

DERECHO DEL CONSUMIDOR Y SU APLICACIÓN EN EL SECTOR FINANCIERO ♦

Ligia Catherine Arias Barrera¹

Sumario: *Introducción. 1. Consagración Constitucional del Derecho al Consumo. 2. Regulaciones del Derecho del Consumo en América Latina. 2.1 El caso argentino. 2.2 El caso mexicano. 2.3 El caso peruano 2.4 El caso Brasileiro 2.5 El caso europeo 2.6 Derecho Comunitario. 3. Contenido. 3.1 Derecho del consumo. 3.2 Generalidades y Desarrollo histórico Facetas del Derecho del consumo. 3.3 Sujetos del derecho a la información. 3.4 Contratación por medios electrónicos. 3.5 Derecho a la información del consumidor financiero. 4 Conclusiones.*

INTRODUCCIÓN

El derecho del consumo² es un tema de gran importancia en el desarrollo de la vida actual de las personas, pues en cada momento nos encontramos frente al ejercicio de las potestades que del mismo se derivan y es común que en las diferentes actividades que realizamos a diario encontremos expresiones de nuestra calidad de consumidores. Evidentemente frente a esta realidad, el Derecho se ha hecho presente para proteger y garantizar la posibilidad de que gocemos libremente de estas facultades. Es así como a partir de teorías como la de la economía de mercado, encontramos que el fin último del sistema económico es *la satisfacción del interés del consumidor*, lo que efectivamente se ha consagrado como uno de los derechos que dentro de la clasificación clásica de los derechos constitucionales, se conocen como de tercera generación, difusos o colectivos y frente a los cuales la legislación en algunos casos se comporta de manera proteccionista y en otros, por el contrario, no da la más mínima muestra de interés por regularlos. En el presente artículo se van a analizar concretamente los casos de protección al consumidor financiero, en diversas legislaciones, con el objeto de hacer un estudio comparativo frente al caso colombiano.

♦ *Este artículo fue presentado a la revista el día 29 de marzo de 2008 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 4 de junio de 2008, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.*

¹ Terminación de materias Universidad Externado de Colombia (2007). Monitora del Departamento de Derecho Comercial (2006-2007). Asistente de Investigación del Departamento Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia (2008). Catherine.arias@uexternado.edu.co

² En términos puramente económicos se entiende por **consumo** la etapa final del proceso económico, especialmente del productivo, definida como el momento en que un bien o servicio produce alguna utilidad al sujeto consumidor. En este sentido hay bienes y servicios que directamente se destruyen en el acto del consumo, mientras que con otros lo que sucede es que su consumo consiste en su transformación en otro tipo de bienes o servicios diferentes.

El consumo, por tanto, comprende las adquisiciones de bienes y servicios por parte de cualquier sujeto económico (tanto el sector privado como las administraciones públicas). Significa satisfacer las necesidades presentes o futuras y se le considera el último proceso económico. Constituye una actividad de tipo circular en tanto en cuanto que el hombre produce para poder consumir y a su vez el consumo genera producción. Definición de Consumo en www.wikipedia.com

Desde esta perspectiva entonces, analizaremos en primera medida la consagración que el derecho del consumo ha tenido en diferentes países de América Latina y en el derecho comunitario europeo. Comenzaremos por la Constitución Política Colombiana de 1991, en segunda instancia haremos referencia al derecho del consumo como tal, para luego centrarnos en una de sus derivaciones como es: el derecho a la información del consumidor financiero.

1. Consagración Constitucional del Derecho al Consumo:

La consagración constitucional del derecho del consumo, la encontramos en lo que diferentes autores han llamado “constitución económica”, denominación bajo la cual entendemos la actuación del Estado en su función intervencionista de la actividad humana, se trata del establecimiento de normas que permitan el desarrollo de los factores de producción y distribución “la ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo; de la forma y extensión de la intervención del Estado, de los derechos que legitiman la actuación de los sujetos económicos, el contenido y límite de estos derechos; de la responsabilidad que comporta el ejercicio de la actividad económica; así como la organización y la técnica de la producción y la distribución”³

A partir de esta noción, se ha venido desarrollando en Colombia la doctrina del derecho del consumo, que parte de unos principios generales, con base en los cuales, se pretenden abarcar todas las facultades, deberes y exigencias de los sujetos que intervienen en una relación de consumo, sin realmente llegar a establecer políticas concretas de protección que garanticen la efectividad de los derechos que de él se derivan.

En la Constitución Política de 1991, encontramos un primer referente a la materia en el preámbulo, al indicarnos que la organización de la Nación se encuentra estructurada en aras de la búsqueda de la justicia y la igualdad, dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo. Con esta afirmación, la Carta fundamental está dando los parámetros para establecer un orden económico respetuoso de los derechos de los agentes del mercado y en general de los sujetos económicos. Igualmente, se elevó a la categoría de mandato constitucional, el derecho que nos asiste como consumidores de acceder a bienes y servicios de calidad e idoneidad, libres de vicios que puedan atentar contra la vida, la salud y la seguridad de las personas. Esto implica que la protección se extiende más allá del ámbito patrimonial, para acoger la garantía de derechos de carácter fundamental como la vida y la integridad física de todos los miembros de la

³ LOPEZ CAMARGO, Javier. *Derechos del Consumidor: Consagración Constitucional en Latinoamérica*. Revist@ E-merc@toria Volumen 2, Numero 2 . 2003. P.2. Ha dicho en este sentido: “la ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo; de la forma y extensión de la intervención del Estado; de los derechos que legitiman la actuación de los sujetos económicos, el contenido y límite de estos derechos; de la responsabilidad que comporta el ejercicio de la actividad económica; así como la organización y la técnica de la producción y la distribución”

comunidad.

En este sentido encontramos el artículo 78 constitucional⁴, el cual sienta las bases para fomentar la solidaridad entre los titulares del derecho del consumo, de modo que al organizarse como grupo, lo deben hacer de tal forma que tengan la posibilidad de intervenir en el estudio de las disposiciones que los afecten, cumpliendo siempre con una exigencia que en mi opinión es fundamental, consistente en que estas organizaciones deben ser representativas de los intereses de los consumidores y deben observar procedimientos democráticos internos en cuanto a su conformación; por vía de la aplicación de estas condiciones, se estarían garantizando básicamente dos elementos: de un lado, la existencia de las organizaciones privadas de protección de los derechos del consumidor, pero además que los mismos sean entes que representen verdaderamente el interés general de este grupo social, es decir, sean voceros reales de las necesidades o reclamos que surgen de las relaciones asimétricas de consumo; contrarrestando de alguna manera la limitación a la autonomía privada, característica de estas relaciones entre consumidor, productor y distribuidor. Esta manifestación de la filosofía social del derecho del consumo, nos hace ver que tendencias como la presentada por John Ruskin en su obra *Until this Last*⁵ (mientras esto dure), referida a considerar al hombre como una “máquina codiciosa”, dispuesta a “consumir” todo lo que se fabrica, pertenecen al más exagerado individualismo.

La Corte Constitucional ha dicho con relación al derecho del consumo: “La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores dada la desigualdad real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas. Sin embargo, la Constitución no entra a determinar los supuestos específicos de protección, tema este que se desarrolla a través del ordenamiento jurídico. El programa de protección, principalmente, se determina a partir de la ley, los reglamentos y el contrato.”⁶

Vemos entonces que atendiendo al carácter general y abstracto que debe caracterizar a la Constitución, en ella se otorgan los parámetros a seguir por la legislación al momento de regular la protección al consumidor, partiendo de la base de una constante búsqueda de justicia social como uno de los fines del Estado Social de Derecho.

⁴ ART. 78.—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.

⁵ RUSKIN, John. *Until this last*, En www.wikipedia.com.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C - 1141 de 30 de agosto de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Adicionalmente el derecho del consumidor cuenta con un carácter poliédrico, tal como fue reconocido por la Corte Constitucional en la misma sentencia antes citada, indicando: “*El derecho del consumidor, cabe advertir, tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses, y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios, información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías, indemnización de perjuicios por productos defectuosos, acciones de clase, etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y los órganos reguladores).*” Es dable entender que se trata de un derecho de contenido complejo en la medida en que se expresa como la integración de unos elementos garantistas que se complementan para proteger la efectividad en su aplicación. Esta integración es parte que refleja el espíritu constitucional de búsqueda del restablecimiento de una igualdad entre los actores de la relación de consumo, entendiéndose entre productores, distribuidores y consumidores; lo cual se logra a través del régimen de responsabilidad legalmente establecido. La relación asimétrica que pretende ser morigerada, ha sido descrita por la jurisprudencia constitucional indicando que es una relación marcada por la posición dominante de una de las partes de la relación jurídica, el productor, y la correlativa indefensión de quien actúa como consumidor.⁷

2. Principios Constitucionales y Legales del Derecho del Consumo en América Latina y Europa:

2.1 El caso argentino:

Por otra parte podemos hacer referencia a otras regulaciones constitucionales en América Latina, como por ejemplo el caso de Argentina que es el primer país latinoamericano en incluir de manera expresa la protección de los consumidores, haciéndolo hacia 1958. La Constitución de 1994, actualmente vigente, establece en su preámbulo como objetivos de esta Carta Fundamental entre otros: afianzar la justicia, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad, valores y principios indicativos para la interpretación de las normas consagradas en la misma.

En el capítulo de las “Declaraciones, Derechos y Garantías”, se establece la libertad de industria y de comercio, como un derecho de los habitantes de la Nación. El artículo 42 por una parte habla del derecho que tienen “los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y

⁷En este sentido se encuentra la Sentencia de la Corte Constitucional C – 973 de 2002 Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis: “ *Es deber del órgano legislativo tener en cuenta las relaciones asimétricas que generan la manufactura, comercialización, distribución y adquisición de bienes y servicios, y que surgen del papel preponderante del productor en cuanto a él compete la elaboración del bien o la modelación del servicio imponiendo condiciones para su funcionamiento y utilización, así como de la ventaja del distribuidor o proveedor en razón de su dominio de los canales de comercialización de los bienes y servicios; pero sobre todo, la ley debe observar con atención la indefensión a la que se ve sometido el consumidor en razón de la necesidad que tiene de obtener los bienes ofrecidos en el mercado*”

digno". Y por otra obliga a la ley para establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y la participación de las asociaciones de consumidores.

2.2 El caso mejicano:

Otra consagración constitucional que merece ser mencionada es la mejicana, en cuyo texto se encuentran extensos artículos de la materia, así como también de la regulación de los monopolios. Se empieza por la consagración de la libertad irrenunciable de escoger y ejercer profesión, actividad o comercio. A su paso, se destaca la facultad gubernamental de intervención en la economía a través de la planeación, conducción, coordinación, orientación y regulación y fomento de actividades requeridas por el interés general. Por último y en pro de garantizar un sistema de libre participación en el mercado, la carta mejicana prohíbe los monopolios y las prácticas monopolísticas.

Toda esta regulación se encuentra desarrollada en la Ley Federal de Protección al consumidor en donde, por ejemplo, al referirse al derecho a la información o publicidad, se exige que el medio a través del cual se difunda la comercialización de bienes y servicios sea veraz, comprobable y exento de elementos que puedan generar confusión o inducir a error; así, mediante la implementación de esta exigencia, se está protegiendo y garantizando uno de los pilares fundamentales de la relación que surge entre productor y consumidor final, la información clara, veraz y oportuna.

2.3 El caso peruano:

También podemos referirnos al caso de Perú, pues la ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo 716 de 2000), establece todo un catálogo de derechos, uno de los cuales se refiere a recibir por parte de los proveedores toda la información necesaria para tomar una adecuada decisión en la adquisición de bienes y servicios; aspecto directamente relacionado con la posibilidad de decidir libremente si se celebra o no el negocio jurídico, pues una persona que se encuentre debidamente informada sobre las condiciones del negocio y del bien o servicio que va adquirir se determina única y exclusivamente por su voluntad.

2.4 El caso Brasileño:

El consumidor en Brasil hasta antes del Código de Derecho del Consumo, estaba protegido únicamente por las normas del Código Civil, lo cual daba el ambiente propicio para que se encontrara en un estado de indefensión frente a la posición dominante de los productores en el mercado, tal como lo enseña el autor Antonio Herman V. Benjamín⁸, solo había normas especiales que podían representar una protección directa e indirecta.

⁸ BENJAMÍN, Antonio Herman V. Política y Derecho del Consumo. Capítulo "El Código Brasileño de Protección al Consumidor". Navegante Editores, Bogotá, 1998, página 484

En el código del consumidor brasileiro se consagraron mecanismo para hacer efectivos los derechos allí consagrados, así se habló de las “*Class Action*”, en donde resultaba legitimado no solo el consumidor sino el Ministerio Público y otras entidades públicas, así como las asociaciones legítimamente constituidas con por lo menos 1 año de existencia y que incluyan entre sus fines institucionales el de la defensa de los intereses y derechos protegidos; dentro del proceso de estas acciones se permite que cualquiera de las víctimas intervenga, y luego que entren a acreditar el valor de sus daños, esto en la etapa de liquidación.

2.5 *El caso europeo:*

Finalmente encontramos la Directiva 97/7 del Parlamento Europeo que se ocupa, entre otros temas, de la existencia de organizaciones de consumidores que participen activamente en la aplicación de la normatividad referida a la protección y garantía de sus derechos, pero además que sean medios de comunicación entre las políticas y directivas estatales y los consumidores o destinatarios finales de bienes y servicios.

En los casos comentados, hay unos parámetros bastante firmes para invitar a una regulación garantista y proteccionista del consumidor, aspecto que vale la pena tener en cuenta en la medida que puede representar una guía ilustrativa acerca de cómo deben regularse los diferentes ámbitos del derecho del consumo.

2.7 *Derecho Comunitario Europeo:*

En este tema pueden ser objeto de estudio las diferentes definiciones que sobre consumidor han venido siendo construidas, así entonces analizaremos algunos de estos textos.

Para el caso del tratado por el cual se instituye una Constitución para Europa⁹, el artículo 98¹⁰ se refiere a la protección de los consumidores en forma bastante general y en una adopción de la normatividad hasta ese momento existente en los países que conforman la Unión Europea, se trata de que con la Constitución para Europa se incorpora una lista de derechos fundamentales de los ciudadanos, en forma análoga a la Constitución de un Estado, es una recopilación de los derechos cuya conquista se dio en las constituciones más antiguas de Europa. Es por esto que con la entrada en vigencia de la Constitución no cambia mucho la situación anterior.

⁹ Es importante recordar que uno de los pasos más importantes de la Constitución Europea es que ya no se va a tener la discusión referente a la existencia de alguna diferencia entre Unión Europea y Comunidad Europea, pues ahora la primera asume la personalidad jurídica de la primera, la reemplaza en sus relaciones obligacionales y en sus deberes. Sin embargo se debe tener en cuenta que la Constitución no resuelve en forma definitiva el problema de su naturaleza jurídica, en la medida en que no es claro si se trata de una organización internacional, pero tampoco puede denominarse bajo la estructura de un Estado.

¹⁰ Constitución Europea Artículo 98 Parte II: “En las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores.”

Por su parte encontramos también el Tratado de Niza, que en su artículo 153 refiriéndose a la protección de los consumidores: «1. *Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.*

2. *Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores.*

3. *La Comunidad contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante:*

a) *medidas que adopte en virtud del artículo 95 en el marco de la realización del mercado interior;*

b) *medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.*

4. *El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 3.*

5. *Las medidas que se adopten en virtud del apartado 4 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado»*

Es una disposición que presenta una concreción del derecho del consumo en órbitas individuales de derechos constitucionales como la salud, los derechos económicos, el derecho a la información, a la educación; así entonces son estas algunas de las proyecciones de la protección al consumidor, que se concretan en las políticas del mercado interno de los Estados parte. Sin embargo, estas políticas comunes se reflejan como un derecho de mínimos, en la medida en que se deja abierta la posibilidad de implementar políticas de mayor protección y cuya única limitación es su concordancia con el tratado.

En el campo del derecho privado, se encuentra la Directiva 98/6 de la Comunidad Europea en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, define a la persona del consumidor como: *“cualquier persona física que compre un producto con fines ajenos a su actividad comercial o profesional”*, así se está dejando por fuera la posibilidad de que se confunda la calidad de consumidor con el de un pequeño distribuidor por ejemplo, en la medida en que el fin que se impone a la obtención de bienes y servicios es su disfrute personal, mas no una actividad comercial, que represente algún lucro para el adquirente.

También destacamos la Directiva 1999/44 de la Comunidad Europea referente a determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, habla del consumidor como: *«toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional»*. Es una disposición que analizada desde los criterios que determinan la mercantilidad está excluyendo precisamente el de la profesionalidad, entendido como el criterio subjetivo que hace referencia a la calidad de comerciante para determinar un acto como mercantil, este criterio

está ligado a la idea de un derecho profesional de los comerciantes. Tendencia que es seguida por la Directiva 2000/31 de la Comunidad Europea que en su artículo 2 define consumidor como: “*cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión*”.

Así entonces de las normas citadas es dable concluir, que el legislador es plenamente conciente de la condición en la que se encuentra todo consumidor, partiendo de que el criterio que determina la adquisición de bienes y servicios, se encuentra focalizado en la satisfacción de las propias necesidades, sin preocuparse, la mayoría de los casos, por entender en su integridad las condiciones de su adquisición o las consecuencias favorables o no, que para él se pueden derivar de la negociación que está realizando. Se trata de un sujeto que se configura como un actor del mercado, pero que no cuenta, la mayoría de las veces, con los elementos de juicio suficientes para participar en el tráfico negocial sin que sus intereses sufran alguna clase de detrimento.

2 CONTENIDO

3.1 Derecho del consumo. Generalidades y Desarrollo histórico:

Entrando en materia empezamos por referirnos al derecho del consumo, así debemos indicar que una de las consecuencias más importantes de las transformaciones del mercado del consumo es el reemplazo de la sociedad de consumo de bienes por una sociedad de servicios¹¹, lo cual tiene múltiples implicaciones en el derecho del consumidor, así entonces las relaciones de consumo son más transacciones relacionales en referencia a la compra y venta de productos, aspecto que por supuesto afecta la teoría general y tradicional de los contratos y por ende empieza a generar un nuevo orden económico.

Cuando el derecho se ocupa del consumo decide hacerlo en un momento histórico preciso: la revolución industrial y la modernidad que esta ocasionó. Si bien siempre existió el consumo de bienes y servicios, es recién desde la revolución industrial que adquiere una relevancia social significativa y que obliga a pensar en su regulación jurídica. La publicidad pasa a ser una herramienta importante porque con ella se incita a comprar y la sociedad comienza a mostrar la propensión al consumo, tendencia que según algunos economistas llevaría a un crecimiento sostenido del sistema económico capitalista.

Decíamos que el desarrollo del derecho del consumo viene a afectar la teoría general del contrato, básicamente, como lo señala Susana Lambois, en el artículo “El Consumidor y sus derechos”¹², al decir que por un lado se ven revaluados, el dogma de la autonomía de la voluntad, y el criterio de la culpa como presupuesto de la responsabilidad, en la medida que el contrato no es ya la consecuencia libre de la voluntad de las partes, pues aparecen los

¹¹ Artículo de la Enciclopedia Libre Universal en Español. *Sociedad de Consumo*. Publicado en www.encyclopedia.us.es

¹² LAMBOIS, Susana. *El consumidor y sus derechos*. En www.salvador.edu.ar.

denominados contratos de adhesión, caracterizados principalmente porque una de las partes impone las condiciones en las que se debe suscribir un acuerdo, de modo que la otra sólo puede aceptarlos o rechazarlos en su totalidad, sin que tenga la posibilidad de discutir alguna de las condiciones que regulen el contrato.

Sobre este tema la doctrina italiana¹³ habla de nuevos modelos contractuales, refiriéndose a la producción en serie de bienes y servicios destinados a una masa de consumidores, usuarios y clientes que impone a las grandes empresas la necesidad de acelerar la estipulación de los contratos: los contratos, mientras más difundidos en la práctica más se celebran hoy sobre la base de modelos predispuestos por las empresas y por lo general, ignorados por el cliente. Hablamos entonces de las condiciones generales del contrato las cuales cumplen una función económica plausible, en la medida que uniformando el contenido contractual es posible una racionalización de las operaciones comerciales, que permite la contratación en masa con la consiguiente reducción de los costos y facilitación de las prestaciones. Se acepta bajo esta teoría, que el fenómeno de la contratación por medio de formularios o mediante cláusulas preestablecidas sitúa normalmente en condiciones de inferioridad al cliente o consumidor, cuyos derechos contractuales se ven disminuidos y sus obligaciones aumentadas.

El Doctor Fernando Hinestrosa, nos enseña que “*contratos masivos son los que se celebran en número abundantísimo, los mismos o con mínimas diferencias, entre muchos productores de bienes y proveedores de servicios, por una parte, y multitud de personas integrantes del público, los consumidores*”¹⁴. Esta circunstancia de predisposición impone a ambas partes una carga de eficacia de los contratos: al predisponente, una carga de cognoscibilidad, en el sentido de hacer conocibles a la contraparte por los medios más idóneos las cláusulas uniformes; y a ésta una carga de diligencia, en el sentido de que debe verificar la existencia y el contenido de las mismas.

En virtud de esta circunstancia en la que nos encontramos como consumidores es que surge la necesidad de protección, la cual debe partir de tres fundamentos o directrices a seguir: una sustancial, una procesal y una participativa, fundamentos estos que podrían explicarse de la siguiente manera: en primera medida a nivel sustancial referida a una regulación comprensiva de todos los ámbitos del derecho del consumo así surgen los deberes de seguridad e información en las relaciones de consumo, control de prácticas abusivas, prohibición de la publicidad engañosa, control de cláusulas abusivas, garantías y responsabilidades por daños derivados de productos y servicios.

En segundo lugar, a nivel procesal partiendo del artículo 88 de la Constitución Política de Colombia que preceptúa que la ley regulará las acciones populares

¹³ BIGLIAZZI, LINA y otros. *Derecho Civil*. Tomo I Volumen 2. Traducción: Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

¹⁴ HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura y Vicisitudes*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.

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”, en este punto vale la pena mencionar la opinión del Doctor Ramiro Bejarano, con relación al decreto 3466 de 1982 al indicar que “entre los indudables logros de este estatuto, sin duda alguna el que merece comentario especial, es el relativo al diseño de una forma procesal diferente de la tradicional, al parecer inspirada en la famosa *Class Action* del derecho americano. En efecto, la posibilidad de que el consumidor afectado pueda ser representado por la liga de consumidores, así como el reconocimiento de efecto *ultra partes* a la sentencia que declare la responsabilidad del fabricante o productor, bien pueden considerarse como puntos de partida de lo que hacia el futuro habrá de ser la protección de los intereses colectivos y difusos, o de las acciones de grupo”¹⁵. Así entonces, deben existir las vías judiciales óptimas que garanticen la protección del grupo social de los consumidores. En último lugar encontramos el aspecto participativo que se expresa a través de la garantía de organización y la exigencia de representatividad de estas asociaciones, cumpliendo con el principio constitucional de la solidaridad.

2.6 Facetas del Derecho del consumo:

El derecho del consumo tiene varias facetas: en primera medida la libertad de elección dentro de la amplia gama de bienes y servicios, de acuerdo con las necesidades, y de los factores precio y calidad, después de análisis de riesgo, tanto de ganar como de perder. Por otra parte, el acceso digno y concurrencial al mercado de bienes y servicios, de modo que se puedan presentar quejas, reclamaciones y sobre todo se pueda obtener una solución a los problemas que se generen en su relación con los bienes adquiridos. Y finalmente, encontramos la parte del derecho del consumo que constituye el punto central del presente trabajo.

Así entonces, el derecho a la información, aparece como un elemento prístino de las relaciones humanas, decía Sócrates: “Sólo hay un bien, el conocimiento; sólo hay un mal, la ignorancia”, por tanto en la vida diaria y sobretodo en la vida negocial, el elemento de la información, del conocimiento, es esencial dentro de la celebración de cualquier clase de negocio jurídico. En este punto las relaciones jurídicas tradicionales se conciben entre individuos concretos, de alguna forma identificables e incluso que se conocen entre sí, pero cuando se habla de relaciones jurídicas masificadas esta noción se disuelve y se genera una despersonalización.

Desde el derecho romano se dio vida a determinadas instituciones que en algún modo exigían que se proporcionara cierto grado de información a una parte contratante, para evitar incurrir en dolo o que se viera afectado el principio de buena fe. El dolo, visto desde el aspecto activo implica la atribución de determinadas cualidades al bien o al servicio, y desde el aspecto pasivo el silencio que se guarda respecto de los vicios. La buena fe por su parte, exige la

¹⁵ BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. *Las acciones populares*. Forum Pacis, 1993, P.19.

estricta colaboración entre las partes contractuales, dándose recíprocamente datos, informes, comunicaciones, que permitan a los contratantes desarrollar las diversas etapas de la formación del negocio en perfecto conocimiento de las condiciones que lo regulan.

La información tiene por fin exclusivo contribuir a formar un consentimiento contractual más claro y reflexivo. Por este motivo, la información despliega su eficacia en ámbitos como el referido a evitar incurrir en los clásicos vicios del consentimiento que lleven a la toma de decisiones erradas en la conjunción entre la oferta y la demanda, y en general en el periodo precontractual, contractual e incluso extracontractual.

Este derecho resulta ser de tan importante desarrollo que se encuentra consagrado en normativas internacionales como la Carta de protección de los consumidores del Consejo de Europa, en donde se establece que el adquirente de bienes y de servicios tiene derecho a una información suficiente para poder realizar una elección racional entre las opciones que se le presentan, lo mismo que la información relacionada con el uso, manejo, ventajas y desventajas de los productos y servicios que ha adquirido. En virtud de estas premisas, se denota la relevancia que debe representar para la legislación colombiana, la regulación de este derecho del que somos titulares como consumidores.

La naturaleza del derecho a la información es definida por Pedro Antonio Pérez García¹⁶, como una declaración de ciencia y no de voluntad en tanto que no se dirige a producir un efecto jurídico, sino que es un acto jurídico al que la ley atribuye determinados efectos jurídicos.

En todo caso, constituye una obligación que está en cabeza de acreedores y deudores de las relaciones contractuales, en virtud de lo cual la pregunta que se genera es si constituye una obligación de medios o de resultado, algunos han concluido que es de medios pues supone ante todo una comunicación de ideas entre las partes intervinientes, una puesta en común entre los conocimientos que cada uno de ellos posee, de aquí surge que el titular de la información debe darla a conocer en forma objetivamente comprensible, mientras que para el receptor surge la obligación de asimilarla con capacidad media, para actuar acorde con las instrucciones recibidas.

2.7 Sujetos del derecho a la información:

Se debe hacer referencia a los sujetos del derecho a la información, en virtud de lo cual aparece la noción de consumidor, que el Decreto 3466 de 1982 define como *“Toda persona natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades”*, sin embargo y a pesar de que el concepto legal trata de abarcar todos los ámbitos en los que un sujeto puede

¹⁶ PEREZ GARCÍA, Pedro Antonio. *La información en la Contratación Privada*. Ministerio de Sanidad y Consumo. 1990. p.86.

estarse comportando como consumidor, aparece una dificultad, básicamente referida a las innumerables actividades cotidianas en las que esta situación se concreta, entonces encontramos términos paralelos como el de cliente y usuario que son comúnmente utilizados para designar a los consumidores de determinados bienes y servicios. Esta circunstancia ha dado lugar a definiciones tan genéricas como la del Presidente Kennedy: “*consumidores, por definición, somos todos*”, o la de la Comunidad Económica Europea que indicaba que al consumidor no podía considerársele como un simple usuario, sino que se trataba de un sujeto que se ve afectado por la vida social de manera directa o indirecta, en virtud de su participación en el mercado. Sin embargo, también se han dado definiciones restringidas como por ejemplo: “consumidor es toda persona que, para sus necesidades personales, no profesionales, deviene parte en un contrato de bienes o servicios”¹⁷ Todos estos conceptos informan acerca del carácter abstracto que tiene tanto la noción de consumo y a partir de allí el derecho del consumo en general.

2.8 Contratación por medios electrónicos:

Otro aspecto importante a tener en cuenta, es el referido al consumidor desde el punto de vista de la contratación por medios electrónicos, evento que otorga un elemento especial a tener en cuenta para su protección y que evidentemente está relacionado con la necesidad de la información. Se puede comenzar por indicar que comercio electrónico o “e-commerce”, se refiere a la compra de servicios por Internet, el intercambio de activos o cantidades entre entidades financieras, consulta de información con fines comerciales, en fin, una serie de actividades comerciales realizadas por medios electrónicos¹⁸. Los diferentes contratos informáticos, han sido definidos a partir de los bienes y servicios informáticos, su novedad, desequilibrio de la información entre proveedores y clientes o usuarios y el complicado lenguaje técnico que en estas transacciones se utiliza.

Las bondades del comercio electrónico se expresan básicamente en la disminución de tiempo entre las comunicaciones, o más propiamente entre ofertas y aceptaciones, reducción de costos administrativos, pues ya no se requieren establecimientos físicos; sin embargo, se acepta que se trata de una contratación, que por su naturaleza, está predispuesta por una de las partes contratantes que como explicábamos deja a la contraparte en la imposibilidad de entrar en negociaciones sobre las condiciones generales del contrato. Otros de los problemas que se presentan son los referidos a la seguridad en el envío de las comunicaciones negociales, la dificultad en la fiscalización tributaria, cuando se trata de relaciones entre nacionales de diferentes países, determinar

¹⁷ GUESTIN. *La responsabilité civile du fabricant en droit Française*. Citado por PEREZ GARCÍA, Pedro Antonio. La información en la Contratación Privada: en torno al deber de informar en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Ministerio de Sanidad y Consumo : Instituto Nacional del Consumo. Madrid, 1990, p 68.

¹⁸ PEREZ, Melba Rocío. *Aspectos Generales de la Contratación por Medios Electrónicos del Libro: El contrato por medios electrónicos*. Homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003 P. 149 y ss.

la ley aplicable y la responsabilidad por los daños que puedan ocasionarse por Internet.¹⁹

2.9 Derecho a la información del consumidor financiero:

Pues bien centrándonos en los derechos de que gozan una clase particular de consumidores: “los consumidores financieros”, debemos decir que el derecho a la información para las entidades que conforman el sector financiero está consagrada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), el cual indica que estas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas. En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios.

Este artículo fue desarrollado por la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, en el Título Primero Capítulo Sexto, referido a las Reglas Relativas a la Competencia y a la Protección al consumidor, allí se indica que las entidades vigiladas deberán informar al consumidor, por escrito, sobre las seguridades adicionales constituidas por los seguros de incendio y terremoto en los créditos en los que a ello hubiere lugar. Entonces, en cumplimiento de lo anterior deben existir unos mecanismos expeditos, objetivos y claros, que se encontrarán contenidos en los manuales de procedimiento que la Superintendencia revisará en las visitas de inspección.

Así en el mismo Estatuto, el numeral 5 del Artículo 98 establece que con el propósito de garantizar el derecho de los consumidores, las instituciones financieras deberán proporcionar la información suficiente y oportuna a todos los usuarios de sus servicios, permitiendo la adecuada comparación de las condiciones financieras ofrecidas en el mercado. En todo caso, la información financiera que se presente al público deberá hacerse en tasas efectivas. El Gobierno Nacional, mediante normas de carácter general, determinará la periodicidad y forma como deberá cumplirse esta obligación.

Vemos entonces que la legislación nacional establece una manera general de protección respecto del derecho a la información, del que gozamos todos como consumidores, como clientes de los servicios financieros.

Estas políticas garantistas, representan la posibilidad de que los usuarios intercambien entre sí información, opinión, incluso ofertas; lo mismo que la libertad de decidir dentro de las opciones del mercado la que en mayor medida favorezca sus necesidades y sus condiciones económicas, el consumidor se

¹⁹ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. *La contratación electrónica: entre el mito y la realidad en Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos*. Universidad Externado de Colombia. 2003. p. 339 y ss.

encuentra en una situación cómoda y segura, pues en términos de la Corte Constitucional goza de una confianza legítima frente a los productos y servicios que constituyen el portafolio de las entidades con las que está contratando, confianza que no es algo diferente que la configuración del Principio de la Buena Fe contractual.

En este punto hay que recordar que las actividades que son desarrolladas por el Sector Financiero son de interés público, lo cual exige de las entidades prestadoras de estos servicios emplear la debida diligencia en el desarrollo de las actividades contractuales, como lo indica el numeral 4 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Estamos entonces frente a una responsabilidad social en la ejecución de las operaciones del sector, que conlleva la imposibilidad de abusar de la posición dominante a través de la imposición de cláusulas abusivas o exorbitantes, que como sabemos se ven traducidas en un rompimiento del equilibrio contractual.

El tema ha sido desarrollado en la Teoría General de las Obligaciones sobre la colaboración intersubjetiva expuesta por el autor Emilio Betti²⁰, que explica que en la exigencia de cooperación entre los miembros sociales se encuentra la clave con la cual el jurista debe tratar de entender la institución de las obligaciones, considerándola en su función económico-social. Así entonces, en las relaciones contractuales el acreedor y el deudor confían en el cumplimiento de las prestaciones a cargo de su respectiva contraparte contractual, pero además parten de una concepción negocial, en virtud de la cual, el deudor debe obrar de buena fe mientras que el acreedor debe actuar con lealtad, noción propia de un enfoque solidarista de las relaciones jurídicas.

En cada relación contractual, los sujetos que intervienen son titulares de diversos derechos, cada uno de los cuales tiene una razón de ser y una misión por cumplir, cada uno persigue también un fin del cual no le es dable desviarse a su titular; los derechos son dados a la sociedad más que al individuo, por lo tanto no son absolutos sino relativos. A partir de estos principios es que ha venido construyéndose la teoría del Abuso del Derecho, conocida desde el derecho romano por juristas como Paulo con la máxima: "Non aune quod liceo honestum est" (no todo lo que es lícito es honesto); o Gayo, que enseñaba: "se considera que no causa daño quien de su derecho usa"²¹. Esta construcción doctrinaria es la que fundamenta la prohibición de abusar de los derechos que en virtud de una relación contractual surgen para las entidades del sector financiero y para los consumidores o usuarios de estos servicios. En esta línea de pensamiento, debe aclararse que la posición dominante, de la que se puede llegar a abusar, tratándose de relaciones enmarcadas en el sistema financiero, es la posición contractual, pues son las mismas condiciones generales de los contratos, las cláusulas preestablecidas, las que determinan la desproporción que se presenta entre los derechos y los deberes de las partes contratantes.

²⁰ Citado en *Tratado de las obligaciones: Concepto, Estructura y Vicisitudes*. HINESTROSA, Fernando, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.p 57.

²¹ Citado en el libro: "*Del Abuso del Derecho y de la Posición Dominante*" Ernesto Rengifo García. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. 2004.p 38.

Por otra parte, los derechos de los consumidores se ven garantizados por instrumentos como el del Defensor del Cliente, figura regulada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero como la persona encargada de ser el vocero de los clientes ante la institución respectiva, y además conocer y resolver las quejas de éstos relativas a la prestación de los servicios. Para garantizar su independencia se exige que el defensor esté separado de la administración de las entidades financieras y su nombramiento está a cargo de la asamblea general de socios de las instituciones vigiladas. Sin embargo, a pesar de haber sido creado como un medio para garantizar la protección de los consumidores del sector financiero y asegurador, al defensor del cliente se le ve en la realidad como un dependiente más de la entidad financiera, que se torna como un filtro de quejas y reclamos, evitando así que el quejoso llegue a iniciar un trámite ante la Superintendencia Financiera.

La regulación existente en torno al defensor del cliente la encontramos en el Decreto 690 de 2003, el cual tiene como destinatarios a las entidades vigiladas por la superintendencia:

“Artículo 1. *Ámbito de aplicación.* Las entidades vigiladas por la Superintendencia

Bancaria deberán contar con un defensor del cliente.

Parágrafo primero: *Para los efectos del presente decreto, se entiende por entidades vigiladas los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros, las entidades aseguradoras, los corredores de seguros y las agencias de seguros y de títulos de capitalización que se asimilen a corredores de seguros, las sociedades de capitalización, las casas de cambio y las cajas, fondos o entidades de seguridad social administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida”.*

Si esta obligación se impone a las entidades aquí enunciadas, en vía de un análisis sistemático de la norma, y de acuerdo con el artículo 72 del Decreto 4327 de 2005²², podría concluirse que se encuentran exonerados de cumplirla los emisores de valores, quienes tienen la calidad de controlados y no de vigilados en los términos del artículo 73 del mismo decreto²³. Aclarado el tema

²² Decreto 4327 de 2005 Artículo 72 Entidades vigiladas: *Corresponde a la Superintendencia Financiera de Colombia, ejercer la inspección y vigilancia de las entidades previstas en el numeral 2 del artículo 325 del Decreto 663 de 1993, y las normas que lo modifiquen o adicionen, las entidades y actividades previstas en el numeral primero del parágrafo tercero del artículo 75 de la ley 964 de 2005 y las normas que modifiquen o adicionen dichas disposiciones. En todo caso, la Superintendencia Financiera de Colombia, ejercerá inspección y vigilancia respecto de todos aquellos que a la entrada en vigencia del presente decreto, se encontraban sujetos a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Valores o de la Superintendencia Bancaria de Colombia, así como respecto de quienes determine la ley o el Gobierno Nacional.*

²³ Decreto 4327 de 2005 Artículo 73 Emisores de Valores: *Para los efectos del presente Decreto son emisores de valores las entidades que tengan valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores.*

La Superintendencia Financiera de Colombia ejercerá control exclusivo respecto de los emisores de valores, excepto cuando se trate de las entidades a las que se refiere el inciso siguiente.

En el caso de los emisores de valores que, por virtud del interés público involucrado en el servicio que presten o en la actividad económica que desarrollen, se encuentren sometidos por ley a la inspección y vigilancia de otra entidad del Estado, la función de control de la

de la aplicación de esta normativa, debemos analizar algunas de las funciones que han sido designadas al defensor del cliente así:

” DECRETO NUMERO 690 DE 2003: “Artículo 2. Funciones. El defensor del cliente de las entidades vigiladas tendrá como funciones ser vocero de los clientes o usuarios ante la respectiva institución, y conocer y resolver de forma objetiva y gratuita las quejas individuales, dentro de los términos aquí establecidos, que éstos le presenten relativas a un posible incumplimiento por parte de la entidad vigilada, de las normas legales o internas que rigen el desarrollo o ejecución de los servicios o productos que ofrecen o prestan, o respecto de la calidad de los mismos.”

Con esta disposición se le impone al defensor del cliente una carga referida a tener total conocimiento de las normas que regulan las obligaciones de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, e identificar en forma efectiva las infracciones que hayan cometido en el ejercicio de su actividad; es esta una manifestación de la responsabilidad profesional²⁴ que a ellos les es endilgada, se trata de que el encargado de ejercer estas funciones debe estar suficientemente capacitado, no solo en el conocimiento de la normativa correspondiente sino también en la forma de recepcionar las quejas y reclamos presentados por los usuarios del sistema financiero. Por otra parte tiene una carga de diligencia en cuanto al análisis del contenido de la queja, carga que será cumplida en forma óptima si se cumple con la primera. De no ser así, esta figura no estaría cumpliendo uno de los fines que ineludiblemente surge de la lectura de las disposiciones que regulan el tema, que es descongestionar y reducir el volumen de reclamaciones presentadas ante la Superintendencia Financiera, en la medida en que debemos aceptar que no todas ellas tienen el mérito suficiente para llegar a esta instancia.

Las calidades del defensor del cliente fueron objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-1150 de 2003²⁵ en donde uno de los

Superintendencia Financiera se orientará a verificar que ajusten sus operaciones a las normas que regulan el mercado de valores y a velar por la oportunidad y suficiencia de la información que dichos emisores deben suministrar al mercado de valores, para lo cual podrá imponer las sanciones a que hubiere lugar.

²⁴ La Responsabilidad Profesional puede ser de varios tipos: A) Civil: que se encuadra dentro del concepto de responsabilidad común a todos los individuos, la que se genera en virtud de una relación contractual, o en virtud de un encuentro social ocasional, se trata en todo caso de una afectación al patrimonio. B) Penal: Que se deriva de una acción directa que afecta a las personas. C) Administrativa: Que se aplica a los servidores del Estado, por violaciones a Código Único Disciplinario. En este caso no se aplica.

· Administrativa: No tiene nada que ver con las dos anteriores responsabilidades. La pena que se aplica es el Apercibimiento o la Inhabilitación.

²⁵ En la sentencia se estudia la acusación parcial del artículo 24 de la Ley 795 de 2003: **"LEY 795 de 2003"** Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones.

(....)

ARTÍCULO 24. Modifícase el numeral 4 del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual quedará así:

temas objeto de revisión y a su vez cargos del actor estaba referido a que los apartes acusados se configuran como inconstitucionales porque le transfieren

"4. Debida prestación del servicio y protección al consumidor.

4.1 Deber general. Las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes a fin de que estos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones.

Igualmente, en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante.

4.2 Defensor del cliente. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria deberán contar con un defensor del cliente, cuya función será la de ser vocero de los clientes o usuarios ante la respectiva institución, así como conocer y resolver las quejas de estos relativas a la prestación de los servicios.

El defensor del cliente de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria deberá ser independiente de los organismos de administración de las mismas entidades y no podrá desempeñar en ellas función distinta a la aquí prevista.

Dentro de los parámetros establecidos en este numeral el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general señalará las reglas a las cuales deberá sujetarse la actividad del defensor del cliente de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

Corresponderá a la asamblea general de socios o de asociados de las instituciones vigiladas la designación del defensor del cliente. En la misma sesión en que sea designado deberá incluirse la información relativa a las apropiaciones previstas para el suministro de recursos humanos y técnicos destinados al desempeño de las funciones a él asignadas.

4.3 Procedimiento para el conocimiento de las quejas. Previo al sometimiento ante la Superintendencia Bancaria de las quejas individuales relacionadas con la prestación de servicios por parte de las instituciones vigiladas que en virtud de sus competencias pueda conocer, el cliente o usuario deberá presentar su reclamación al defensor, quien deberá pronunciarse sobre ella en un término que en ningún caso podrá ser superior a quince (15) días hábiles, contados desde el momento en que cuente con todos los documentos necesarios para resolver la queja.

Lo establecido en el inciso anterior se entiende sin perjuicio de las acciones judiciales que pueden presentar tanto clientes y usuarios como las mismas instituciones vigiladas a efectos de resolver sus controversias contractuales y de aquellas quejas que en interés general colectivo se presenten ante la Superintendencia Bancaria.

4.4 Sanciones. El incumplimiento de las obligaciones a cargo del defensor del cliente será sancionado por la Superintendencia Bancaria en la forma prevista en la Parte Séptima del presente Estatuto. En los términos de dichas disposiciones las instituciones vigiladas podrán ser sancionadas por no designar al defensor del cliente, por no efectuar las apropiaciones necesarias para el suministro de los recursos humanos y técnicos que requiera su adecuado desempeño o por no proveer la información que necesite en ejercicio de sus funciones. El defensor del cliente podrá ser sancionado por el incumplimiento de las obligaciones que le son propias.

PARÁGRAFO. El defensor del cliente podrá desempeñar su función simultáneamente en varias instituciones vigiladas. Se excluye de la obligación de contar con un defensor del cliente a los bancos de redescuento."

al defensor del cliente atribuciones que son propias del Presidente de la República y de la Superintendencia Financiera, que son la inspección y control. También arguye que se está limitando injustificadamente el derecho de petición a través de la creación de esta figura externa a las entidades de control.

La Corte Constitucional aclara que el defensor del cliente dentro de las funciones que le han sido designadas no tiene funciones administrativas, por tanto no son funciones de control ni de vigilancia, en términos de la Corte Constitucional la función de este ente es: *“la de servir de puente institucional entre los usuarios de los servicios de las entidades vigiladas y los representantes de las mismas”*, si esto es así, su labor lo mismo que sus conceptos, están limitados y no pueden representar un compromiso adquirido por la entidad vigilada, en términos de la Corte: *“el pronunciamiento del defensor del cliente no resulta obligatorio o vinculante para la entidad vigilada y mucho menos para la Superintendencia”*.

Esta manifestación jurisprudencial nos deja claro que las funciones de inspección, vigilancia y control no dejan de ser restrictivas de los entes designados para tales fines por la ley, y que la figura del defensor del cliente es uno de los mecanismos creados con el objeto de garantizar un medio de defensa del consumidor financiero, frente a las posibles arbitrariedades que se generan dentro del esquema de la relación contractual, en los diferentes productos ofrecidos por el portafolio de servicios de las entidades del sistema financiero.

También se cuestiona la constitucionalidad del requisito de procedibilidad consagrado en el numeral 4.3 del artículo 24 de la ley acusada el cual establece que antes de someter una queja individual relacionada con la prestación del servicio por parte de la entidad vigilada, el usuario deberá presentar su reclamación al defensor del cliente. Frente a lo cual la Corte concluye declarar su inconstitucionalidad, pues la finalidad de descongestión no es razón suficiente para limitar el ejercicio del derecho de petición. La consecuencia de eliminar este requisito de procedibilidad, conlleva que la posibilidad de acudir antes al defensor del cliente se entienda sin perjuicio de las acciones judiciales que estén en cabeza de los usuarios del sistema financiero.

Plausible es la citada decisión de la Corte Constitucional, en la medida en que tuvo en cuenta la realidad a la que se ven avocados los usuarios del sistema financiero, en la medida en que adelantar un trámite ante el defensor del cliente de la misma entidad financiera, significa tener disposición no solamente de tiempo, sino un desgaste, la mayoría de las veces infructuoso, pues la solución del conflicto cuya solución se pretende, se está dejando en manos de un ente, que no cuenta con la suficiente independencia y autonomía, por lo que su imparcialidad puede verse fácilmente afectada. Así, para el consumidor financiero puede verse como un trámite más satisfactorio, el adelantado ante la Superintendencia Financiera, bajo la consideración de que se trata de una entidad, que ha recibido, como atrás se indicaba, las facultades constitucionales necesarias para ejercer control, tendiente entre otras razones, a la protección del consumidor. Es este un problema de confianza en los

resultados que se esperan obtener, es un aspecto derivado de la cultura del consumidor. Solo cuando la figura del defensor del cliente llegue a representar un medio verdaderamente eficaz, para la solución de las peticiones presentadas por los usuarios del sistema financiero, será considerado como un mecanismo alternativo, en vía de tener la atención requerida para cada caso en concreto.

El marco de desarrollo del derecho a la información se ve ampliado en la medida en que se usan los sistemas electrónicos para la realización de operaciones financieras. La red Internet permite que las entidades puedan ofrecer sus servicios a muchos más consumidores, y se genera lo que se ha conocido como MARKETING, concepto que tiene tres expresiones: una referida a dar respuesta a las demandas latentes de los consumidores, marketing reactivo; otra motivada a anticipar necesidades futuras, marketing de prevención; y finalmente la creación de necesidades, el marketing formador de necesidad.²⁶

A partir de estas circunstancias se genera un traslado de poder al consumidor, en tanto que a pesar de la limitación de la autonomía privada propia de los contratos que se celebran con las entidades del sector financiero, se parte de una teoría que indica que los consumidores financieros están contratando sus productos ganando en agilidad y costo, principalmente. Los factores que determinan ese aumento de poder, entendido como una morigeración de la desigualdad propia de los contratos por adhesión, se refieren a que a través de ella se pueden hacer efectivos los derechos que la Corte Constitucional ha establecido para los clientes financieros a saber: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la igualdad de trato, a la iniciativa privada y a la libertad económica²⁷. Esto nos indica que el ejercicio de la actividad financiera como emanación de la autonomía de la voluntad debe ser razonable, proporcional y adecuada a los fines que persigue, sin comprometer la integridad de los derechos constitucionales de los usuarios del sistema financiero y/o principios fundamentales de mayor entidad.

3 Conclusiones:

Por los argumentos expuestos debo concluir los siguientes puntos:

- La protección del derecho del consumidor en Colombia, a nivel constitucional se funda en los principios de justicia social, libertad económica y solidaridad, a partir de los cuales se ha venido desarrollando la legislación garantista de los derechos y obligaciones que de allí se derivan tales como los deberes de seguridad e información en las relaciones de consumo, el control de prácticas abusivas, la prohibición de la publicidad engañosa, el control de cláusulas abusivas; y las garantías y responsabilidades por daños derivados de productos y servicios.

²⁶ BARRUTIA LEGARRETA, José M^a, ECHEBARRÍA MIGUEL, Carmen. *Internet y los nuevos poderes del consumidor bancario*. Boletín ICE Económico 2757, Febrero, 2003.

²⁷ Sentencias SU- 157 de 1999, SU- 166 de 1999 y SU- 167 de 1999.

- El derecho a la información como elemento de la protección al consumidor, tiene como fin exclusivo contribuir a formar un consentimiento contractual más claro y reflexivo, así sea que nos encontremos en la hipótesis de celebración de contratos de adhesión, cuya principal característica es la imposibilidad de negociar en la que se encuentra una de las partes contratantes. Entonces la información es una forma en la que el consumidor ve abierta la posibilidad para decidir libremente la escogencia del bien o del servicio que solicita.

Este principio se aplica en materia de contratación financiera, pues el servicio prestado es de interés público y por tanto dentro del marco del Estado Social de Derecho debe contribuir al crecimiento del desarrollo económico, en el respeto de los derechos de los usuarios del sistema financiero.

- Finalmente, el derecho a la información como tópico fundamental de las relaciones contractuales actuales, exige que cualquiera que sea el medio a través del cual se celebren los negocios jurídicos, las dos partes: tanto el que impone las condiciones generales de la prestación del servicio o de la distribución de un bien, como el usuario o consumidor, tengan el total conocimiento de todos los elementos esenciales, naturales y accidentales que conforman la relación contractual. En sede de explicación de este argumento debemos indicar que tenemos derecho a la educación para el consumo, pues el conocimiento de nuestros derechos es lo que hace posible que exijamos su tutela; estamos llamados como consumidores a conocer factores como: elementos de la publicidad, pedir la información necesaria para escoger el bien o servicio a utilizar, lo mismo que controlar la calidad, beneficios y desventajas que puede representar el producto que estamos adquiriendo, etc.

Una frase de Adam Smith para terminar:

"El verdadero precio de todas las cosas, lo que todas las cosas cuestan realmente al hombre que quiere adquirirlas es el esfuerzo y la molestia que supone adquirirlas."

BIBLIOGRAFÍA

BARRUTIA LEGARRETA, José M^a, ECHEBARRÍA MIGUEL, Carmen. Internet y los nuevos poderes del consumidor bancario. Boletín ICE Económico.2002

BEJARANO GUZMÁN, RAMIRO. Las acciones populares. Forum Pacis, Bogotá, 1993.

BIGLIAZZI, LINA y otros. Derecho Civil Tomo I Volumen 2. Traducción: Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

GUESTIN. La responsabilité civile du fabricant en droit Française. En La información en la Contratación Privada: en torno al deber de informar en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Ministerio de Sanidad y Consumo : Instituto Nacional del Consumo. Madrid, 1990

HINESTROSA, FERNANDO. Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura y Vicisitudes. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.

LOPEZ CAMARGO, JAVIER. Artículo Derechos del Consumidor: Consagración Constitucional en Latinoamérica. Revista e-merc@toria Volumen 2, Numero 2. 2003.

PARRA QUIJANO, JAIRO. Artículo Mecanismos Judiciales de Protección al Consumidor “Acciones Individuales y Colectivas”.

PEREZ GARCÍA, PEDRO ANTONIO. La información en la Contratación Privada. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid, 1990.

PEREZ, MELBA ROCIO. Aspectos Generales de la Contratación por Medios Electrónicos del Libro: El contrato por medios electrónicos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. La contratación electrónica: entre el mito y la realidad en Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos Tomo III. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

STIGLITZ, RUBEN y STIGLITZ, GABRIEL. Responsabilidad Precontractual. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1992.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Política y Derecho del Consumo. Colección Derecho Económico y de los Negocios. Bogotá, 1998.