma cauta y reflexiva, debidamente asesorado si lo requiere, con el fin de no tomar riesgos innecesarios, actuando como lo haría otro buen profesional en las mismas circunstancias.¹³

2.2 El Cliente: Razón de Ser del Negocio

Las técnicas modernas de CRM (Customer Relationship Management) han convertido, como es apenas natural, al cliente en el centro del negocio. No se trata simplemente de adquirir un *software* para explotar mejor las bases de datos y estar en condiciones de ofrecer productos en función del perfil de las necesidades del cliente y sobre todo servicios cruzados que tienden a que utilice mucho más un producto del establecimiento. Se trata, ante todo, del cambio profundo en la cultura de la entidad, en virtud de la cual toda la organización y, desde luego, la actitud de sus empleados hagan que todos los dispositivos estén hechos para servirle a la clientela.

Para decirlo de manera sencilla, la vieja banca que diseñaba productos en función de sus posibilidades, se convierte en una banca que diseña servicios en función de la necesidad específica de la clientela.

Este es el elemento más novedoso desde el punto de vista del desarrollo del negocio del mercado de los productos y de la relación con los clientes.

2.3. Reglamentos generales de contratación

Siguiendo a un distinguido tratadista colombiano “*la historia del contrato esta asociada, sin duda alguna, a la historia de la libertad*”. Pero sin duda, esa libertad

convertida en dogma en el Código de Napoleón, unida al fenómeno de la contratación en masa y al principio económico de la maximización de los beneficios, “*se convierte (o puede convertirse) en el pretexto para que los hombres exploten a los demás hombres.*” (comentario fuera de texto)¹⁴

Al lado de esta dinámica social, encontramos una dinámica económica, la cual sin lugar a dudas fue causa determinante de la aparición de la contratación en masa y que consistió básicamente en concentración de los grandes capitales y formación de los emporios industriales, lo cual es resultado sin lugar a dudas de la revolución industrial. Resulta ilustrativo, citar la perspectiva de Vallespinos sobre el particular:

“Todas estas características de la realidad económica nos están dando pautas de lo distintas que son ahora las condiciones en las que debe desenvolverse el individuo para contratar.

“Cada día se acrecienta más su situación de inferioridad frente a las grandes concentraciones de capital que han acaparado prácticamente el mercado de la oferta de contrato, pues las grandes empresas, los grandes productores de bienes y servicios no han entrado en el juego de la libre competencia sino que, por el contrario, también ellos se han agrupado alrededor de determinadas pautas de

¹³ Cfr. SARMIENTO GARCIA, Manuel Guillermo. Op. Cit. Ps. 179 y ss.

¹⁴ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, Contratos Mercantiles, Tomo II, Contratos Atípicos, 3ª edición, Editorial Jurídica Diké, Bogotá, 1998, pág. 56.

“La revolución industrial inglesa, la cual tuvo como efecto el paso de la economía agraria a la industrial, planteó una serie de problemas que el sistema liberal clásico no supo resolver. En efecto, en el “*campo de la libertad contractual, comienzan a observarse hechos que hacen que tal libertad sea meramente formal. Los grandes capitales formaron monopolios y manipularon la oferta y la demanda; la empresa económicamente mas potente podía entonces, determinar unilateralmente y para su propio interés, el contenido y las circunstancias del negocio y desplazar los riesgos a otra cabeza diferente a la suya*”.

A esto último se le debe añadir otro fenómeno. Se trata de la explosión demográfica, la cual implica necesariamente la concentración de la población en grandes centros urbanos y la mayor participación de la población en toda clase de fluctuaciones; generando a su vez al fenómeno de la sociedad de masas. Sobre esta dinámica social, germen de la proliferación de la contratación estándar o basada en condiciones generales, conviene traer a colación las siguientes consideraciones:

“Uno de los signos más típicos de esta sociedad de masa lo constituye la despersonalización del individuo. A consecuencia de la atomización del sujeto las relaciones contractuales comienzan a manifestarse por medio de un “tipo” contractual o de un “contrato de masas”. Vale decir el Derecho contractual empieza a ser consecuente con la realidad social al considerar ahora a las relaciones jurídicas como anónimas e inestables.”

Puede señalarse como otro carácter típico de la sociedad contemporánea, el advenimiento de los grandes progresos tecnológicos que, junto a los adelantos científicos, ha colaborado para la transformación del sistema jurídico liberal. (cfr. DIEZ-PICASO, Luis. Derecho y masificación social; tecnología y Derecho privado. Editorial Civitas. Madrid, 1979. Pág. 22.)”

contratación de manera que las condiciones de la oferta aparecen uniformadas o estandarizadas frente al consumidor.”¹⁵

El concepto y la terminología utilizados para identificar la nueva modalidad contractual producto de los fenómenos sociales y económicos descritos sucintamente en las

¹⁵ VALLESPINOS, Carlos Gustavo. El contrato por adhesión a condiciones generales. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1984. Ps. 180 y ss.

En la actualidad, tenemos una realidad con las siguientes características:

- El escenario económico es una sociedad de consumo, caracterizada por la masificación de los bienes y servicios que en ella se ofrecen y del obrar humano.
- Existen fuerzas económicas las cuales son las productoras de los principales bienes y servicios que necesita el individuo moderno día a día para satisfacer sus necesidades primordiales. Esto conduce a que dichas fuerzas económicas, que no en pocas veces se encuentran altamente concentradas, se vean impulsadas por sus necesidades económicas a maximizar sus beneficios, a mecanizar su actividad, a fabricar en serie y en gran escala. Lo anterior tiene un efecto natural: estandarizar las condiciones mediante las cuales contratan con sus proveedores, clientes o consumidores. En efecto, si tenemos en cuenta que el contrato es el principal expediente o vehículo mediante el cual los empresarios movilizan la riqueza, resulta claro entonces que una negociación cláusula por cláusula – *de grè a grè* – (“*de buenas a buenas*”) con todos y cada uno de sus clientes y proveedores, aumentaría sin lugar a dudas los costes de transacción, lo cual va en perjuicio de la economía y su desarrollo. Visto desde esta perspectiva digamos por ahora, que las condiciones generales de contratación son un mecanismo necesario – o para algunos un mal necesario – en aras de procurar la eficiencia económica; lo cual no quiere decir por supuesto, que deban resultar sacrificadas las libertades individuales, y lo más importante: la igualdad jurídica de los individuos en la contratación, aspectos estos sobre los cuales hablaremos más adelante.
- La tecnología se encuentra en un proceso de renovación constante en todos los niveles de la cadena productiva y de circulación económica. Muchos productos llegan al consumo, cuando las empresas están disponiendo su reemplazo por obsolescencia.
- La circulación de bienes y servicios tiene que efectuarse de forma acelerada y en masa, lo cual implica la desaparición del contrato negociado y de las tratativas precontractuales, como también el anonimato de las personas intervinientes.
- La publicidad juega un papel protagónico. La agilización y generalización de los medios masivos de comunicación, influye en la mente de los individuos – potenciales consumidores –; quienes influenciados por ella se crean necesidades y son llevados al consumismo. Esta característica es explicada por Juan M. Farina en los siguientes términos:

“Debe señalarse la confianza que despierta en el público la publicidad dirigida con el fin de estimular la adquisición de bienes o servicios, poniendo de resalto sus bondades y conveniencias. El público generalmente adquiere los bienes y servicios sobre la base de esta publicidad bien orquestada, a tal punto, que la gente llega a identificar el producto con la marca más publicitada.

Como señala Ghersi el comercio actual, mediante la publicidad hace conocer bienes y servicios, con la intención de generar negocios jurídicos masivos con la metodología del contrato de adhesión o – por los menos – estándar. Esta publicidad puede abarcar actos de diversa naturaleza; desde aquel que sólo resalta alguna cualidades, hasta el que, además, establece las condiciones generales o particulares de la contratación. Dos problemas plantea esta publicidad: 1) la referida a la lealtad comercial, y 2) la adhesión implícita a las condiciones generales de contratación contenidas en dicha publicidad, a veces no explícitamente”

- Cada día, como lo anotábamos en líneas anteriores, el individuo es cada vez más desigual frente a las grandes concentraciones de capital o emporios económicos que acaparan el mercado y por ende manipulan el contrato en todos sus estadios, es decir, su celebración, ejecución y terminación. Esto se agrava, con los acuerdos verticales u horizontales que realizan los miembros de la cadena productiva y de consumo para fijar condiciones estándar u homogéneas de contratación masiva.

anteriores líneas, no pudo ni hubiera podido ser prevista por el legislador del siglo XIX, puesto que las señaladas dinámicas corresponden a lo inversamente prescrito por los viejos postulados liberales

El primero en detectar y plantear el problema fue Raymond Saleilles, cuando a principios del siglo XX, publicó su obra sobre la *Declaración de Voluntad*, en contribución al estudio del acto jurídico en el Código Civil alemán¹⁶. En dicha obra, al analizar el artículo 133 del estatuto civil alemán, el cual regulaba la interpretación de las declaraciones de voluntad, empleó por primera vez la expresión “*contrat d’adhésion*”, caracterizándolo como aquel en el que hay predominio exclusivo de una sola parte, que obra como voluntad unilateral, que dicta su ley a una colectividad indeterminada y que espera la adhesión de aquellos que querrán aceptar la ley del contrato.¹⁷

Por su parte, Francisco Messineo¹⁸, sostiene que el contrato de adhesión es aquel en el cual “las cláusulas son previamente determinadas y propuestas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro no tiene modo de introducirle modificaciones”. Se establece así una **limitación a la libertad contractual**, ya que si la parte que adhiere no está de acuerdo con el texto que se le presentan, no le queda otro camino que renunciar a estipular el contrato, lo que se traduce en una imposición del contenido contractual de “o tomar o dejar”. “La falta de discusión del contenido del contrato genera una disparidad económica y de inferioridad síquica para el contratante débil.”

Cabe indicar en este punto, que el “contrato de adhesión”, afecta o suprime en ciertos casos uno de los pilares del postulado de la autonomía de la voluntad: la libertad que tiene uno de los contratantes de negociar y determinar el contenido del acto jurídico; permaneciendo indemne hasta el momento uno de dichos cimientos: la libertad para contratar.

¹⁶ VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Ob. Cit. Pág. 236.

¹⁷ SALEILLES, Raymond: *De la déclaration de volonté*, París, 1901, Pág. 229. Citado por VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Ob. Cit. Pág. 237.

¹⁸ MESINEO, Francisco. *Doctrina General del Contrato*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1952, Pág. 440 y S.S.

2.4 Protección al consumidor

Pues bien, hay que saber que así como el cliente es el centro de la vida del desarrollo del negocio bancario actual, es también el objeto particular de la protección legislativa, pues ha venido desarrollándose toda una tendencia contemporánea especialmente a partir de las directivas europeas de 1993, en virtud de la cual se han dictado leyes de protección al consumidor, que reconocen que en el mundo económico contemporáneo hay dos interlocutores bien definidos que interactúan: de una parte los profesionales y de otro los consumidores. Y que dado el poder relativo que ellos tienen, estos últimos deben gozar de una especial protección.

2.4.1 El régimen legal

En general, en la legislación de muchos países, encontramos normas que buscan corregir desigualdades naturales que existen en toda sociedad. Ellas pretenden proteger al económicamente más débil contra el más fuerte, amparar al ignorante contra el experto o profesional. Dichas normas hacen parte de los derechos colectivos, es decir del conjunto de derechos individuales que tienen un gran número de personas dentro de la comunidad.

En una "sociedad de consumo" se hace palpable la necesidad de proteger derechos sociales y colectivos de los consumidores de bienes y servicios, frente a productores y distribuidores, quienes se supone tienen la capacidad y posibilidad de romper el equilibrio que debe existir en toda relación contractual, o producen bienes o prestan servicios vitales para la comunidad y que, por lo tanto, requieren de especial regulación.

Surge así el "derecho del consumidor" como aquel conjunto de normas tendientes a proteger los derechos de los consumidores o usuarios de servicios, estableciendo responsabilidades por la calidad de los productos y servicios, y la obligación de transparencia en las relaciones contractuales, buscando restablecer la igualdad jurídica

que debe regir dichas relaciones¹⁹.

El “derecho del consumidor” también pretende proveer a los consumidores, parte –en principio- débil de la relación contractual, medios eficientes de defensa: entre ellos encontramos los siguientes: a) La acción del Estado: a través de organismos de control. En el caso del sistema financiero, las Superintendencias Bancarias pueden tener la función de velar por la protección de los derechos de usuarios de los servicios prestados por las entidades que vigila (entidad a la que se le han otorgado, en veces, facultades judiciales); b) acciones adelantadas por los propios consumidores a través de asociaciones, ligas o veedurías; c) el establecimiento de acciones populares y de grupo; d) la creación voluntaria por parte de los productores o prestadores de los servicios de defensores de los consumidores (ombudsman).²⁰

¹⁹ En Colombia, el marco normativo de estos derechos del consumidor se encuentra en la Constitución Política, los Códigos Civil y de Comercio, el Estatuto del Consumidor, la Regulación antimonopolios y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Artículo 78 C.N. “*La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos*”.

²⁰ Los principales derechos de los consumidores que han sido reconocidos internacionalmente son los siguientes:

- Derecho a la protección de la vida, salud y seguridad por riesgos provocados por prácticas indebidas.
- Derecho a la información, divulgación y educación.
- Derecho a la reclamación directa y a obtener una solución oportuna y efectiva a la petición del consumidor.
- Derecho a recurrir administrativa y judicialmente, permitiendo al consumidor tener acceso fácil, oportuno y eficaz para prevenir y reparar daños.
- Derecho a la protección contra la publicidad engañosa y los métodos comerciales abusivos y desleales.
- Derecho a información sobre indicadores confiables.
- Derecho de organización a través de asociaciones, ligas o veedurías de consumidores.
- Derecho a ser representados por organizaciones de consumidores y favorecerse de las acciones populares.
- Derecho a la orientación sobre el ejercicio de sus derechos.
- De participación y consulta a través de asociaciones de consumidores.
- A tratamiento equitativo y no abusivo

2.4.2 El consumidor y la libre empresa

Los derechos del consumidor deben entenderse como una limitación específica, aunque no absoluta, al principio constitucional de la libertad de empresa.²¹ En efecto, aspectos como los niveles de precio y la calidad de los productos se “autoregulan”, ya que los determinan la libre competencia entre los diversos actores del mercado.

Sin embargo, la libertad de empresa cuenta con limitaciones importantes, de cara a permitir a los consumidores el goce de sus derechos. En particular podemos ver algunas restricciones, algunas de las cuales serán desarrolladas:

- Prohibición a las prácticas monopólicas²²,
- Censura y restricción de actos de competencia desleal²³ y
- Nacimiento de acciones de clase o populares

2.4.3 Cláusulas abusivas

Las cláusulas abusivas son expresiones utilizadas para denotar la ruptura de la simetría, equilibrio, igualdad o equivalencia que deben guardar los derechos y obligaciones del contrato, debido al poder que ejerce uno de los contratantes sobre el otro, durante su celebración, ejecución y terminación. Esto denota, sin lugar a dudas, un abuso de la posición contractual.²⁴

-
- A desarrollo de convenios internacionales.

²¹ Colombia. Artículo 333 C.N. “*La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos, ni requisitos, sin autorización de la ley. [...]*”

²² En Colombia, esta prohibición tiene fundamento en la ley (EOSF, Ley 155/59, Dto. 2153/92).

²³ Colombia. Ley 256 de 1996.

²⁴ La doctrina colombiana ha sostenido lo siguiente:

“Definido así el reconocimiento legislativo del abuso de los derechos, cuyo amplio alcance ha sido reiterado por la jurisprudencia reciente, se ha abonado el terreno en el cual puede desarrollarse la noción de “abuso de la posición dominante”, la cual constituye el elemento central de la regulación de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos domiciliarios, según se verá. Dicha noción, en primer lugar, 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 condiciones de contratación que incluyen cláusulas “abusivas” en contra del adherente, imposición que en sí misma constituye un aprovechamiento abusivo de su posición de preeminencia, como también es abusivo el ejercicio de las prerrogativas (derechos) derivados de ellas. Así una de las ventajas retóricas que ofrece la utilización de la expresión cláusulas abusivas en el auditorio jurídico actual, es que permite calificar la conducta o posición que conduce a imponerlas, así como la forma en que se aplican tales cláusulas, previa una valoración del proceso precontractual; y dicha valoración impone una hermenéutica de la acción humana que no se agota en el simple análisis semántico y filológico de las cláusulas escritas por las partes, ejercicio interpretativo

La Corte Suprema de Justicia colombiana, en una sentencia representativa sobre el tema, del 29 de octubre de 1994 (M.P: Carlos Esteban Jaramillo Schloss), analizó un caso que calificó de abuso de posición de predominio negocial o contractual de una entidad financiera.²⁵

éste que es muy familiar para los penalistas – piénsese en el examen de un supuesto exceso o “abuso” cometido en ejercicio de legítima defensa – y que resulta indispensable también en el derecho privado, como es evidente en el campo de la responsabilidad civil”

“Aunque desde un punto de vista terminológico la expresión “posición dominante” es propia o, mas exactamente originaria de la regulación jurídica de la competencia, hay que señalar que en autorizada doctrina nacional reciente ya se ha examinado el tema objeto de esta ponencia dentro de ese contexto. Y ello no es extraño en atención a que la misma ya había sido utilizada en la reciente reforma a la legislación especial de la actividad financiera y aseguradora al proteger al consumidor de la cláusulas exorbitantes – he ahí otra expresión cuya utilización en el derecho administrativo la tiñe de un sentido muy adecuado para estos efectos - que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a “un abuso de posición dominante”; con lo cual se describe adecuadamente la preeminente situación de hecho en que se encuentra el predisponente de las condiciones generales de contratación. Es pues, el mismo propósito que orienta la ley Francesa 78 – 23 del 10 de enero de 1978 sobre protección a la información de los consumidores de productos y servicios, cuyo capítulo 4º se refiere al amparo contra las “cláusulas abusivas”, **y en cuyo artículo 35 se repuntan 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**” (negrillas por fuera del texto).

PINZÓN SANCHEZ, Jorge, “*Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas*”, Revista de Derecho Privado No. 17, Universidad de los Andes – Facultad de Derecho – Pág. 82.

²⁵ “Las entidades financieras disponen de un enorme poderío económico que les permite gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponer a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar, así como también administrar el conjunto del esquema contractual, poderío que se ve fortalecido en las características propias de la contratación en masa comúnmente denominada *contratación dictada o de formulario*, que se traduce en el poder de determinar, frente al usuario, todas las condiciones jurídicas y económicas de la contratación presentes en los denominados contratos de adhesión.

(...)

El ejercicio de ese *poder de negociación* por parte de quien se encuentre, de hecho o por derecho, en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, configura un claro abuso del derecho, cuando una posición de tal naturaleza es aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación.

En tales casos el abuso de tal posición se configura cuando los agentes del sector financiero acuden a las llamadas *malas prácticas bancarias* contraviniendo de esta manera la normatividad vigente, la buena fe contractual o el debido esfuerzo profesional con que las instituciones del sector deben actuar.

(...)

Dicho en otras palabras, la banca en sus diferentes manifestaciones es una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican disponen de un enorme poderío económico que, “... barrenando los principios liberales de la contratación como lo dijera un renombrado tratadista (Joaquín Garrigues, *Contratos Bancarios*, Cap. I, Num. II), les permite a todas la de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponerlas a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar, así como también para administrar el conjunto del esquema contractual de esa manera puesto en marcha, pero no obstante ello, preciso es no perder de vista que en el ejercicio de estas prerrogativas de suyo reveladoras de una significativa desigualdad en la negociación, los intereses de los clientes no pueden menospreciarse; si así llega

Vistas así las cosas, podemos afirmar que las cláusulas abusivas no nacen de la naturaleza jurídica de las condiciones generales de contratación, ni de su dinámica económica, sino del abuso de la posición de preeminencia contractual que ejerce el contratante predisponente.

En *Colombia* no existe, a diferencia de los regímenes jurídicos contemporáneos, una ley general o estatuto de condiciones generales de contratación, contratos de adhesión, contratos estándar, ni mucho menos un sistema de control o prevención de cláusulas abusivas. Sólo existe lo que podríamos llamar “intentos aislados de regulación” en ciertos sectores de economía, como lo son el sistema financiero y asegurador, y el sector de los servicios públicos domiciliarios.

En *Argentina*, mediante la ley 24.240 – Ley de Defensa del Consumidor -, se regula de manera incipiente el tema de las cláusulas abusivas. En efecto, su artículo primero preceptúa que dicha ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios; entendiéndose por éstos las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social, la adquisición o locación de cosas muebles; la prestación de servicios; la adquisición de inmuebles destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada.

De otra parte, en *Uruguay* se expidió la Ley 17.189 en 1999 –Normas relativas a las relaciones de consumo-. En su capítulo XI²⁶ se establece con claridad la noción de cláusulas abusivas, y se hace un listado de las que deben ser consideradas como tales.

A su vez, el 13 de abril de 1998 se sancionó en *España* la Ley 7 de 1998, la cual tiene como primer objetivo la transposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores,

a ocurrir porque la entidad crediticia con daño para su cliente y apartándose de la confianza depositada en ella por este último en el sentido de que velara por dichos intereses con razonable diligencia, se extralimita por actos u omisiones en el ejercicio de aquellas prerrogativas, incurre en abuso de posición preeminente que posee y por ende, al tenor del artículo 830 del Código de Comercio, esta obligada a indemnizar.”

²⁶ Artículos 30 y 31.

así como la regulación de las condiciones generales de contratación. Según su exposición de motivos, la Ley tiene como punto de partida y premisa general, la protección de la igualdad de los contratantes como presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales; lo cual es a su vez, “uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica”. La Ley en su Capítulo primero distingue entre cláusulas abusivas y condiciones generales de contratación. De acuerdo con el artículo 1º una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, no teniendo que ser necesariamente abusiva. Cataloga entonces de abusiva, aquella cláusula que en contra de las exigencias de la buena fe causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

La jurisprudencia española, basada en la Directiva 13/ 93/CEE, ha elaborado dos criterios para la identificación de cláusulas abusivas:

a) El primero es un criterio formal, vinculado a la inteligibilidad en la redacción de la cláusula. En primer lugar se debe tratar de una cláusula predispuesta cuya redacción puede considerarse sorpresiva dentro del contrato. Sobre el particular ha expresado la jurisprudencia española lo siguiente:

“ a pesar de encontrarnos ante un contrato simple en su formulación y prácticamente escrito a mano, sin embargo la cláusula de sumisión esta impresa cuando hubiera sido fácil dejar un espacio en blanco, tal como ocurre en el resto del contrato, para que rellena constara claramente la voluntad de las partes; no siendo esto así y siendo una cláusula fuera del propio ámbito del contrato..... debe entenderse que nos hallamos ante una cláusula sorpresiva para la parte que no fue discutida en el marco del contrato sino impuesta a través de su impresión en los modelos de contrato de la demandada.”²⁷

Lo anterior nos indica dos cosas: primero, que la sorpresa está relacionada con el lugar en el cual ha sido consignada la cláusula dentro del modelo predispuesto. Lo cual a su

vez se encuentra estrechamente unido con el principio de transparencia y el derecho de información, puesto que por lo general se trata de cláusulas que el adherente no tuvo oportunidad de conocer al momento de celebrar el respectivo contrato, tomándolo por sorpresa cuando se presenta el desequilibrio, o cuando acude a donde su contratante para hacer algún tipo de reclamo.

b) Dentro del criterio formal, un segundo punto que examinan los Tribunales españoles, es el tamaño de la letra, el cual según la doctrina, aunque no es decisivo para calificar de abusiva una estipulación, sí constituye un indicio. Esto se explica debido a que es razonable que el tamaño de la letra se disminuya por cuanto la mayoría de la veces son demasiadas cláusulas y hay que optimizar espacio y costos.

Finalmente, En cumplimiento del tratado constitutivo de la *Comunidad Económica Europea*, el 5 de abril de 1993 el Consejo de las Comunidades Europeas, expidió la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Este estatuto, contiene una lista de 24 considerandos, los que cumplen un importante papel interpretativo; 11 artículos y anexo contentivo de una lista negra y gris de cláusulas abusivas.

2.4.4 Acciones populares y de clase o grupo²⁸

²⁷ SAP Ciudad Real de 11 de marzo de 1993, Citada por GUTIERREZALONSO, Juan, “Cláusulas Abusivas y Control Judicial”, en <http://noticias.juridicas.com>, 12 de septiembre de 2001.

²⁸ Colombia. Ley 472 de 1998. **ARTICULO 2o. ACCIONES POPULARES.** *Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.*

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

ARTICULO 3o. ACCIONES DE GRUPO. *Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad.*

La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.

ARTICULO 4o. DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. *Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:*

a) *El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;*

b) *La moralidad administrativa;*

c) *La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia*

Dos de los mecanismos de protección al consumidor con más desarrollo legislativo a nivel latinoamericano, en los últimos años, son las acciones populares, y las denominadas de grupo o clase. En países como Colombia, esta es una figura constitucional de índole procesal que busca la protección de los derechos o intereses colectivos.²⁹

En el sector financiero, de igual forma se ha establecido esta posibilidad, mediante las denominadas “acciones de grupo”. En efecto, las personas que se sientan perjudicadas por actos que afecten la libre competencia o se constituyan en competencia desleal, pueden intentar acciones de responsabilidad civil para obtener la indemnización del daño causado (art. 98 num. 1 E.O.S.F Colombiano).

Mediante la Ley 472 de 1998, que desarrolló el artículo 88 de la Constitución Nacional Colombiana, se reglamentan estas acciones. Estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y la protección de los derechos e intereses colectivos.

ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;

d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;

e) La defensa del patrimonio público;

f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;

g) La seguridad y salubridad públicas;

h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;

i) La libre competencia económica;

j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;

k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;

l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;

m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;

n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

PARAGRAFO. Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley.

²⁹ Colombia. Artículo 88 C.N. “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.”

3 LA BANCA Y LOS PRODUCTOS

3.1 El soporte tecnológico para la venta de sus productos tradicionales. La banca a distancia.

Con la revolución de las comunicaciones y la tecnología surge la necesidad, por parte de los bancos, de promover la prestación de sus servicios tradicionales a través de nuevos canales, distintos al sitio físico donde solían hacerlo –a este cambio lo hemos denominado en diversos foros “sustitución del símbolo tradicional” que se suma al “cambio de paradigma” constituido por la tradicional prestación personal del servicio. Este fenómeno implica numerosos cambios dentro del esquema tradicional de prestación de servicios de la banca, altera su soporte interno de sistemas operativos, e implica la modificación de la estructura de costos de las entidades.

Los productos y servicios que se pueden ofrecer por la banca al cliente utilizando los nuevos medios de comunicación son innumerables –por no decir que todos los conocidos-, al igual que su explotación potencial por parte de las entidades financieras.

En la práctica, existen diversas plataformas de comunicación a través de las cuales los bancos pueden desarrollar estas actividades, a saber: a) vía telefónica y b) a través del computador –bien sea mediante red directa, Internet, u otros medios inalámbricos o satelitales-.

Esta transformación no se encuentra libre de riesgos, debido a que todavía no está debidamente regulada o controlada, y adicionalmente constituye una materia novedosa, y desconocida aún para la mayoría de los usuarios del sistema financiero. Sin embargo, hemos advertido en distintos foros, que estos riesgos han sido históricamente inherentes a la actividad bancaria, aunque se incrementan sensiblemente cuando se producen en apoyo del comercio electrónico.

3.2 El desarrollo del comercio electrónico y el papel de la banca.

Dentro del contexto anteriormente señalado, en el cual la tecnología avanza de forma vertiginosa, el papel de la banca debe modificarse sustancialmente. El aumento

progresivo de la actividad comercial a través de los canales electrónicos, representa una oportunidad para la banca tradicional, debido al manejo de los medios de pago como la moneda, instrumento que al modificarse por otros medios idóneos, continúa siendo necesario para efectuar este comercio virtual.

Tanto los servicios tradicionales, como actividades estrictamente comerciales, otrora reservados a personas y escenarios diferentes a las entidades financieras, comienzan su desarrollo por medios electrónicos; lo anterior se traduce en un momento ideal para su suministro e implementación por parte del sector financiero. En efecto el “dinero”, bien sea bancario o en su nueva manifestación “plástica”, continúa siendo un elemento esencial para realizar transacciones en los nuevos soportes electrónicos; al haber sido históricamente controlado por los bancos, son éstos los llamados a asegurar el futuro del negocio, al garantizar la continuidad de su dominio sobre el mismo.

Ahora bien, desde el punto de vista del cliente, la banca ha iniciado –y en nuestro criterio resulta fundamental- una nueva etapa de su actividad, donde el cliente es el centro del negocio, como lo hemos afirmado anteriormente. Ello significa la creación de diversos sistemas que identifican las necesidades de cada cliente, y las satisfacen mediante el ofrecimiento de productos ideados específicamente para él.³⁰

Pero los desafíos son múltiples: ¿Serán los banqueros tradicionales, ajustándose con rapidez, capaces de seguir prestando los servicios fundamentales a su clientela o existe el riesgo de que nuevos actores en escena, particularmente los expertos en las nuevas formas de comunicación, capturen el mercado en productos de tanta importancia masiva como la transferencia electrónica de fondos? ¿Desarrollará la banca a tiempo una adecuada respuesta para los negocios de este tipo, esto es, los que se realicen por sus clientes entre sí (“business to business” b2b) o terminarán éstos apoyándose en otros prestadores de servicios? ¿Se estará gestando una nueva “moneda electrónica” al margen de la banca?

³⁰ Al efecto se ha desarrollado una aplicación versátil que hoy se conoce como CRM (Customer Relationship Management), al cual hicimos referencia anteriormente.

FELABAN ha adelantado una trascendental labor. Fue probablemente uno de los primeros gremios que en América Latina estimuló abiertamente los estudios sobre automatización bancaria, como que el CLAP fue uno de los primeros comités constituidos en su seno. Pero los estudios recientes muestran fundamentalmente tres cosas:

- a) Que el desarrollo tecnológico, a pesar del menor precio comparativo, que se obtenga, sigue siendo muy costoso
- b) Que desde el punto de vista de las opciones existen muy diversas posibilidades, todas con algún grado de validez.
- c) Que por consiguiente, en la medida en que cada país y lo que es peor, dentro de cada país, cada institución o grupos de instituciones acometa su propio esfuerzo de desarrollo, no sólo se están duplicando o multiplicando los esfuerzos y los costos si se tratara de hacer exactamente lo mismo, sino que probablemente se están dispersando los esfuerzos, porque se puede llegar a soluciones tecnológicas diversas y no compatibles.

Por ello y en nuestro sentir, FELABAN, que no puede descuidar el papel de ser foro permanente de discusión para estos temas tecnológicos, tiene que pasar a jugar un papel político protagónico para reunir las autoridades que a nivel de América Latina permitan centralizar al máximo, estimular y manejar las decisiones sobre tecnología del subcontinente.

4. LAS CRISIS FINANCIERAS

En distintos documentos hemos hechos reflexiones detenidas sobre el particular. El más reciente el publicado bajo el título “Algunas Reflexiones sobre la crisis Financieras”³¹. Allí destacamos su alcance para expresar que la crisis se da *“cuando la magnitud de las manifestaciones y su extensión real o potencial, a un número significativo de partícipes, amenaza con comprometer la estabilidad del sistema y su capacidad de responder autónomamente frente a sus obligaciones y en particular, frente a sus depositantes y ahorradores”* y que de darse *“compromete el ordenado funcionamiento del sistema de*

³¹ Publicado en la “Revista de Derecho Privado” Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Abril 2000. Página 3 y ss. Para consultar su texto, remitirse al Anexo 2 de este ensayo.

pagos y por su dinámica característica, invade otras esferas que mueven y alimentan la economía y si persiste puede llegar a la afectación y a veces al colapso de toda la economía nacional”.

De otro lado, expresamos la preocupación por la circunstancia de que todos los estudios mostraban la manera recurrente de su presencia en los últimos años y trajimos a cuento las reflexiones formuladas en un seminario sobre Reformas Bancarias en América Latina, realizado en noviembre de 1996, con los auspicios del Federal Reserve Bank of New York, que mostraban como, en un período menor de 20 años, entre 1980 y 1996, más de 130 países habían tenido graves problemas en sus sistemas financieros y en 36 de ellos la magnitud había sido tal que se habían convertido en verdaderas crisis financieras. Naturalmente lo que ocurrió después en los países Asiáticos incrementó los números y sin duda, las preocupaciones.

En estricto rigor habría causas externas - ajenas al país - e internas - dentro del mismo- y en este último caso, aquellas predicables de los administradores y sus decisiones, y otras originadas en factores ajenos e incontrolables por ellos. Pero para simplificar el tema, las hemos clasificado como viene enseguida.

4.1 Exógenas

4.1.1 La Inestabilidad Política

La Banca e igual ocurre con los mercados de capitales, refleja con enorme sensibilidad el clima de confianza, las expectativas y los temores que una comunidad, y que los acreedores y los inversionistas externos tienen sobre el curso y el futuro de un país. Y, desde este punto de vista, percepciones de inestabilidad política, temores sobre la conducción del Estado y la capacidad del Gobierno para superar los problemas, expectativas por cambios bruscos en la dirección política, pueden generar, entre otros, retiros masivos de recursos en moneda local y fuga importante de divisas³².

³² Cfr. STIGLITZ, Joseph. El malestar en la globalización. Editorial Taurus. Bogotá, 2002. Páginas 199 y subsiguientes.

4.1.2 Las decisiones Macroeconómicas

Entre ellas podemos citar como las más influyentes en la situación de los bancos, los desórdenes en las finanzas públicas y déficit fiscales, que suelen llevar a que el gobierno incremente la presión sobre el endeudamiento tanto externo como interno; las variaciones excesivas en la tasa de interés, que surgen de la anterior circunstancia, al emitir nueva deuda interna o pueden resultar de otro tipo de decisiones, como veremos adelante, que incidan en un momento dado en la elevación brusca y sostenida de la tasa de interés, con atractivos para los ahorradores e inversionistas pero con grave daño para el sector real que, al ver crecer sus deudas en forma inopinada, se coloca rápidamente en imposibilidad de honrar regularmente sus pagos.

Manejo de la tasa de cambio, en donde - naturalmente y esto ocurrió en Colombia durante los últimos años -, una intervención de la banca central empeñada a toda costa en defender la banda cambiara, hizo que se contrajeran los recursos para los bancos a quienes se acusaba de especular en ese mercado y se presionara inmisericordemente al alza a la tasa de interés, con lo cual, y vinculado con el punto anterior, la situación de los deudores se hizo insostenible especialmente en aquellos de créditos hipotecarios que, por años, habían estado “subsidiados indirectamente” en cuanto el incremento de la deuda se ligaba a la tasa de inflación y no al comportamiento de las tasas de interés bancarias.

4.1.3 La Influencia en la Banca Multilateral

Este es un debate que probablemente durará muchos años. Pero no hay duda alguna que son numerosas las críticas que se han formulado por autorizados analistas, especialmente por lo ocurrido en el este Asiático entre 1997 y 1999. Para tomar su posición podría decirse que en buena parte de esos países había una importante tasa de ahorro interno, que operaba un sector financiero que atendía regularmente las demandas de crédito del sector real y existían autoridades centrales que manejaban la política fiscal con prudencia y aun con superávits importantes. Que, por tal circunstancia, el resto del mundo veía con entusiasmo el resultado de tales países y encontraba que eran economías altamente atractivas en muchos sentidos, lo que pudo originar el drama. Los

críticos sostienen que bajo la presión tanto de inversionistas extranjeros especulativos, como de sistemas bancarios foráneos, el Fondo Monetario Internacional habría presionado a estos países, inicialmente, para hacer una apertura de su cuenta de capitales y del comercio exterior autorizando la participación de la banca extranjera en la colocación de los recursos y a los inversionistas extranjeros para tomar posición en el mercado de capitales. Y una vez que esto ocurrió y comenzaron a fluir recursos aparentemente sobrantes, el sector real procedió a tomarlos pero ante la no necesidad de utilizarlos en las empresas tradicionales, se desviaron a operaciones especulativas en bienes no transables, concretamente en propiedad y construcción inmobiliarias, produciéndose un movimiento muy importante en los precios y una verdadera “burbuja” en esos sectores.

Cuando los indicadores comenzaron a mostrar algunas dificultades, cuando el stock de activos no transables comenzó a crecer, sin poder liquidarse a tiempo y cuando algunas otras condiciones dificultaron al sector real atender el pago de una deuda externa que se sumaba a la que ya mantenía internamente, entonces y esto parece ser tradicional, se produjo un retroceso de los recién llegados. Quienes estaban en el mercado bursátil, en general, huyeron rápidamente como pasa siempre con los denominados “capitales golondrina”. En esos momentos los banqueros extranjeros adoptaron una cautela que no habían empleado antes y limitaron, o simplemente, cerraron los créditos. Naturalmente ese súbito freno sacudió las economías de manera severa.

Aquí entonces aparecería el segundo gran pecado ante esa situación, pues aun no teniendo déficit fiscal y mas bien superávits importantes, el Fondo Monetario Internacional aplicó la tradicional receta, en virtud de la cual pidió a los gobiernos hacer reducción de gasto público –lo que sería explicable en un caso de déficit pero no de superávit– con lo cual contribuyó al desaceleramiento de economías que en este momento estaban reflejando los efectos del primer impacto.³³

Si bien la posición crítica ha sido respondida por el Fondo Monetario Internacional separándose de este diagnóstico, no es menos cierto que el mismo Fondo ha procedido a

modificar parte de sus posiciones y que las recientes decisiones principalmente en el caso del Brasil, y pareciera que ahora también en el de Argentina, pudieran indicar un prudente cambio de actitud.

4.1.4 Papel de los Bancos Centrales

Ya lo mencionamos desde luego en lo que tiene que ver con las decisiones macroeconómicas, por lo que no hay lugar a volver a él. Pero sí se puede agregar la falla que se les imputa cuando su débil papel se traduce en la existencia de sistemas mal regulados o mal supervisados.³⁴

Mas allá, para nuestro gusto, de la deficiente regulación, el problema más grave se presenta con las fallas de supervisión, que naturalmente pueden darse en muchos planos. En uno primero, cuando el desarrollo técnico y operativo de los vigilados marcha con más rapidez que el del supervisor. Porque allí el desequilibrio entre los instrumentos empleables por quien vigila y los sofisticados - usualmente de última tecnología usados por los supervisados-, crea una enorme dificultad para que la vigilancia pueda ser realmente eficaz.

Pero, adicionalmente, porque el control más eficiente, que conservan aún las legislaciones y que incluso Basilea recomienda, es el mantener en cabeza de la autoridad, Banco Central o Superintendencia, la facultad prácticamente discrecional de poder rechazar administradores o accionistas para evitar que, en un momento dado, unos u otros no se ajusten a los patrones absolutamente severos que deben exigirse de acuerdo con la ortodoxia bancaria. Si por mala fortuna ello no es así, el efecto puede ser sumamente nocivo.³⁵

³³ STIGLITZ, Joseph. Op. Cit. PEREIRA DA SILVA, Luis A. “Interpretaciones Alternativas de las Crisis del este Asiático de 1997– 1998: una revisión de literatura reciente” en “ Crisis Financiera y respuestas de Política” Desarrollo editorial Alfa Omega Bogotá agosto 2002 páginas 4 y siguientes.

³⁴ En aquellos países en los cuales los bancos central no juegue ese papel completo habrá que predicar lo propio de la Superintendencias bancarias y de seguros.

³⁵ Tal pareció ocurrir en el caso Colombiano como lo dice de nuevo el informe preparado por “ Comisión de la Verdad” en el que se afirma y hay reiteración que se hace por comentaristas anteriores que la superintendencia del momento dio posesión a funcionarios cuyas calidades morales y profesionales eran

4.1.5 La Cultura del no Pago

Naturalmente, este es un fenómeno muy curioso que parece emerger de la prestación masiva de servicios y del reconocimiento de los consumidores como tales, de la necesidad de su protección y de la aparición también, de clubes o ligas de deudores, ONG'S que se ocupan del tema y aún, como lo mencionamos en otra parte de este trabajo, de la aparición de mecanismos como las acciones populares o de clase, que permiten enderezar pretensiones contra una entidad financiera representando no sólo los intereses de los peticionarios, sino de todos aquellos que se encuentren involucrados en idéntica situación, con los cual, especialmente para cierto tipo de operaciones de gran calado, los efectos pueden ser devastadores.³⁶

Una cultura del no pago hace que bancos en dificultades que, además, no puedan recuperar su cartera en forma razonablemente rápida o sin pérdida, más allá de las provisiones razonables, queden en una situación muy difícil.

4.1.6 La Inflación Legislativa y La Estabilidad Jurisprudencial

Aquí estamos hablando de dos temas que pueden perturbar si bien para algún lector pudiesen parecer de secundaria importancia. De una parte, el número creciente de disposiciones regulatorias del sistema que desafortunadamente afectan muchísimo la capacidad de planear a mediano y largo plazo, pues la actividad misma queda sujeta a modificaciones y vaivenes frecuentes. En la medida en que estas entidades manejan ahorro del público, nada más perturbador que los cambios en las disposiciones generales que alteren fundamentalmente su estructura financiera. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que una nueva disposición modifique sustancialmente el criterio para realizar provisiones en relación con la cartera, con lo cual se pueden generar pérdidas importantes que al reflejarse en los estados de resultados, dados a conocer al público,

altamente cuestionables pero donde, sin duda alguna, sucumbió a una enorme presión política en ese sentido.

³⁶ Tal cosa ha ocurrido en Colombia ante los debates surgidos con motivo de la aplicación del sistema UPAC y su sustitución por la UVR que ha dado lugar a demandas de deudores hipotecarios que de llegar a prosperar comprometerían la total capacidad de la banca hipotecaria para responder por las condenas que llegaran a producirse.

inciden en la confianza natural que tenga la comunidad en la entidad y, por esa vía, concurren con otras causas a ponerlos en dificultades.³⁷

Pero, de otro lado, es igualmente grave que los pronunciamientos de los altos tribunales resulten vacilantes pues ellos pueden tener una incidencia enorme tan perniciosa o más que las de las leyes cuestionables. Estabilidad en disposiciones y coherencia en el pronunciamiento jurisprudencial parecen ser buenas recetas para no contribuir a la producción de situaciones generadoras de crisis.

4.2 Causas Endógenas

4.2.1 Mal Manejo Administrativo

Lamentablemente y éste es factor que no puede pasarse por alto, no faltan casos en los cuales los administradores quebrantan el principio según el cual deben actuar de buena fe y en forma prudente y diligente, pensando sobretodo en los intereses de la comunidad a la que sirven. Y cuando tal cosa sucede, no son escasas las expresiones del llamado “capitalismo de amigotes” en el cual y en sentido estricto, se mezclan intereses que conducen a practicas corruptas o tendientes a beneficiar a unos pocos, sin consideración a las calidades del cliente, pues éste tiene los servicios de su banquero en virtud de sus relaciones de amistad o políticas, y no basado en criterios profesionales. Algunas manifestaciones de este tipo aparecieron en el sudeste Asiático y en el caso concreto Colombiano como aparece en la publicación “Causas y responsables de las pérdidas del Sector Financiero Estatal”, preparado por la denominada “Comisión de la Verdad” creada por la Ley 51 de 1999, que dedica un capítulo completo a las “Conductas relacionadas con la Corrupción Administrativa” en el que se destaca *“la aprobación de Operaciones Activas de Crédito, facilitando colocaciones financieras que atendían o eran soportadas en el favorecimiento particular..., convirtiendo las Instituciones Financieras Oficiales en la caja menor de ciertos sectores económicos como políticos y*

³⁷ Colombia. La Ley 795/03 ha introducido un peligrosísimo cambio, en nuestra opinión, al permitir a la Superintendencia Bancaria *“ordenar a las instituciones vigiladas, cuando lo considere necesario o prudente, la constitución de provisiones o de reservas para cubrir posibles pérdidas en el valor de sus activos. Contra dichas órdenes sólo procederá el recurso de reposición, que no suspenderá el cumplimiento inmediato de las mismas”*

sociales, sin un adecuado estudio de la capacidad de endeudamiento y pago, así como de la calidad de las garantías ofrecidas por los clientes”.

4.2.2 Imprudencia

Si el Banquero profesional como lo vimos, debe ser prudente y diligente, la actuación contraria suele ser generadora de dificultades y puede conducir a negativas consecuencias. Aunque ligado con el punto anterior, esta imprudencia se traduce en prestamos crecidos y concentrados, sin suficiente estudio del riesgo ni la obtención de garantías suficientes, de manera que, ante el incumplimiento de los deudores, los bancos vienen a transformar su cartera de crédito por bienes recibidos en pago, no pocas veces por sumas superiores a las de su real valor, con lo cual la combinación de activos improductivos y las crecientes demandas de capital por desequilibrio frente a sus colocaciones, conducen a la entidad respectiva a una situación de déficit o desequilibrio estructural. En cuanto otras toman el mismo camino, como ocurrió en Colombia con la Banca Oficial, el resultado será cercano a una crisis en ese subsector, al menos.

5. LA IMAGEN DE LA BANCA

5.1. La “mala imagen” del banquero

Desafortunadamente para el sector financiero, ella en general, no ha sido buena. De alguna manera a nivel de la comunidad se identifican unos arquetipos o lemas sencillos, pero descalificadores: que la banca es el negocio de los ricos, que sólo beneficia a unos pocos y que la concentración en destinatarios privilegiados hace que no se irrigue el crédito hacia los sectores que realmente lo requieren. “La Banca le presta al que no lo necesita”, se expresa como verdad de a puño. Con lo cual, además, se advierte que la exigencia de garantías hace que muchas personas con proyectos viables no tengan acceso al crédito.

La natural malquerencia frente a la banca ha conducido, además, a que en épocas de dificultades se tienda a estimular la formación de grupos de deudores que fomenten la cultura del no pago, lo que en nuestros actuales días se apoya por la presencia de ligas

de consumidores y otras expresiones asociativas, como las ONG, no conocidas anteriormente.

5.2. Los factores exógenos que la apoyan

No pocas veces la banca tiene que soportar los efectos de decisiones de autoridades que, por su contenido odioso para la comunidad, producen una reacción. Y esta última no distingue la causa, esto es, la decisión gubernamental de quienes la administran, o sea, las entidades del sistema financiero. Tal puede ocurrir, por ejemplo, cuando medidas gubernativas incrementan la tasa de interés de colocación o disminuyen la de captación. Siempre, en uno de los dos extremos, habrá un doliente. O cuando, por ejemplo, se establecen impuestos sobre operaciones financieras, como ha ocurrido en Colombia recientemente y en otros países, con el gravamen de un tanto por ciento por cada operación de giro de cheques y de transferencia de fondos o similares pues, aun cuando allí es el Estado quien impone la norma y se beneficia de su consecuencia, la comunidad siente que es el banco el que le está “quitando” una porción del monto de su operación.

Como si fuera poco, las normas por el lavado de activos lo han colocado en el odioso papel policial de denunciar a las autoridades operaciones sospechosas, con todo lo que significa de riesgo para el funcionario bancario, con lo antitécnico que resulta pero, adicionalmente, con el riesgo de que se informe una operación que al final tenga perfecta justificación pero que, de primera mano, pareciera sospechosa. Ello también genera una natural reacción adversa a la imagen de las entidades financieras.

Por último, la aplicación de lo que hemos llamado acuerdos interbancarios sobre “información negativa legítimamente obtenida”,³⁸ en virtud de la cual, por ejemplo, bases de datos manejan informes sobre clientela del sistema financiero con cartera castigada por falta de pago, o cuentas corrientes canceladas por mal manejo. En este evento, la posibilidad de que las mismas entidades del sistema accedan a la base de datos que administra la información y la obtengan y que, como consecuencia, nieguen la vinculación de una persona a un banco como cuentacorrentista o sea rechazado en otras actividades comerciales por virtud de dicha información, genera una reacción negativa

en donde el cliente siente el efecto mortificante y negativo de la información sin admitir que fue su conducta la que generó lo ocurrido.

5.3. Su propia responsabilidad en la creación de una imagen

A los factores externos o institucionales podrían sumarse conductas individuales y de su resorte que genera reacción. El cobro de tasas particularmente elevadas de interés; la falta de transparencia frente a la clientela sobre la forma de liquidar sus intereses y comisiones; la aplicación de las cláusulas aceleratorias en créditos pagaderos por instalamentos para liquidar las sumas en mora sobre el total de la deuda y no sobre la fracción vencida, para citar algunos ejemplos, aun estando dentro de la ley, si ese fuere el caso, hacen que el “poder” del banco como parte frecuentemente más fuerte, que impone sus condiciones severas a través de reglamentos preestablecidos por él, produzca una sensación de desequilibrio que explica, como atrás lo vimos, las modernas tendencias de protección al consumidor.³⁹

Lo expuesto no excluye o mejor, obliga a que la banca desarrolle distintas respuestas para buscar que, desde el punto de vista colectivo, esa imagen mejore en muy distintas formas. Algunas ideas sobre el particular podrían estar vinculadas con:

5.3.1. Presentar una sólida imagen como líder y promotor del desarrollo

Opiniones respetables sostienen que la banca no tiene la función de hacer obras de beneficencia, que su actividad intermediadora cumple un papel fundamental en la sociedad y que, por consiguiente, esa labor tienen que asumirla el Estado u otras entidades. Pero no es menos cierto que la mala imagen existe y es a veces gratuita, y entonces y con ese propósito, hay que buscar respuestas imaginativas como las que mencionamos u otras más importantes.

En todo caso y con esta última perspectiva habría que pensar en promover ante la comunidad la imagen de la banca como motor de desarrollo, como líder del progreso,

³⁸ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. Cit. Ps. 193 y ss y 266 y ss.

³⁹ Supra 2.3.

como primera vocera de intereses cívicos y que aun sin llegar a los extremos de crédito eminentemente populares o sectoriales como los citados arriba o a la labor de mecenas para apoyar actividades artísticas y culturales para referirnos al segundo ejemplo, cumpla, sin embargo, un papel que consolide y apoye una imagen de respetabilidad que, de alguna manera, neutralice el efecto de la mala imagen.

5.3.2. El establecimiento de líneas de crédito de acceso colectivo para actividades que la comunidad entiende normalmente como “encomiables”

Tales como concesión de créditos de educación, de vivienda, de instalación de profesionales, etc., que dentro de la banca que maneja crédito al detal suelen tener una buena presentación por el valor agregado social que aportan.

5.3.3. El establecimiento de líneas especiales para pequeñas y mediantes empresas (pymes)

Si bien como en el caso anterior hay un costo administrativo alto en el manejo de este tipo de créditos no sólo puede hacerse una contribución efectiva desde el punto de vista económico, por la capacidad generadora de empleo de este tipo de empresas que suele ser importante sino, adicionalmente, porque se dirige a un segmento numeroso de deudores de menores ingresos que por esa vía, puede tener un mejor reconocimiento de la actividad de la banca.⁴⁰

5.3.4. Participación en la creación de fondos de garantía que permitan a deudores potenciales, de pequeños recursos y carentes por ende de garantías, pero con buenos proyectos, el acceder a líneas de crédito.

5.3.5. Vinculación a través de fundaciones o de fideicomisos de beneficencia a actividades culturales, tales como estímulo y creación de orquestas juveniles en barrios de menores recursos, exposiciones itinerantes para pintores jóvenes de los mismos sectores, establecimiento de becas para estudios superiores o de posgrado, buscando

siempre esos segmentos relativamente marginados donde los efectos sociales y de imagen pueden ser más impactantes.

5.4. El papel de los medios de comunicación

Este es vital. La banca podrá hacer todo lo bueno y mejor que pueda pero será inútil si no llega a la comunidad. Por ello debe fortalecer su relación con los medios y mantener canales de comunicación que abran un espacio real y deliberante para que los periodistas especializados entiendan sus dificultades y el nivel de los problemas y desafíos que deban afrontar; perciban y compartan el origen de las causas que lleven a los bancos a actuar en uno u otro sentido y puedan tramitar una “real imagen”, esto es, no distorsionada como, por mala fortuna, ocurre con frecuencia.

⁴⁰ Reciente experiencia en Colombia, en septiembre de 2002, plasmada durante la Convención de la Asociación Bancaria en Cartagena, ha llevado a que los bancos hagan un acuerdo entre sí para ofrecer una línea especial de crédito para las micropymes, o sea, las más pequeñas empresas del mercado.

(INDICE)

PAG.

3. LA BANCA Y LA GLOBALIZACIÓN	2
3.1 El mundo de los grandes jugadores.....	2
3.2 La regulación prudencial. El estado actual de las recomendaciones de Basilea 2	
1.2.1 La Propuesta de Basilea II.....	2
1.2.2 Avances.....	4
a. Reconocimiento de diferencias.	4
b. Necesidad de conocer la opinión de los banqueros.	4
c. Revisión Consolidada.....	4
1.2.3 Criticas.....	5
a. Incremento de Capital.	5
b. Capital diferente para algunos Bancos según sus Mecanismos de Evaluación.	5
c. Subjetivismo del Supervisor y Coadministración.	5
d. Requerimientos de mayores recursos presupuestales para el supervisor	6
e. Distorsiones en los Sistemas de Ponderación de Riesgo.....	6
f. Estimulo del Cortoplacismo.....	7

3.3	La Supervisión consolidada. La experiencia de la Gran Bretaña: “Para multibancos, multisupervisores.	7
4.	LA BANCA Y LA CLIENTELA.....	9
4.1	El banquero profesional	9
4.2	El Cliente: Razón de Ser del Negocio	13
2.3.	Reglamentos generales de contratación	13
3.4	Protección al consumidor	17
2.4.1.	El régimen legal.....	17
2.4.2.	El consumidor y la libre empresa.....	19
2.4.3.	Cláusulas abusivas.....	19
2.4.4.	Acciones populares o de clase.....	23
4	LA BANCA Y LOS PRODUCTOS.....	25
3.1	El soporte tecnológico para la venta de sus productos tradicionales. La banca a distancia.	25
3.3	El desarrollo del comercio electrónico y el papel de la banca.	25
4.	LAS CRISIS FINANCIERAS.....	27

4.1 Exógenas	28
4.1.1 La Inestabilidad Política	28
4.1.2 Las decisiones Macroeconómicas.....	29
4.1.3 La Influencia en la Banca Multilateral.....	29
4.1.4 Papel de los Bancos Centrales.....	31
4.1.5 La Cultura del no Pago.....	32
4.1.6 La Inflación Legislativa y La Estabilidad Jurisprudencial.....	32
4.2 Causas Endógenas	33
4.2.1 Mal Manejo Administrativo.....	33
4.2.2 Imprudencia.....	34
5. LA IMAGEN DE LA BANCA	34
5.1. La “mala imagen” del banquero	34
5.5. Los factores exógenos que la apoyan	35
5.6. Su propia responsabilidad en la creación de una imagen	36
5.6.1. Presentar una sólida imagen como líder y promotor del desarrollo	36
5.6.2. El establecimiento de líneas de crédito de acceso colectivo para actividades que la comunidad entiende normalmente como “encomiables”	37
5.6.3. El establecimiento de líneas especiales para pequeñas y medianas empresas (pymes)	37
5.6.4. Participación en la creación de fondos de garantía que permitan a deudores potenciales, de pequeños recursos y carentes por ende de garantías, pero con buenos proyectos, el acceder a líneas de crédito.	37

5.6.5.	Vinculación a través de fundaciones o de fideicomisos de beneficencia a actividades culturales.	37
5.7.	El papel de los medios de comunicación.....	38