

Cláusulas de exención de responsabilidad en el crédito sindicado*

JORGE ALBERTO PADILLA SÁNCHEZ**

RESUMEN

El impacto de la crisis financiera hace necesario el análisis de la validez y conveniencia de las cláusulas de exención de responsabilidad dentro de los contratos internacionales de crédito sindicado y su compatibilidad con el ordenamiento jurídico colombiano. Aspectos problemáticos, como el abuso de posición dominante en contratos de adhesión y el desequilibrio negocial de las partes contractuales, así como los deberes de cuidado e información, deben ser los parámetros a seguir al momento de establecer la validez de las cláusulas usadas por los bancos líderes y agentes dentro del contrato de crédito sindicado. En este sentido, el principio de libertad contractual y el *pacta sunt servanda* respecto de la inclusión de cláusulas abusivas encuentran su límite en el dolo o negligencia de la parte, el mantenimiento del orden público y la preservación de la estructura contractual.

PALABRAS CLAVE

Crédito sindicado; Cláusula de exención de responsabilidad; Desequilibrio contractual; Deber de cuidado; Negligencia.

ABSTRACT

The impact of the financial crisis brings out the need to study the validity and convenience of disclaimers or exemption clauses regarding relationships inside syndicated loans and their compatibility with the Colombian law. Problem

* Fecha de recepción: 30 de septiembre de 2013. Fecha de aceptación: 27 de junio de 2014. Para citar el artículo: PADILLA SÁNCHEZ, JORGE ALBERTO. "Cláusulas de exención de responsabilidad en el crédito sindicado", en *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 13, n.º 1, enero-junio, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 127-150.

** Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Correo-e: jorge_padilla557@hotmail.com.

areas such as the abuse of dominant position in contracts of adhesion and the unequal bargaining power of the contracting parties, as well as the duties of care and information, should be the parameters when establishing the validity of the terms used by the leader and agent banks in syndicated loans. For that matter, the principle of freedom of contract and *pacta sunt servanda* regarding the inclusion of unfair terms are limited by the fraud or negligence of the party, the maintenance of public order and the preservation of the contractual structure.

KEYWORDS

Syndicated loan; Exemption clauses or disclaimers; Unequal bargaining power; Due diligence; Care and Skill; Negligence.

INTRODUCCIÓN

La globalización en materia financiera, como resultado de la interconexión de mercados bursátiles y de la importancia de empresas transnacionales y agentes de inversión¹, permite la transferencia de dinero y de pagos en tiempo real alrededor del globo. Así mismo, los mercados financieros internacionales posibilitan la importación de capital, promueven disciplina macroeconómica e incrementan la competencia². En ese contexto, el contrato de crédito sindicado ha adquirido una gran importancia a nivel internacional³, debido a su facilidad para fusionar capitales nacionales y extranjeros para realizar proyectos que de otra manera serían imposibles, ofreciendo créditos menos costosos y cuya administración resulta ser más eficiente⁴. Con este contrato se supera la imposibilidad de que una sola institución financiera pueda proveer financiación para grandes proyectos, en particular frente al *project finance*, y ayuda a distribuir

1 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MAXIMILIANO. *Introducción al Derecho Comercial Internacional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 34.

2 "Nationally and internationally competitive markets should be promoted in order to provide consumers with greater choice amongst financial services and create competitive pressure on providers to offer competitive products, enhance innovation and maintain high service quality. Consumers should be able to search, compare and, where appropriate, switch between products and providers easily and at reasonable and disclosed costs": *High Level Principles on Financial Consumer Protection*. OECD, 2011, p. 7. Disponible en: [www.oecd.org/regreform/sectors/48892010.pdf]. Citado el 12 de julio de 2013.

3 "The syndicated loan market is the biggest market of global corporate finance, exceeding the annual issuance volumes of equity and bond markets altogether (Weidner, 2000). Despite the importance of this market, its mechanics are not well understood and remain largely unexplored in the literature": BOSCH, OLIVER. *Information Asymmetry and the Pricing of Private Debt – Evidence from European Syndicated Loans*. Copia electrónica disponible en la página web de Social Sciences Research Network. p. 2.

4 STANDARD & POOR'S. *A Syndicated Loan Primer en A Guide to the Loan Market*, 2011, p. 7.

el riesgo de incumplimiento, es decir, se trata de una figura contractual cuyos beneficios se reportan para la totalidad de las partes contractuales, las más de las veces ubicadas en un gran número de diferentes países⁵.

Ahora bien, antes de adentrarnos en el objeto del presente estudio, es necesario explicar la estructura y funcionamiento del crédito sindicado. En efecto, la estructura de un crédito sindicado se conforma por dos o más bancos que se agrupan para proveer financiación al deudor (*borrower*) de manera directa bajo un único crédito, acuerdo de crédito o *syndication agreement*⁶. El acuerdo se construye sobre los mismos principios de un crédito ordinario y además contiene las relaciones entre el banco líder (*lead bank* o *arranger*) y el banco agente (*agent bank*) con los otros bancos miembros del sindicado, y la relación entre los últimos.

El proceso inicia con un mandato (*mandate letter*) otorgado por parte del deudor al banco líder con el fin de que este organice el grupo de proveedores de financiación, organice los documentos y negocie las cláusulas contractuales del crédito⁷. El *mandate letter* viene acompañado de un *term sheet*, que contiene las condiciones de la financiación propuesta, incluyendo las partes contractuales, sus roles y una serie de términos contractuales. El contenido obligacional de esta fase puede ir desde el compromiso del banco líder a otorgar la totalidad del crédito si no encuentra otros bancos dispuestos a hacerlo (compromiso de garantía o *underwriting commitment*), hasta la simple promesa de realizar todos los esfuerzos posibles para obtener la suma requerida (*best endeavours*)⁸. Posteriormente, el banco líder se acerca a otros bancos con un documento precontractual denominado *information memorandum*, preparado entre el deudor y él, que contiene la información relativa al negocio, detalles de manejo e información financiera del deudor y las condiciones generales del crédito⁹. Luego, el banco líder y los demás bancos entran a negociar el crédito (*loan documentation*),

5 ARIAS BARRERA, LIGIA CATHERINE. "Generalidades del régimen del crédito sindicado: mención especial al Derecho inglés", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 22, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 322.

6 RAMPAIL, INDIRA. "How does a syndication agreement deal with the conflicting needs of the lenders?", en *CEPMLP Annual Review 2000* Art. 8. Copia electrónica disponible en: [www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/car4_art8.htm].

7 "The arranger is the financial institution that is commissioned by the borrower to arrange or put the transaction together, which will include finding the syndicate and taking the transaction through to the stage where the facility documentation is signed or, in a 'selling down' exercise, the later date when the syndicate is brought in to the contractual arrangements": MCKNIGHT, ANDREW. *The Law of International Finance*. Oxford University Press, 2008, p. 417.

8 "(...) it was held that a reasonable endeavours obligation probably only requires the taking of a single reasonable course of action": PETKOVIC, DENIS. "Arranger Liability in the Euro Markets", en *Banking Law Journal*, p. 50.

9 "The usual basic standard covenants take into account: the degree of risk undertaken by the lender, the nature of the borrower and whether the loan is secured or unsecured": MCKNIGHT, ANDREW. Ob. cit., p. 380.

para, finalmente, firmar el acuerdo de crédito (*single loan agreement*) y designar a un banco agente que administre el crédito, el cual puede ser o no el mismo banco líder inicialmente escogido por el deudor¹⁰.

Por un lado, el banco líder asume un papel de gran importancia dentro de todo el proceso al ser este el encargado de elaborar el *information memorandum* en conjunto con el deudor, documento que servirá de carta de navegación para la conformación del sindicado. Es, de este modo, la entidad protagonista autorizada por el deudor para organizarlo y toma el riesgo de actuar como agente del deudor. Así mismo, es el encargado de la negociación de los acuerdos de crédito con los demás bancos, determinando la cuantía de sus obligaciones.

Por otro lado, el banco agente o *agent bank* cuenta con un rol diferente al de los demás bancos sindicados, pues es él el que debe liderar el proceso al tener a su cargo la administración del crédito. Sus deberes se encuentran delimitados por el acuerdo de crédito, siendo el principal la verificación que las condiciones de desembolso (*conditions precedent*)¹¹ sean cumplidas por parte del deudor para poder luego desembolsar el dinero. Así mismo, el agente recibe los pagos del deudor y los distribuye entre los demás bancos. Por último, debe transmitir toda la información de condiciones de crédito del deudor y verificar los documentos. Es decir, se trata de deberes provenientes de su función de canal de información y de recursos.

Cabe mencionar que el hecho de que el banco líder se convierta posteriormente en el banco agente puede generar un conflicto de intereses al actuar, en un primer momento, como agente del deudor, para luego actuar como agente de los partícipes del sindicado¹². De igual manera, pueden surgir conflictos de interés cuando el banco agente provee al deudor con otra serie de servicios financieros.

En este contexto, consideramos necesario hacer un análisis de la compatibilidad de los regímenes de responsabilidad nacional con aquellos sobre los cuales se estructuran los modelos contractuales usados para estructurar las operaciones de crédito sindicado. Por esta razón, hemos considerado llevar a cabo el análisis a propósito de las cláusulas de exención de responsabilidad dentro de los contratos internacionales de crédito sindicado y su compatibilidad con el sistema jurídico colombiano, a un extremo normativo en el que la libertad de las partes contratantes se encuentra limitada por el principio de primacía de reglas imperativas del Derecho nacional que resulten aplicables.

10 En la práctica se evidencia que la mayoría de las veces el *lead bank* es nombrado para ejercer las funciones de *agent bank*. ARIAS BARRERA, LIGIA CATHERINE. Ob. cit., p. 336.

11 "Performance by one party, A, is a condition precedent to the liability of the other, B, when A has to perform before B's liability accrues": TREITEL, G.H. *The Law of Contract*. 13th ed. Sweet & Maxwell, 2011, p. 808. "The list of conditions precedent will contain references to various other documents that have to be provided or entered into as part and parcel of the overall transaction". MCKNIGHT, ANDREW. Ob. cit., p. 98.

12 PETKOVIC, DENIS. Ob. cit., p. 50.

Así las cosas, el objeto del presente documento se circunscribe al análisis de la validez y conveniencia de las cláusulas de exención de responsabilidad dentro de los contratos internacionales de crédito sindicado y su compatibilidad con el ordenamiento jurídico colombiano.

El presente estudio se divide en dos partes: en primer lugar, con el fin de lograr un cabal entendimiento del régimen de responsabilidad en los contratos de crédito sindicado, se hace un análisis de las cláusulas de exención de responsabilidad y su validez en el sistema financiero a nivel nacional e internacional. En su segunda parte, se presenta un análisis de las cláusulas de exención de responsabilidad en el crédito sindicado, en particular en cuanto a los deberes de información y de *due diligence* del banco o bancos involucrados en el mismo. De manera transversal se hará una especial mención al Derecho inglés, pues es este, así como el norteamericano, el que en la actualidad fija el contenido de modelos de contratos utilizados globalmente en materia financiera.

I. CLÁUSULAS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y EL SISTEMA FINANCIERO

Con el fin de entender a cabalidad el régimen de responsabilidad de los bancos agente y líder dentro del crédito sindicado y la aplicación de cláusulas de exención de responsabilidad, resulta esencial, *ab initio*, abordar el alcance y régimen jurídico alrededor de dichas cláusulas. En la actualidad, en virtud del principio de autonomía de la voluntad y de las facultades de las partes de determinar el contenido del contrato, es aceptada la posibilidad de que las partes modifiquen el alcance del principio de la reparación integral del daño¹³. Así, a mediados del siglo XIX¹⁴ surgieron en el Derecho inglés unas cláusulas cuya finalidad era restringir la responsabilidad de una de las partes contratantes, ya sea que recayeran sobre criterios de imputación (cláusulas de exoneración) o sobre el cómo de la indemnización (cláusulas de limitación)¹⁵. Dicho de otro modo, con estas cláusulas se configuran criterios de repartición de riesgos entre las partes contractuales.

13 GUAL ACOSTA, JOSÉ MANUEL. *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*. Grupo Editorial Ibáñez, 2008, p. 51.

14 DÍAZ LINDAO, INDIRA. "Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el Derecho moderno de los contratos", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 23, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 144.

15 "Exemption clauses are contractual terms that exclude, alter or limit the liability that normally flows from contractual relations": KOK, CHRISTELLE. *The effect of the Consumer Protection Act on Exemption Clauses in Standardized Contracts*. University of Pretoria, 2010, p. 6. En el mismo sentido, "'exclusion' or 'exemption' or 'exceptions' clauses are terms in a contract which exclude or limit, or purport to exclude or limit, a liability which would otherwise arise": SMITH, J.C. *The Law of Contract*. Sweet & Maxwell, London, 1989. p. 141.

De antaño, las cláusulas restrictivas de responsabilidad se han justificado en el *Common Law* por reglas de liberalismo económico que permitían mecanismos de reducción del riesgo. En este sentido, representan una serie de ventajas dentro de la actividad financiera al reducir los niveles de responsabilidad de entidades financieras, lo cual, a su vez, reduce costos y permite obtener mayores niveles de ganancias¹⁶. De modo contrario, ubicar riesgos en la entidad financiera se reflejaría en aumentos de costos de financiación y reducción de eficacia en las transacciones, debido a que en el evento de materializarse el riesgo, las ganancias de la entidad tendrían que ser repartidas como indemnizaciones. Así, al momento de otorgar un crédito, todo banco debe tener en cuenta por lo menos el riesgo de incumplimiento (*default risk*) y qué tanto lo puede afectar dicho incumplimiento (*loss-given-default risk*), lo cual tiene importantes repercusiones al momento de determinar las tasas de interés aplicables¹⁷.

A. PROBLEMÁTICA ALREDEDOR DE LAS CLÁUSULAS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Sin perjuicio de las ventajas que pueden brindar estas cláusulas, los ordenamientos jurídicos son conscientes de que su aplicación puede traducirse en una serie de violaciones a principios contractuales que deben ser preservados¹⁸, máxime si se trata de relaciones desequilibradas propensas a devenir en abusos de posición de dominio, poniendo en juicio la buena fe contractual. De este modo, se han identificado tres problemas que gravitan en torno a la aplicación de dichas cláusulas: el reconocimiento del principio de libertad contractual, el uso abusivo de formas estándar de contratos y el desequilibrio negocial entre las partes¹⁹.

En primer lugar, la adherencia judicial al principio de libertad contractual, producto de una visión liberal, puede repercutir en la aplicación de soluciones del todo apartadas de la equidad y la justicia²⁰. Según este principio, resulta inapropiado para los jueces pronunciarse sobre aspectos válidamente celebrados entre las partes, debido a que si las partes decidieron libremente acordar esos términos, deben, de este modo, soportar las debidas consecuencias. Si bien

16 GUAL ACOSTA, JOSÉ MANUEL. Ob. cit., p. 65.

17 STANDARD & POOR'S. Ob. cit., p. 13.

18 "On the other hand, limitation of liability by dominant players in the market may equally cause considerable problems to those dependent on transacting business with them. This development has been one of the most serious threats to fair trade, causing problems in contracting": KURKELA, MATTI S. *Letters of Credit and Bank Guarantees under International Trade Law*. Oxford Press, 2008, p. 52.

19 Véase RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 283.

20 KOK, CHRISTELLE. Ob. cit., p. 8.

el principio de libertad contractual se ha configurado como un principio fundante dentro de los ordenamientos jurídicos y a través de él se ha logrado una gran variedad de beneficios para la sociedad de consumo, este no es absoluto, pues su aplicación se encuentra coartada por principios como la buena fe, la prevalencia del orden público y la preservación de la estructura contractual.

Lo anterior se refleja en el ordenamiento colombiano a través de disposiciones como el artículo 1602 C.C., según el cual "el contrato es ley para las partes". Una aplicación absoluta de dicho principio implicaría un grave desconocimiento del orden público y de la existencia de una parte débil en una relación desequilibrada. Es decir, dicho principio reproduce inequidades entre las partes, permitiendo el aprovechamiento de la parte que ostenta una posición dominante. En este sentido, en contraposición a este principio debe plantearse un control estatal para equilibrar relaciones del todo desequilibradas en las cuales las partes no cuenten con una capacidad real de decisión²¹.

En segundo lugar, el uso de formas estándar de contratos²² o contratos de adhesión, es decir aquellos en los que una parte contractual fija la totalidad del contenido y la otra se limita a adherirse a él sin que haya una real negociación entre ellas²³, constituye una gran preocupación al momento de incluir cláusulas de exención de responsabilidad. Lo anterior resalta el desequilibrio contractual en dichos contratos y la protección que debe otorgársele a la parte débil de la relación. Ahora bien, aunque dichos contratos generen un impacto positivo al simplificar prácticas negociales, lo cierto es que con frecuencia son utilizados para explotar a la parte débil mediante la inclusión de términos abusivos, en especial si la mayoría de contratos de adhesión incluyen cláusulas que pretenden trasladar los riesgos a esta parte contractual. Sin embargo, la jurisprudencia nacional ha establecido que encontrar dichas cláusulas en contratos de adhesión no las convierte por ese solo hecho en abusivas, pues es necesario (1) que su negociación no haya sido individual, (2) que lesione la buena fe comercial y (3) que generen un desequilibrio significativo entre las partes²⁴.

En tercer lugar, y tal vez el problema más agudo dentro de la implementación de cláusulas restrictivas de responsabilidad, es el desequilibrio comercial

21 "Pero hoy en día en el control al contenido del contrato hay intervención legal y obviamente judicial, mediante la interpretación correctiva y la exigencia de la adecuación o del equilibrio de las prestaciones": RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. Ob. cit., p. 285.

22 "La normalización o estandarización de los contratos es una exigencia de los mercados financieros internacionales. En este tema, han sido los propios intermediarios financieros quienes, a través de sus asociaciones internacionales, se han preocupado por lograr unos modelos de contratos uniformes, en lo que se considera es una manifestación más de la nueva *Lex Mercatoria*": RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MAXIMILIANO. Ob. cit., p. 393.

23 "In short, a contract of adhesion, as it was incorporated in the English Law, is a contract prepared by one party and offered to another on a 'take-it-or-leave-it' basis": KOK, CHRISTELLE. Ob. cit., p. 15.

24 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 2002. M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, expediente 6462.

entre las partes contratantes. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la parte débil invita a la explotación por parte de aquel que ostenta la posición de dominio²⁵; realidad que gobierna los contratos entre un consumidor financiero y las entidades financieras. Como se verá a continuación, las relaciones entre profesionales y no profesionales, en este caso entidades financieras y consumidores, implican una mayor exigencia a los primeros al momento de entablar relaciones contractuales.

Habiendo establecido los problemas que gravitan en torno a las cláusulas de exención, resulta pertinente establecer cuáles son los límites impuestos dentro de los ordenamientos colombiano e inglés.

B. LÍMITES A LA VALIDEZ Y EXIGIBILIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD

1. Planteamiento general

En estrecha concordancia con la problemática anterior, en Colombia se ha establecido una serie de límites generales a este tipo de cláusulas, pues aunque el art. 1604 C.C.²⁶ autoriza a los contratantes a modificar criterios de imputación de responsabilidad, esta facultad no es del todo absoluta. Es así como los diferentes ordenamientos jurídicos han establecido medidas legislativas que establecen un mínimo de responsabilidad que no puede ser excluido o que garantizan la intervención judicial para intervenir en los términos contractuales²⁷. Lo anterior, debido al reciente y creciente interés de los ordenamientos por garantizar una indemnización mínima y evitar abusos contractuales, posición que se materializa en el ordenamiento colombiano, como a continuación se verá²⁸.

25 KOK, CHRISTELLE. Ob. cit., p. 19.

26 Art. 1604 C.C. "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

"El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

"La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

"Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes".

27 KURKELA, MATTI S. Ob. cit., p. 52.

28 "Los ordenamientos foráneos y tratados internacionales revelan un interés cada vez mayor en que las cláusulas limitativas de responsabilidad garanticen una indemnización mínima a los sujetos afectados en caso de pérdida de mercancías, y en evitar abusos. Con poca frecuencia las distintas legislaciones regulan la libertad de las partes para limitar su responsabilidad, con argumentos de distinto tipo. En ocasiones, para preservar el orden

En primer lugar, las partes no pueden pactar la exención total de su responsabilidad dentro del contrato, pues procederían en contra del mismo concepto de obligación al descartar cualquier posibilidad de ejecución forzada²⁹. Así mismo, esta exención total es incompatible con el principio de buena fe, el cual debe ser preservado para evitar abusos en perjuicio del equilibrio y utilidad social del contrato.

En segundo lugar, se ha establecido una prohibición a la condonación de dolo y culpa grave futuros³⁰ (art. 1522 C.C.)³¹. En tercer lugar, el orden público y las buenas costumbres se erigen como un límite a este tipo de cláusulas (art. 16 y 1519 C.C.)³². De este modo, cualquier cláusula que vaya en contravía de principios fundantes del Derecho nacional es del todo inaceptable y la procedencia de su exigibilidad debe ser objetada.

En cuarto lugar, el ordenamiento colombiano establece que todo pacto de no responsabilidad por el incumplimiento de la *obligación esencial* del contrato debe entenderse como no escrito, pues se pretende garantizar un equilibrio contractual mínimo entre partes contratantes³³. En este sentido, en ningún

público político, económico o social de la Nación o el internacional consagrado en normas jurídicas imperativas. A veces, evitando que alguno de los contratantes, actuando con dolo o culpa grave, se beneficie del régimen convencional de responsabilidad. En otros casos, la regulación se concibe en procura de la protección del consumo y los consumidores, o de la parte débil del contrato o, de la sanción al abuso de la posición dominante contractual o, del aprovechamiento indebido de las condiciones de debilidad o inferioridad concreta de un sujeto": Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 8 de septiembre de 2011. M.P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

29 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 8 de septiembre de 2011. M.P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

30 Dicho pacto implicaría celebrar una conducta impregnada de mala fe contraria a obligaciones de corrección que debe existir entre los contratantes. Así mismo, se vulneraría aquella necesidad de que el acreedor realice un mínimo de empeño diligente. Ahora bien, se considera como conducta gravemente culposa aquellas faltas en las que incurre una entidad financiera sin llevar a cabo una efectiva diligencia y aquellas que afectan la obligación esencial del contrato.

31 La prohibición se encuentra en distintos ordenamientos, verbigracia el BGB (§276,2) o el *Codice Civile* (art. 1229). Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 8 de septiembre de 2011. M.P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

32 Se trata de normas imperativas que no pueden ser derogadas por disposiciones de los particulares, pues ante su incumplimiento hay objeto ilícito. Así mismo, el orden público internacional se instituye como un límite local a la aplicación de la ley extranjera en el sentido que se desecha su aplicación en el contrato siempre y cuando contraríe valores y principios fundantes del orden interno. De ahí su diferencia frente al orden público interno, pues el orden público interno limita la autonomía de la voluntad, en tanto que el orden público internacional limita la aplicación del Derecho extranjero. Son conceptos indeterminados cuyo contenido es llenado y fijado de manera judicial en cada caso concreto.

33 "La teoría de la obligación esencial se fundamenta en la utilidad social que cumple la tutela del mínimo contractual como una expresión imperativa del orden público de protección. Fundamento que es apoyado por el principio de la buena fe, el cual utiliza como instru-

caso se puede reducir la prestación de alguna de las partes a un nivel irrisorio, pues los contratos sinalagmáticos deben guardar un mínimo de proporcionalidad entre las prestaciones; de modo contrario, se generaría un desequilibrio significativo³⁴.

Finalmente, teniendo en cuenta que los contratos financieros, aunque cuentan con una normatividad propia, se nutren de las disposiciones generales del ordenamiento, resulta menester hacer un análisis de las cláusulas a la luz del nuevo Estatuto de Protección del Consumidor (Ley 1480 de 2011).

En efecto, el Estatuto de Protección al Consumidor, en su artículo 42^[35] contiene una cláusula general que prohíbe las cláusulas abusivas, al establecer que son aquellas que generan un desequilibrio injustificado y que afectan la forma de ejercer los derechos del consumidor, teniendo siempre en cuenta las condiciones particulares del caso concreto. Es decir, parten del equilibrio del contrato como criterio para determinar la calidad de abusiva de una cláusula. Posteriormente, en el artículo siguiente (art. 43), se contemplan una serie de cláusulas que son ineficaces de pleno derecho. Lo anterior genera un régimen estricto que no permite el análisis particular de cada caso, pues, por ministerio de la ley, son ineficaces de pleno derecho, por ejemplo, las cláusulas que limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden, impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden y las que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor³⁶.

mento y finalidad del derecho el de lograr la justicia contractual": GUAL ACOSTA, JOSÉ MANUEL, *Ob. cit.*, p. 262.

34 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 8 de septiembre de 2011. M.P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 de diciembre de 2002. M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, expediente 6462.

35 Art. 42, Ley 1480 de 2011. "Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo y lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

"Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho".

36 Art. 43, Ley 1480 de 2011. "Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:
 "1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;
 "2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;
 "3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
 "4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;
 "5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;
 "6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;

En resumen, con la entrada en vigencia del Estatuto de Protección al Consumidor se estableció en Colombia una tajante prohibición de cláusulas de exención de responsabilidad en las relaciones de consumo, la cual no se encuentra en ordenamientos como el inglés que gobiernan la regulación del crédito sindicado; razón por la cual debe ser integrada con los criterios limitativos de exclusión de responsabilidad. Incluso dentro de un régimen estricto, el intérprete debe analizar cada cláusula bajo el lente de la disciplina general para determinar su procedibilidad.

2. Colombia y la Ley 1328 de 2009

En Colombia se puede evidenciar una clara tendencia proteccionista del equilibrio contractual contra abusos de las entidades financieras en uso de contratos de adhesión que incluyen cláusulas exclusivas de responsabilidad, aun cuando la jurisprudencia nacional ha aceptado la validez de dichas cláusulas en contratos de *leasing*³⁷ y de cuenta corriente por el pago de cheques falsos³⁸. En efecto, con el fin de proteger a la parte débil del contrato, países de estirpe romanista han creado regímenes especiales para las cláusulas que modifican la responsabilidad, en particular, y para el caso que nos ocupa, el régimen financiero. Sin embargo, de modo alguno puede considerarse que esta normatividad particular se encuentre aislada de la disciplina general, pues han establecido una relación de recíproca integración³⁹. Por esta razón, los límites establecidos en el acápite anterior integran lo que a continuación se plantea.

Ahora bien, cabe mencionar que si bien en los contratos internacionales de crédito sindicado el cliente o deudor no es una persona natural, sino, las más de las veces, una persona jurídica que puede o no ser profesional del mercado, no por ese hecho deja de ser un consumidor. En efecto, la Ley 1328 de 2009 brinda una definición de consumidor financiero como "todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas" (art. 2 lit. d); entendiendo así

"7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;

"8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;

"9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;

"10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.

"11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan".

37 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 2002.

38 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de octubre de 1982.

39 DÍAZ LINDAO, INDIRA. Ob. cit., p. 152.

mismo al cliente como "la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social" (art. 2 lit. a); y finalmente, como cliente potencial a "la persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta" (art. 2 lit c). De esta forma, no cabe duda de que, al no hacer distinción alguna sobre la calidad de la persona jurídica como cliente o cliente potencial, cualquier persona jurídica que establezca relaciones contractuales para el suministro de productos o servicios o se encuentre en fase previa de tratativas preliminares es un consumidor financiero. Así mismo, lo anterior se debe a que, aunque se trate de consumidores con gran poder negociador, hay cláusulas que las entidades financieras no están dispuestas siquiera a negociar, como es el caso de las cláusulas de exención de responsabilidad frente a, verbigracia, los documentos de información. Por estas razones, los principios y normas destinadas tanto al consumidor (Ley 1480 de 2011), como al consumidor financiero (Ley 1328 de 2009), son aplicables para el deudor en los contratos de crédito sindicado, primando siempre la norma especial sobre la general.

Volviendo a la procedencia de las cláusulas de exención de responsabilidad, la Ley 1328 de 2009 instaura una censura frente a cláusulas exorbitantes o que generen un abuso de posición dominante⁴⁰. En este sentido, es obligación de toda entidad financiera abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de pactar cláusulas que puedan dar lugar a un abuso de posición dominante contractual. Así, dentro del Título I se encuentra el régimen de protección al consumidor financiero y su artículo 7 literal e) contiene la prohibición para las entidades financieras de incurrir en conductas que generen abusos contractuales o de convenir cláusulas que afecten el equilibrio contractual, estableciendo que las cláusulas que contravengan lo dicho en la ley se entenderán por no escrito o no producirán efectos⁴¹. Complementando la anterior disposición, los artículos 11 y 12 contienen la prohibición de utilizar cláusulas abusivas dentro de los contratos de adhesión⁴² y un listado

40 Véase RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. Ob. cit., p. 251.

41 Artículo 7. *Obligaciones especiales de las entidades vigiladas*. "Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales: (...) e) Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual".

42 Artículo 11. *Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos*. "Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

"a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

"b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.

"c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.

enunciativo de conductas abusivas. Específicamente, contempla como cláusula abusiva aquella que "exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero". Es decir, considera abusiva, y por tanto no escrita, toda cláusula que restrinja la responsabilidad de las entidades financieras cuando generen o puedan generar un perjuicio al consumidor financiero.

Luego de poco más de año de entrada en vigencia la Ley 1328, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 039 de 2011 en la cual se adicionan cláusulas abusivas conforme al literal e) del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009⁴³. En ese sentido, establece que se entiende como cláusula abusiva aquella que, salvo que exista autorización legal, exonere, atenúe o limite responsabilidad de la entidad vigilada sin permitir el ejercicio de derechos del consumidor financiero, verbigracia "las que eximen de todo tipo de responsabilidad a la entidad vigilada por los errores u omisiones de cualquier clase que puedan producirse en la realización de operaciones".

Las anteriores disposiciones son evidencia de la clara preocupación que ostenta el ordenamiento jurídico frente a la protección del consumidor financiero ante la imposición de cláusulas abusivas, en particular restrictivas de responsabilidad, por parte de las entidades financieras a través de contratos de adhesión⁴⁴. Así mismo, se observa una prohibición que exige únicamente el perjuicio al consumidor financiero como detonante para su operatividad, lo cual hace más laxo el régimen frente al nuevo Estatuto de Protección al Consumidor. Por último, en virtud del principio de primacía de reglas impe-

"d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.

"e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

"PARÁGRAFO. Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero (destacado fuera de texto)".

43 Art. 11, Ley 1328 de 2009: "Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión (...) e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia".

44 "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": ARIAS BARRERA, LIGIA CATHERINE. "Derecho del consumidor y su aplicación en el sector financiero", en *Revista e-Mercatoria*, vol. 7, n.º 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008. Disponible en [www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN7/PDF01/consumidor.pdf]. Citado el 09 de agosto de 2012.

rativas del Derecho nacional, cualquier contrato que deba regirse por normas colombianas, sin perjuicio de su carácter internacional, debe obedecer a los límites y parámetros previamente descritos.

3. Especial mención al Derecho inglés

Con el fin de llevar a cabo un análisis integral de la problemática, resulta necesario hacer una aproximación al Derecho inglés, debido a la forma como este se ha enfrentado al problema de las cláusulas abusivas en los contratos de crédito sindicado. Lo anterior adquiere gran relevancia, ya que los contratos de crédito sindicado se basan en modelos impuestos por estos ordenamientos. Por lo tanto, la comprensión del tratamiento del objeto de estudio por parte del Derecho inglés resulta imprescindible con el fin de entender el contenido de las cláusulas dentro de la estructura del contrato.

Ahora bien, en un momento previo al análisis de los límites de las cláusulas, como presupuesto de exigibilidad el Derecho inglés ha requerido de antaño que la cláusula se encuentre incorporada (*incorporation*) en el contrato y que cubra el incumplimiento y el daño ocasionado (*construction*)⁴⁵. Este ordenamiento considera como abusiva una cláusula que se encuentre en contravía del principio de buena fe y que genere un desequilibrio significativo⁴⁶. Si bien el ordenamiento inglés no contempla una prohibición como la colombiana, sí ha establecido una serie de límites frente a las cláusulas restrictivas de responsabilidad que a continuación se describen.

En primer lugar, dicho ordenamiento establece que una cláusula restrictiva de responsabilidad frente a *cualquier* incumplimiento ("*total breach*") es inválida, pues resulta inconsistente con el propósito del contrato y podría negar la misma idea de relación contractual⁴⁷.

En segundo lugar, el Derecho inglés establece que, de conformidad con la regla del *main purpose*, no son válidas las cláusulas de exención de responsabilidad cuando se pretenda excluir de responsabilidad de la obligación esencial del contrato, estableciendo que todo aquello que sea inconsistente con el principal sentido del contrato debe ser desechado, sin importar la literalidad de las palabras utilizadas⁴⁸. De igual manera, contempla que aquellos incumpli-

45 "A party who wishes to rely on a clause excluding or limiting liability must show that the clause has been incorporated in the contract, and also that, on its true construction, it covers both the breach which has occurred and the resulting loss or damage": TREITEL, G.H. *The Law of Contract*, Ob. cit., p. 237.

46 *Ibid*, p. 293.

47 "Exemption clauses that can be struck down because they are contrary to public policy include 39 clauses exempting a party from liability for fraud, liability for intentional breach of contract and other intentional conduct": STOOP, PHILLIP N. *The Current Status of the Enforceability of Contractual Exemption Clauses for the Exclusion of Liability in the South African Law of Contract*. University of South Africa. p. 502.

48 SMITH, J.C. Ob. cit., p. 148. Véase el caso *Rambler Cycle*.

mientos frente a términos o aspectos fundamentales de la relación contractual (*fundamental terms* o *fundamental breaches*), es decir aquello que impregna todo el contrato, de tal forma que si no se cumple, el desempeño del contrato se convierte en algo totalmente diferente a lo contemplado, no pueden ser objeto de cláusulas restrictivas de responsabilidad⁴⁹.

En tercer lugar, en el *Unfair Contract Terms Act* - UCTA 1977, el ordenamiento inglés incluye una prohibición similar a aquella del ordenamiento jurídico colombiano, al establecer que no puede excluirse la responsabilidad por conductas negligentes, es decir, no puede excluirse cualquier deber de llevar a cabo un cuidado razonable o ejercer diligencia razonable derivada del contrato⁵⁰. Sin embargo, los jueces en el *Common Law* han establecido en ciertos casos que la responsabilidad por negligencia puede excluirse si se ha establecido con claridad en el contrato⁵¹. Lo anterior hace que las prohibiciones legislativas pierdan todo su peso frente a decisiones judiciales que le otorgan una mayor importancia a la libertad contractual.

Finalmente, el Derecho inglés establece que las cláusulas objeto de estudio no operan cuando el contenido del contrato es realizado por fuera de las previsiones contenidas en él (*deviation*).

Como puede observarse, el ordenamiento inglés contiene una serie de criterios limitativos a las cláusulas de exención similares al colombiano. Sin embargo, no cuenta con prohibiciones expresas a propósito de dichas cláusulas en las relaciones de consumo. En resumen, se trata de un régimen más laxo que el colombiano. Habiendo analizado la disciplina general, se procede a continuación a hacer un análisis a propósito de la regulación establecida para el consumidor financiero en Colombia, pues el ordenamiento debe atender al principio de especialidad.

II. APLICACIÓN DE CLÁUSULAS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE CRÉDITO SINDICADO

Tratándose de cláusulas restrictivas de responsabilidad, las entidades financieras se encontrarían expuestas a una considerable cantidad de riesgos de diversa índole si no fuera por su inclusión, lo cual, antes que afectar la estructura de la figura, la pretende salvaguardar y permite condiciones de crédito más favorables para los mercados financieros. En este sentido, dichas cláusulas buscan excluir la responsabilidad fiduciaria, por desempeño negligente o aquellas que

49 *Ibíd.*, p. 150. Véase el caso *Suisse Atlantique*.

50 *Ibíd.*, p. 158. Así mismo, "a party cannot rely on an exemption clause if he has misrepresented the effect of the clause to the other party": TREITEL, G.H. *An Outline of the Law of Contract*. 5th ed. Butterworths, London, 1995. p. 92.

51 TREITEL, G.H. *Ob. cit.*, p. 82. Véase *Gillespie Bros & Co Ltd. v Roy Bowles Transport Ltd.*

surjan de la deficiencia en documentos contractuales. Si bien tanto el banco agente como el banco líder cuentan con una serie de responsabilidades frente a los otros bancos miembros del sindicado, donde es usual la inclusión de *disclaimers* o cláusulas de exención de responsabilidad⁵², también se encuentran en las relaciones entre las entidades financieras y el deudor. Lo anterior debido a que las relaciones entre entidades bancarias se fundan, *contrario sensu* de lo que ocurre en las relaciones con el deudor, en un plano de igualdad, lo que debe generar un mayor respeto por el principio de libertad contractual al tratarse de relaciones entre profesionales del mercado.

En este punto ha de precisarse que la responsabilidad del banco líder y del banco agente se deriva en su gran mayoría de los documentos contractuales firmados entre ellos y el deudor, es decir, el *mandate letter*, el *information memorandum* y el acuerdo de crédito, así como de cualquier otro documento financiero preparado por ellos. Por esta razón, nos encontramos ante un escenario de responsabilidad contractual. Sin embargo, es del todo posible que el banco líder se encuentre sujeto a responsabilidad extracontractual por cualquier daño que ocasione por fuera del espectro del contrato⁵³. Lo anterior, con base en la existencia de un deber de cuidado genérico que nace por la relación de proximidad existente con los bancos sindicados. De igual manera ha de precisarse que para el ordenamiento inglés es del todo posible que haya responsabilidad contractual y extracontractual de manera concurrente⁵⁴.

A. CLÁUSULAS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO LÍDER

1. Relaciones entre el banco líder y los demás bancos

El banco líder cuenta con una serie de riesgos que lo pueden hacer responsable ante el deudor o los demás miembros del sindicado, razón por la cual acude a cláusulas que desplacen dichos riesgos a ellos. La cambiante naturaleza del banco líder frente al deudor y luego frente a los bancos aumenta el riesgo de fraude o falsedad de la información derivada del *information memorandum* o de cualquier información que aquel transmita a estos. Es decir, responde por negligencia, engaño o fraude, verbigracia si incluye información de mercado

52 Por ejemplo, el deber de monitoreo o de revelar información (*disclosure*), donde el agente puede excluir dicha responsabilidad estableciendo que le corresponde a cada banco realizar el monitoreo de forma individual o acudir a cláusulas que lo eximan de revelar información del deudor cuando considere que dicha actuación lo ponga en posición de quebrantar el secreto profesional.

53 *Midland Bank Trust Co. Ltd. v. Hett Stubs & Kemp*. (1979) Ch 384.

54 "My own belief is that, in the present context, the common law is not antipathetic to concurrent liability, and that there is no sound basis for a rule which automatically restricts the claimant to either a tortious or a contractual remedy (...) I do not find it objectionable that the claimant may be entitled to take advantage of the remedy which is most advantageous to him": *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.* (1995) 2 AC 145.

sin tener conocimiento de ello o la ha verificado previamente, o cuando el banco con pleno conocimiento realiza afirmaciones falsas, así como frente a la prestación de cualquier otro servicio. Dicha responsabilidad nace de la obligación que tiene el banco de elaborar la información en conjunto con el deudor, respetando los deberes de cuidado.

En este sentido, dicha responsabilidad se agrava cuando hay una relación especial entre las partes, en la que se instauró un deber de cuidado⁵⁵, lo que se conoce en el Derecho inglés como el *principle of proximity*⁵⁶. Al momento de presentar el *information memorandum* a otros bancos con el fin de inducirlos a hacer parte del sindicado, se genera suficiente proximidad en la relación entre estos⁵⁷, lo cual hace posible para el ordenamiento jurídico inglés exigir responsabilidad por el incumplimiento del deber de cuidado o *reasonable care* derivado del contenido de los documentos contractuales⁵⁸. Este deber de cuidado va más allá del cuidado que debe ejercer un buen padre de familia, pues, al tratarse de profesionales en el mercado, se exige que lleve a cabo un cuidado según sus experticias y habilidades profesionales. Lo anterior genera una responsabilidad del banco líder frente a los demás bancos, pero indirectamente afecta al deudor, pues el banco buscará escapar de dicha responsabilidad atribuyéndosela al deudor en el *mandate letter*.

La preparación del contenido del *information memorandum* y su aplicación puede responder a una conducta fraudulenta o que pretenda inducir a error a la contraparte, lo cual adquiere una gran trascendencia al momento de excluir dicha responsabilidad. En principio, el banco podría excluirla por medio de la inclusión de cláusulas que establecen que cada banco debe realizar su propio análisis de crédito y documentos suministrados por el deudor⁵⁹. Sin embargo, dicha cláusula resulta problemática debido a que el grueso de los bancos no cuenta con el tiempo para hacerlo o con una relación con el deudor que lo

55 "Podría interpretarse como la base de una relación de agencia implícita entre los bancos sindicados y el banco líder, en virtud de la cual este último asume el deber de cuidado y habilidad *duty of care and skill*": ARIAS BARRERA, LIGIA CATHERINE. Ob. cit., p. 339.

56 "*The duty is limited to those who can establish some relationship of proximity such as was found to exist in Donoghue v. Stevenson [1932] A.C. 562. A plaintiff cannot, therefore, recover for financial loss caused by a careless statement unless he can show that the maker of the statement was under a special duty to him to be careful. Mr. Foster submits that this special duty must be brought under one of three categories. It must be contractual, or it must be fiduciary, or it must arise from the relationship of proximity and the financial loss must flow from physical damage done to the person or the property of the plaintiff*": *Hedley Byrne & Co. Limited v. Heller & Partners Limited*.

57 *The Sumitomo Bank, Ltd and others v. Banque Bruxelles Lambert S.A.*

58 En la *Section 2(1) Misrepresentation Act 1967* se establece que si un *information memorandum* contiene imprecisiones que habrían podido ser evitadas por debido cuidado, entonces el incumplimiento de dicho deber puede activar la responsabilidad.

59 LMA 2004. 25.14. "(...) *each Lender confirms to the Agent and the Arranger that it has been, and will continue to be, solely responsible for making its own independent appraisal and investigation of all risks arising under or in connection with any Finance Document (...)*".

permita. En este sentido, la solución a ese conflicto la encuentran los bancos al establecer que el deudor preparó los documentos, y así excluyen de responsabilidad al agente sin trasladar dicho riesgo a los demás bancos.

De este modo, el banco líder pretende reducir su responsabilidad a través de cláusulas de exención de responsabilidad referentes al contenido del *information memorandum*, estableciendo que no tendrá obligación de cualquier tipo relacionada con algún documento financiero⁶⁰, y que no es responsable por este documento o cualquier documento financiero⁶¹. En *IFE Fund SA. v. Goldman Sachs International*⁶² el banco líder, Goldman Sachs, incluyó una cláusula de exención de responsabilidad en la que se establecía que él no estaba obligado a verificar la veracidad de la información entregada ni de actualizarla. El deudor entró en proceso de insolvencia y IFE Fund demandó a Goldman Sachs por incumplimiento de deber de cuidado al analizar y entregar la información. Dicha cláusula fue aceptada judicialmente. Sin embargo, nos apartamos de la posición del juez por las siguientes razones: se trata de una cláusula que va en contra de una de sus obligaciones principales como banco líder, como es la preparación del *information memorandum*, lo cual, a su vez, afecta el equilibrio contractual mínimo y aquel debido cuidado mínimo exigible a las partes contractuales. Es por esto que este tipo de cláusulas deben ser analizadas con extrema cautela, pues, no obstante ser fiel reflejo de la libertad contractual, pueden generar efectos contrarios al mismo fin del contrato y de la estructura negocial. Si el banco líder no responde por insuficiencias o inexactitudes de aquel documento por medio del cual atrae y convence a los demás bancos para hacer parte del sindicado, se afecta, por consiguiente, la estructura de la figura. Así mismo, UCTA 1977 define un criterio de razonabilidad de las cláusulas para su procedencia y aceptación, estableciendo que deben tenerse en cuenta aspectos como el equilibrio del poder de negociación⁶³, el tiempo de relaciones negociales y la posibilidad que tiene el banco líder de investigar al deudor⁶⁴. Estos criterios deben ser tenidos

60 LMA 2004. 25.3. "Except as specifically provided in the Finance Documents, the Arranger has no obligations of any kind to any other Party or in connection with any Finance Document".

61 LMA 2004. 25.8. "Responsibility for documentation. Neither the Agent nor the Arranger: (a) is responsible for the adequacy, accuracy and/or completeness of any information (whether oral or written) supplied by the Agent, the Arranger, an Obligor or any other person given in or in connection with any Finance Document or the Information Memorandum, or (b) is responsible for the legality, validity, effectiveness, adequacy or enforceability of any Finance Document or any other agreement, arrangement or document entered into, made or executed in anticipation of or in connection with any Finance Document".

62 2007, EWCA Civ 811 English Court of Appeal.

63 "What matters as far as the law is concerned is the relative bargaining position in respect of the clause in question at the time of the contract and not the relative commercial standings of the parties in more general terms": BELLAMY, JONATHAN. *Exclusion and limitation clauses in business contracts*. Copia electrónica disponible en [www.essex.com], p. 7.

64 Véase ARIAS BARRERA, LIGIA CATHERINE. *Ob. cit.*, p. 346.

en cuenta por el juez al momento de analizar, para cada caso concreto, la validez de este tipo de cláusulas.

De otra parte, el fallo dio paso a la consideración del banco líder como agente del deudor y no del sindicado, lo cual tiene grandes implicaciones al momento de establecer su naturaleza, intereses y responsabilidades⁶⁵. Sin embargo, en minutas como aquella del *Loan Market Association (LMA) Single Currency Term Facility Agreement*, 2004, se incluyen cláusulas que establecen que "nada en este acuerdo constituye al agente o al líder como fiduciario de otra persona"⁶⁶.

Por otro lado, el banco líder también resulta, en principio, responsable por la información derivada de la documentación del acuerdo de crédito. Sin embargo, se suelen incluir cláusulas similares a aquellas del *information memorandum* y además se establece que el banco líder no se encuentra obligado a actualizar la información contenida. Se considera que dicha cláusula sí resulta aceptable, pues luego de aprobado el crédito el banco líder ha cumplido con sus obligaciones principales. Así mismo, es a partir de este momento cuando se escoge al banco agente, que será el que lidere el proceso⁶⁷. En cuanto a la actualización de la información, esta debe ser realizada por el banco agente, pues es este el intermediario entre los bancos y el deudor, o en su defecto por cada banco individualmente considerado. Visto de esta forma, esa cláusula no admite reparos y debe ser preservada.

Habiendo analizado la responsabilidad del banco líder frente a los demás bancos y sus límites, resulta procedente el análisis de su relación con el deudor financiero.

2. RELACIONES ENTRE EL BANCO LÍDER Y EL DEUDOR FINANCIERO

Sobre el particular, el desenvolvimiento del mercado financiero y la utilización de contratos de adhesión que incluyen cláusulas abusivas ha generado una preocupación por la protección al consumidor financiero, lo cual se evidencia con la promulgación del *Dodd-Frank Act*, los *High-Level Principles on Financial Consumer Protection*⁶⁸, la *Loi Lagarde* y, a nivel interno, la Ley 1328 de 2009.

65 PETKOVIC, DENIS. Ob. cit., p. 64.

66 LMA 2004. 25.4. "Nothing in this Agreement constitutes the Agent or the Arranger as a trustee or fiduciary of any other person".

67 "Its role begins upon the execution of the facility agreement and will continue, unless it is replaced by another agent, until the conclusion of the transaction": MCKNIGHT, ANDREW. Ob. cit., p. 418.

68 "However, and while it already exists in several jurisdictions, additional and/or strengthened dedicated and proportionate policy action to enhance financial consumer protection is also considered necessary to address recent and more structural developments.

"This renewed policy and regulatory focus on financial consumer protection results inter alia from the increased transfer of opportunities and risks to individuals and households in various segments of financial services, as well as the increased complexity of financial products and rapid technological change, all coming at a time when basic access to financial products and the level of financial literacy remain low in a number of

En este contexto, el banco líder busca reducir riesgos al establecer que no es responsable por la aprobación de cada banco del crédito a favor del deudor⁶⁹. Por esta razón, no responde frente al deudor si el crédito no es aprobado. Sin embargo, esta exención no puede entenderse como absoluta. En primer lugar, la efectiva diligencia y el cuidado razonable por parte del banco líder deben ser tenidos en cuenta. En este sentido, cualquier negligencia o actuación dolosa o gravemente culposa que se encuentre dirigida a la no consecución de la aprobación del crédito por cada banco invalida la cláusula. Sin embargo, en este punto los tribunales ingleses han sido más flexibles, a diferencia de lo señalado en el ordenamiento jurídico colombiano, al establecer que es necesario que se trate de una conducta de mala fe, para cuya prueba el *gross and culpable negligence* no es suficiente⁷⁰. Incluso se ha permitido excluir responsabilidad por negligencia siempre y cuando se establezca de manera expresa, lo cual resultaría completamente contradictorio con el ordenamiento jurídico colombiano debido a la prohibición de condonación de dolo futuro contemplada en el artículo 1522 C.C.

De igual manera, puede pactarse contractualmente si dicha responsabilidad es de medios o de resultados, siendo en cualquiera de los casos una obligación principal para el banco líder, cuyo incumplimiento hace manifiestamente inequitativo el contrato, afectando el equilibrio contractual mínimo y la consecución de la finalidad principal del mismo. Por último, en términos de la Ley 1328 de 2009, cualquier exención de responsabilidad por acciones u omisiones de cualquier clase que tenga como consecuencia la obstaculización del ejercicio de derechos del deudor financiero se entiende como abusiva y, por tanto, no escrita.

B. CLÁUSULAS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO AGENTE

1. Relaciones entre el banco agente y los demás bancos

En primer lugar, el banco agente debe cumplir con sus obligaciones de manera diligente y cuidadosa (*due diligence and care and skill*), por lo cual será responsable por cualquier desempeño negligente, sea frente al deudor financiero o frente a los demás bancos. En el caso del Derecho inglés, dicha responsabilidad se encuentra establecida en el *Supply of Goods and Services Act* de 1982 sección 13^[71], que establece un deber contractual de ejercer debido cuidado y ejercicio razonable en la provisión

jurisdictions": *High-Level Principles on Financial Consumer Protection*. Disponible en: [www.oecd.org/regreform/sectors/48892010.pdf], p. 4.

69 LMA 2004. 25.3.

70 *Ibíd*, p. 58.

71 *Supply of Goods and Services Act 1982. "13. Implied term about care and skill. E+W+N.I. In a contract for the supply of a service where the supplier is acting in the course of a business, there is an implied term that the supplier will carry out the service with reasonable care and skill"*.

de servicios. Sin embargo, en la mayoría de los casos dicha entidad se encuentra con que su remuneración no es suficiente para soportar ese riesgo. Por esta razón, el agente las más de las veces incluirá cláusulas como la siguiente: "El agente no tendrá responsabilidad por cualquier acción y omisión necesaria en conexión con el acuerdo de crédito si no se configura negligencia grave o mala conducta intencional"⁷². Sobre este aspecto se aplican las mismas consideraciones hechas a propósito de las cláusulas de exención de responsabilidad incluidas por el banco líder en torno al contenido del *information memorandum*. Así mismo, vale mencionar que el ordenamiento jurídico colombiano censura la condonación del dolo y la culpa grave futuros, razón por la cual de ninguna manera puede reducirse dicha cláusula por razón de la inclusión del vocablo "intencional", pues este no es requisito para la culpa grave. Por otra parte, el concepto de negligencia grave, o *gross negligence*, ha sido entendido por el *Common Law* como una seria negligencia por valor de una imprudente desatención, y va más allá del incumplimiento del deber de ejercer un debido cuidado y en él no se encuentra inmerso un elemento subjetivo⁷³.

Por otro lado, el LMA 2004 establece que "excepto donde un documento financiero establezca lo contrario, el agente no está obligado a revisar o verificar la idoneidad, precisión o integridad de cualquier documento que reenvíe a los miembros del sindicado"⁷⁴. Sin embargo, este tipo de cláusulas deben ser leídas bajo un lente acorde con los principios y finalidades previamente estudiados, esto es, la prohibición de condonación de dolo o culpa grave futuros, la preservación de la estructura y equilibrio contractual y la protección del deudor financiero. Se trata de un deber de monitoreo que resulta muy oneroso para el agente; empero, los demás miembros del sindicado siempre buscarán que sea aquel quien lo cumpla debido a su capacidad de acceso a la información.

Finalmente, el agente cuenta con un deber de revelar información respecto de eventos que causen o puedan causar incumplimiento por parte del deudor. Sin embargo, debido al carácter confidencial de la relación del banco con el deudor resulta injusto alocar dicho deber en el agente. Por esta razón, de manera acertada la mayoría de acuerdos excluyen a la gente de dicha responsabilidad.

2. Relaciones entre el banco agente y el deudor financiero

Sobre el particular, resulta imperioso analizar la posición que ocupa el banco agente ante el incumplimiento de alguno de los bancos miembros. En este

72 LMA 2004. 25.9. "Exclusion of liability. Without limiting paragraph (b) below, the Agent will not be liable for any action taken by it under or in connection with any Finance Document, unless directly caused by its gross negligence or willful misconduct".

73 MCKNIGHT, ANDREW. Ob. cit., p. 483.

74 LMA 2004. 25.2. "(b) Except where a Finance Document specifically provides otherwise, the Agent is not obliged to review or check the adequacy, accuracy or completeness of any document it forwards to another Party".

caso, el deudor podría demandar al banco agente por la escasez de fondos al momento de necesitarlos. Sin embargo, en el acuerdo se suele establecer cláusulas que estipulan que el banco es agente de los demás bancos y no del deudor, razón por la cual el deudor carecería de acción en contra del agente. Por esta razón, se debe buscar una protección al deudor en este sentido, pues el banco agente obra como intermediario frente a los demás bancos, por lo que el deudor debería poder proceder directamente contra él, sin perjuicio de las acciones que el banco agente intente frente a los demás bancos.

Por último, en caso de que el agente haya desembolsado la suma de dinero sin antes haber verificado el cumplimiento de los demás bancos miembros, el deudor tendrá que devolver al agente las cantidades de dinero sumadas a los intereses causados (*Clawback Provision*)⁷⁵. De forma similar al anterior caso, el banco agente debió haber obrado con diligencia al momento del desembolso. Así mismo, el deudor debería poder conservar las sumas de dinero, haciendo que el banco agente, como intermediario que es, soportara los riesgos.

CONCLUSIONES

La globalización en materia financiera ha generado un manifiesto impacto sobre los regímenes de responsabilidad y su alcance, situación que no puede ser desatendida por el Derecho debido a la magnitud de los efectos que dicha situación puede generar dentro de una economía de mercado.

Dentro del marco de la crisis financiera, los agentes financieros siempre van a tener la tendencia de buscar la exención de su responsabilidad, situación que encuentra asidero en la libertad contractual.

Estas facultades no pueden considerarse como absolutas, pues se encuentran circunscritas por el orden público, la buena fe y la misma estructura contractual.

Si bien hay algunas cláusulas que no merecen reparos, se debe analizar en cada caso concreto su contenido, máxime si se presentan frente al deudor financiero, debido al desequilibrio presente en la relación proclive a terminar en un abuso de posición de dominio.

Las cláusulas de exención de responsabilidad en los contratos de crédito sindicado representan un claro beneficio para las entidades financieras, al reducir riesgos y por tanto costos, y para el sistema financiero en general, al

75 LMA 2004. 28.4. "a) Where a sum is to be paid to the Agent under the Finance Documents for another Party, the Agent is not obliged to pay that sum to that other Party (or to enter into or perform any related exchange contract) until it has been able to establish to its satisfaction that it has actually received that sum. b) If the Agent pays an amount to another Party and it proves to be the case that the Agent had not actually received that amount, then the Party to whom that amount (or the proceeds of any related exchange contract) was paid by the Agent shall on demand refund the same to the Agent together with interest on that amount from the date of payment to the date of receipt by the Agent, calculated by the Agent to reflect its cost of funds".

reducir el valor de los créditos y promover la competitividad empresarial y por tanto el desarrollo económico de un país.

Debe advertirse que su uso desmesurado y sin controles puede terminar afectando principios básicos del ordenamiento jurídico.

Finalmente, las cláusulas regidas por modelos contractuales establecidos por el *Common Law* deben articularse bajo los principios y prohibiciones del ordenamiento jurídico colombiano, habida cuenta que este contiene un régimen más estricto al respecto de las cláusulas de exención de responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ARIAS BARRERA, LIGIA CATHERINE. "Generalidades del régimen del crédito sindicado: mención especial al Derecho inglés", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 22, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

DÍAZ LINDAO, INDIRA. "Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 2e, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

GUAL ACOSTA, JOSÉ MANUEL. *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, Grupo Editorial Ibáñez, 2008.

KOK, CHRISTELLE. *The effect of the Consumer Protection Act on Exemption Clauses in Standardized Contracts*, University of Pretoria, 2010.

KURKELA, MATTI S. *Letters of Credit and Bank Guarantees under International Trade Law*, Oxford Press, 2008.

Loan Market Association (LMA). *Single Currency Term Facility Agreement*, 2004.

MCKNIGHT, ANDREW. *The Law of International Finance*, Oxford University Press, 2008.

PETKOVIC, DENIS. "Arranger Liability in the Euro Markets", en *Banking Law Journal*, pp. 49-65.

RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 251-256 y 283-288.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MAXIMILIANO. *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

SCOTT, HAL S. *An Overview of International Finance: Law and Regulation*, 2005.

STANDARD & POOR'S. *A Syndicated Loan Primer* en *A Guide to the Loan Market*, 2011.

SMITH, J.C. *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, London, 1989, pp. 141-161.

STOOP, PHILLIP N. *The Current Status of the Enforceability of Contractual Exemption Clauses for the Exclusion of Liability in the South African Law of Contract*, University of South Africa.

TREITEL, G.H. *An Outline of the Law of Contract*, 5th Ed. Butterworths, London, 1995. pp. 78-112.

TREITEL, G.H. *The Law of Contract*, 13th Ed. Sweet & Maxwell, 2011.

DOCTRINA EN LÍNEA

ARIAS BARRERA, LIGIA CATHERINE. "Derecho del consumidor y su aplicación en el sector financiero", en *Revista e-Mercatoria*, vol. 7, n.º 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008. Disponible en: [www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN7/PDF01/consumidor.pdf]. Citado el 9 de agosto de 2012.

BELLAMY, JONATHAN. *Exclusion and Limitation Clauses in Business Contracts*. Disponible en [www.39essex.com/docs/articles/Exclusion&Limitation_Clauses_in_Business_Contracts_Presentation_Paper_JBellamy_071009.pdf]. Citado el 12 de julio de 2013.

BOSCH, OLIVER. *Information Asymmetry and the Pricing of Private Debt – Evidence from European Syndicated Loans*. Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=963412]. Citado el 12 de julio de 2013.

High-Level Principles on Financial Consumer Protection. Disponible en [www.oecd.org/regreform/sectors/48892010.pdf]. Citado el 12 de julio de 2013.

RAMPAUL, INDIRA. *How does a syndication agreement deal with the conflicting needs of the lenders?* CEPMLP Annual Review 2000 Art. 8. Disponible en [www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/car4_art8.htm]. Citado el 12 de julio de 2013.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 1994. M.P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHOLSS.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 2002. M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, expediente 6462.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de septiembre de 2011. M.P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

Tribunal Supremo Español, Sala Civil. Sentencia 683/2012 del 21 de noviembre de 2012. M.P.: JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL.