

**EL DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO: UN MECANISMO EFICAZ EN LA
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS**



CLAUDIA MILENA PALOMAR AVILÉS

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ D.C.
2004**

**EL DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO: UN MECANISMO EFICAZ EN LA
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS**



CLAUDIA MILENA PALOMAR AVILÉS
Trabajo de grado presentado como requisito
para optar al título de Abogado

Director:
LUIS HELO KATTAH
Abogado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ D.C.
2004

Nota de Advertencia:

La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis.

Sólo velará porque no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica, porque la tesis no contenga ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ella el anhelo de buscar la verdad y la justicia.

Art. 23 de la resolución No. 13 de julio de 1946.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi director de tesis, Doctor Luis Helo Kattah quien con sus aportes, consejos e infinita paciencia orientó este trabajo y definió el criterio para su contenido.

Agradezco a la Superintendencia Bancaria y a la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia, ASOBANCARIA, instituciones que siempre abrieron sus puertas a esta investigación. También a todas aquellas personas que dentro de estas entidades estuvieron dispuestas a atender mis cuestionamientos y colaborar enormemente con este trabajo de grado.

Y por último, doy gracias a todos mis profesores, quienes compartieron conmigo todos sus conocimientos y me enseñaron la noble tarea de ser abogado.

CONTENIDO

| | Pág. |
|---|------|
| INTRODUCCIÓN | 7 |
| 1. INTERVENCIÓN DEL ESTADO PARA PROTEGER AL CONSUMIDOR | 9 |
| 1.1 CONSTITUCIÓN ECONÓMICA | 9 |
| 1.2 LIBERTAD ECONÓMICA | 11 |
| 1.3 INTERVENCIONISMO ESTATAL | 12 |
| 1.4 PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR | 15 |
| 1.5 INTERVENCIONISMO ESTATAL EN EL SECTOR FINANCIERO Y PROTECCIÓN AL USUARIO | 18 |
| 2. RÉGIMEN DE COMPETENCIA EN EL SECTOR FINANCIERO | 21 |
| 2.1 NOCIÓN DE COMPETENCIA | 21 |
| 2.2 DERECHO DE LA COMPETENCIA | 22 |
| 2.3 PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS | 25 |
| 2.3.1 Acuerdos contrarios a la libre competencia | 25 |
| 2.3.1.1 Acuerdos contrarios a la libre competencia dentro del sector financiero | 28 |
| 2.3.2 Actos contrarios a la libre competencia | 29 |
| 2.3.2.1 Actos contrarios a la libre competencia en el sector financiero | 30 |
| 2.3.3 Abuso de posición dominante | 30 |
| 2.3.3.1 Abuso de posición dominante sector financiero | 32 |
| 2.4 COMPETENCIA DESLEAL | 34 |
| 2.4.1 Prácticas constitutivas de competencia desleal | 35 |
| 2.4.2 Actos de competencia desleal en el sector financiero | 40 |
| 2.5 PUBLICIDAD | 43 |
| 2.5.1 Publicidad en el sector financiero | 44 |
| 3. OMBUDSMAN | 47 |
| 3.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA | 47 |
| 3.2 DEFINICIÓN Y NOTAS CARACTERÍSTICAS | 48 |
| 3.3 CLASES DE OMBUDSMAN | 51 |
| 3.3.1 El defensor del pueblo | 51 |
| 3.3.2 El defensor del contribuyente | 51 |
| 3.3.3 El defensor de los medios de comunicación | 52 |
| 3.3.4 El defensor financiero | 53 |
| 4. OMBUDSMAN FINANCIERO EN COLOMBIA | 55 |
| 4.1 GÉNESIS DE LA FIGURA DEL DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO EN COLOMBIA | 55 |
| 4.2 ASOBANCARIA: PIONERA EN LA DEFENSORÍA DEL CLIENTE FINANCIERO EN COLOMBIA | 57 |

| | | |
|----------|--|-----|
| 4.3 | CÓDIGO DE LA BUENA PRÁCTICA FINANCIERA. | 58 |
| 4.4 | LEY 795 DE 2003 | 60 |
| 4.5 | DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL OMBUDSMAN FINANCIERO | 61 |
| 4.6 | CARACTERÍSTICAS DEL DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO | 62 |
| 4.7 | PERFIL DEL DEFENSOR DEL CLIE | 63 |
| 4.8 | FUNCIONES DEL DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO | 65 |
| 4.9 | ASUNTOS EXCLUIDOS DE LA COMPETENCIA DEL DEFENSOR DEL CLIENTE | 66 |
| 4.10 | DEBERES DEL DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO | 68 |
| 4.11 | DERECHOS Y DEBERES DE LA ENTIDAD | 69 |
| 4.12 | NOMBRAMIENTO, DURACIÓN Y TERMINACIÓN DEL CARGO | 71 |
| 4.12.1 | Designación | 71 |
| 4.12.2 | Duración del cargo | 72 |
| 4.12.3 | Terminación del cargo | 73 |
| 4.13 | ACTIVIDAD DEL OMBUDSMAN | 75 |
| 4.13.1 | Procedimiento para la resolución de quejas | 75 |
| 4.13.2 | Decisión adoptada: contenido y efectos | 83 |
| 4.13.2.1 | Contenido de la decisión | 83 |
| 4.13.2.2 | Efectos de la decisión | 83 |
| 4.14 | RÉGIMEN SANCIONATORIO | 85 |
| 4.15 | VENTAJAS DEL DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO | 87 |
| 5. | DERECHO COMPARADO | 89 |
| 5.1 | DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO EN ESPAÑA | 89 |
| 5.1.1 | Funciones de la defensoría | 90 |
| 5.1.2 | Reclamaciones | 90 |
| 5.1.3 | Diferencias y semejanzas con Colombia | 91 |
| 5.2 | DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO DE CANADÁ | 91 |
| 5.2.1 | Características del Ombudsman financiero en Canadá | 92 |
| 5.2.2 | Reclamación | 92 |
| 5.2.3 | Semejanzas y diferencias con Colombia | 93 |
| 5.3 | DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO EN PERÚ | 94 |
| 5.3.1 | Misión y funciones de la defensoría | 94 |
| 5.3.2 | Reclamaciones | 95 |
| 5.3.3 | Diferencias y semejanzas con Colombia | 96 |
| 5.4 | DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO EN EL REINO UNIDO | 97 |
| 5.4.1 | Reclamaciones | 99 |
| 5.4.2 | Diferencias y semejanzas con Colombia | 99 |
| 6. | CONCLUSIONES | 100 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 102 |

INTRODUCCIÓN

El sector financiero del país reviste una especial importancia para la economía de la Nación. Por ello, el Estado debe adoptar constantemente medidas que regulan las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

La actividad financiera, bursátil y aseguradora es de interés público, motivo por el cual, el Estado debe intervenir para garantizar el adecuado funcionamiento del sector. Frente a la intervención estatal en el sector financiero, la Corte Constitucional ha señalado:

“No puede permitirse que aspectos tales como los límites de endeudamiento de las instituciones financieras, los topes de los créditos que ellas otorgan, las clases y requisitos de las garantías exigidas a los deudores, o los niveles de patrimonio mínimo de quienes ejercen la gestión financiera, queden librados a la más absoluta discreción de los entes participantes o dependan en forma exclusiva de las fuerzas del mercado y del incontrolado juego de la oferta y la demanda. La presencia estatal activa, técnicamente orientada y razonablemente dirigida, dentro de unas políticas globales que preserven el sano y armónico desenvolvimiento de la actividad crediticia, resulta insustituible como garantía para el público y como factor que incide en la solidez del sistema económico en su conjunto”¹.

Uno de los principales objetivos de la intervención del Gobierno Nacional en la actividad financiera, es la protección de los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos por las Entidades.

En efecto, en la actualidad, existe una serie de políticas diseñadas para defender a los clientes, de posibles abusos por parte de las entidades financieras. Aunque es importante señalar que estos mecanismos de

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-560 del 6 de diciembre de 1994. M.P. Doctor José Gregorio Hernández Galindo.

protección no están diseñados para vulnerar los derechos de la entidad, por el contrario, lo que se busca es que las relaciones contractuales existentes entre las instituciones financieras y sus clientes, se desarrollen en completa armonía, dentro de un marco de confianza y credibilidad mutua.

Las medidas que prohíben el abuso de la posición dominante, la realización de prácticas concertadas que tengan por objeto restringir el juego de la libre competencia o los actos de competencia desleal, hacen parte del esquema diseñado por el Gobierno, para garantizar la libre competencia dentro del sector financiero.

Estas medidas fueron de gran importancia para la gestación y origen del Defensor del Cliente Financiero, quien se presenta para complementar y ser un elemento fundamental, dentro de este engranaje diseñado para la protección del usuario.

La figura del Defensor del Cliente Financiero, es el centro de nuestro estudio, se analizarán sus orígenes, características, funciones y demás notas esenciales. El punto de partida es el régimen de competencia y de protección al consumidor, consagrado en las diferentes leyes del país y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. De igual forma, analizaremos la importancia de la Defensoría del Cliente a la luz de los ordenamientos legales de otros países.

Todo esto para demostrar que el Defensor del Cliente Financiero es un mecanismo eficaz en la protección de los derechos de los usuarios del sector financiero en el país, y hacer algunas propuestas que generarían una mayor efectividad en su labor.

1. INTERVENCIÓN DEL ESTADO PARA PROTEGER AL CONSUMIDOR

1.1 CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

En la actualidad las Constituciones Políticas de los diferentes países han optado por consagrar los principios socioeconómicos sobre los cuales se organiza el Estado. Las nuevas constituciones determinan la estructura y organización de la economía del país, establecen las libertades de los ciudadanos, definen algunos de los más importantes derechos colectivos y delimitan la intervención estatal. Colombia no es ajena a esta tendencia del constitucionalismo moderno, por ello, en nuestra Carta Magna de 1991 se establece un sistema económico y se regula el desarrollo de las relaciones de contenido económico, lo que permite definirla como una *Constitución Económica*.

“La Constitución Económica se concibe como 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; la responsabilidad que comporta el ejercicio de la actividad económica; así como la organización y la técnica de la producción y distribución”².

No es necesario que el sistema económico de un país se determine de forma directa en el texto constitucional, puede definirse a través de los principios y libertades que regulan las relaciones socioeconómicas que se desarrollan al interior del Estado.

“No necesariamente un sistema económico surge directamente de una declaración formal en el documento constitucional, sino que también puede surgir de la consideración conjunta y sistemática de los principios que la inspiran en el terreno económico y social, de los derechos que se atribuyen a los participantes en la actividad económica, de las

² LÓPEZ CAMARGO, Javier. Constitución económica, mercado y derecho del consumo. Revista CONTEXTO. Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Económico No. 10. Mayo 2001.

limitaciones que se imponen a estos derechos y de los modos de actuación del Estado”³.

La Constitución Colombiana demarca el sistema económico del país y aunque no lo establece expresa y directamente, sí crea unos principios y libertades básicas que llevan a inferirlo. Corresponde entonces hacer un estudio de los principios económicos de la Carta Política, para así establecer el sistema económico de nuestro país.

Colombia es un Estado Social de Derecho, la Constitución consagra este principio fundamental como el cimiento de su organización política, social y económica, esto significa que el Estado debe permitir la satisfacción de las necesidades económicas y sociales a todas las personas, en busca de la construcción de un bien común, sustentado en el respeto de la dignidad humana. Como Estado Social de Derecho, el preámbulo de la Constitución señala que se debe garantizar un orden político, social y económico justo, lo que traduce entre otras cosas, que “es responsabilidad del Estado la conducción de la economía y de los procesos de desarrollo, dotándolos de instrumentos eficaces para el logro de los propósitos comunes y de la equidad social”⁴.

Otro de los principios que dirige la actividad económica es la garantía y el respeto de los derechos con contenido económico⁵, dentro de este punto es necesario mencionar algunos muy importantes, como: la propiedad, la libertad económica, que comprende la libertad de empresa y la libre competencia, el derecho de los consumidores y usuarios a la calidad idónea de la producción y distribución de los bienes y servicios, y el derecho a la vigilancia, inspección y control de los sujetos que realizan actividad económica, entre otros.

Un fundamento importante del sistema económico colombiano es que se encuentra constituido sobre una economía de mercado, consistente en un encuentro eficaz de productividad y consumo entre los oferentes y los

³ Ibid.

⁴ Informe de Ponencia, sobre el “Régimen Económico, libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del Estado”. Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 46, abril de 1991. Citado por Ibáñez Najjar, Jorge Enrique, Los derechos de los consumidores y usuarios, fundamentos constitucionales y desarrollo legal.

⁵ IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. Revista Universitas 94. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 1998. pp. 104 – 109.

Para ahondar en las premisas sobre las que está montado el sistema económico colombiano ver: Los derechos de los consumidores y los usuarios, fundamentos constitucionales y desarrollo legal.

demandantes. “El buen y adecuado funcionamiento de la economía de mercado depende fundamentalmente de la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores”⁶.

1.2 LIBERTAD ECONÓMICA

La libertad económica es uno de los principios fundamentales sobre los que se constituye el sistema económico colombiano, la libertad económica consiste básicamente:

“En la facultad que tiene todo individuo de desarrollar actividades lucrativas, según sus preferencias o habilidades, con miras a asegurarse un patrimonio, dentro de las limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes por razones de seguridad, salubridad, moralidad y, también, de utilidad pública y de interés social. Como típicas libertades económicas pueden señalarse las de industria, comercio y explotación agropecuaria y minera”⁷.

El artículo 333 de la Constitución Política Colombiana consagra: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común...” esto significa que dentro de un Estado Social de Derecho es necesario que las personas gocen de la libertad económica para así obtener un desarrollo sostenible y un mayor bienestar social.

En efecto, la libertad económica contribuye a la realización y el bienestar de las personas dentro del mercado, por ello, dentro de este principio encontramos una serie de libertades otorgadas por el constituyente a los ciudadanos, para que estos puedan desarrollar las actividades económicas que libremente han escogido, dentro del límite del bien común y el interés colectivo, para mejorar su calidad de vida.

Algunas de las principales características de la Libertad Económica son: *La Libre Competencia, La Libre Iniciativa Privada y La Libertad de Empresa*, pero estos derechos no son absolutos, “la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo, por las competencias de intervención y regulación a

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997. M.P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá: Editorial Temis, 1997. p. 520.

cargo del Estado y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohijado”⁸. Como la Corte Constitucional lo ha señalado en reiteradas oportunidades, la libertad económica se garantiza en el texto constitucional, pero debe enmarcarse dentro de los límites del bien común, la función social de la empresa, que implica una serie de obligaciones y el control estatal que busca evitar obstrucciones y restricciones a ley de la oferta y la demanda.

1.3 INTERVENCIONISMO ESTATAL

Como ya se estudió, la libertad económica no es absoluta y tiene unos límites demarcados por la Constitución Política, en este punto se hace de especial importancia analizar el papel del Estado Colombiano como el ente que regula y orienta esta actividad, con el fin de obtener bienestar social y progreso económico.

El intervencionismo estatal consiste en

“Dotar al Estado de facultades suficientes para reglamentar y dirigir la actividad económica, tanto pública como particular, a través de sus diferentes fases —producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios —, con el objeto de racionalizarla para lograr el bienestar general y evitar la injusticia y el abuso, en aras del orden público y el progreso material de toda la comunidad nacional” ⁹.

La Constitución Política Colombiana consagró en el inciso primero del artículo 334 la intervención del Estado en la economía, así:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-398 del 7 de septiembre de 1995. M.P. José Gregorio Hernández.

⁹ NARANJO MESA, Vladimiro. Op cit., p. 519.

oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”.

De conformidad con lo anterior, el Doctor Jacobo Pérez Escobar, en su libro Derecho Constitucional Colombiano ha señalado que las reglas que rigen la intervención económica son las siguientes:

- a. El fin inmediato de la intervención económica es racionalizar la economía.
- b. El fin mediato de la intervención económica es conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, así como la preservación de un ambiente sano.
- c. La intervención económica debe ordenarse por ley, pero corresponde al Gobierno ejecutarla, dictando las medidas adecuadas para su cumplimiento¹⁰.

En efecto, la intervención económica estatal no tiene un fin diferente a la plena realización del Estado Social de Derecho, busca que la economía de mercado se desarrolle dentro de los principios de competencia, transparencia y libertad, que conduzcan a la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de todos los agentes económicos.

En cuanto a la intervención económica la Corte Constitucional Colombiana ha manifestado en reiterada jurisprudencia que:

“ ... La Constitución Nacional de corte finalista o teleológico recoge la doctrina constitucional contemporánea y consagra un Estado interventor a través de un conjunto sistemático de disposiciones jurídicas destinadas a la realización de un orden económico y social justo, dentro del marco del Estado Social de Derecho.

...el nuevo Derecho constitucional diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente, de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la

¹⁰ PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 1997. p. 333.

igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites del quehacer estatal...

...la Constitución dota al Estado de una serie de instrumentos de intervención en la esfera privada, en el mundo social y económico, con el fin de que a partir de la acción pública se corrijan los desequilibrios y desigualdades que la propia Carta reconoce y se puede buscar, de manera real y efectiva, el fin ontológicamente cualificado que da sentido a todo ordenamiento..."¹¹.

La Carta Magna Colombiana le otorga al Estado la dirección general de la economía, y este papel debe desarrollarse a través de un marco legal. Un ejemplo claro de esta labor estatal, es la ley 550 de 1999 y sus decretos reglamentarios. Esta Ley buscaba principalmente que el Estado a través de su poder normativo, ofreciera a la comunidad empresarial un ámbito jurídico que permitiera la reactivación económica.

Debido a la difícil situación que atravesaba el sector productivo del país a finales de la década de los noventa, muchas empresas entraron en liquidación, causando un aumento en el índice de desempleo y ocasionando un colapso en la cartera de las entidades financieras. Esta crisis que podía tener graves consecuencias macroeconómicas obligó al Estado a intervenir en la economía para establecer un marco especial para la reestructuración y reactivación de la empresa que es la base del desarrollo económico¹². Esta ley expedida en un momento coyuntural, no tenía un carácter permanente e indefinido en el tiempo, su periodo de vigencia esta señalado en el mismo texto legal, con lo que queda claro que la intervención, está encaminada a dotar a la economía de herramientas útiles que incentiven el desarrollo sostenible y el bienestar de los colombianos, en momentos determinados.

En cuanto a la potestad del Estado de intervenir en la economía, es necesario concluir que no es una herramienta gubernamental para

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-074 del 25 de febrero de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón.

¹² Exposición de Motivos de la Ley de Intervención Económica presentada ante el Honorable Congreso de República, por el Doctor Juan Camilo Restrepo, Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Doctor Jaime Alberto Cabal, Ministro de Desarrollo Económico y Social. Gaceta del Congreso Número 390, octubre 29 de 1999.

vulnerar las libertades de los ciudadanos, por el contrario nuestro sistema económico busca crear un ambiente donde se puedan desarrollar las actividades económicas libremente escogidas y autoriza al Estado para intervenir en la construcción de las condiciones necesarias para este fin.

1.4 PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Dentro del estudio de la intervención estatal económica, se hace evidente que una de las principales causas de esta intervención es la necesidad de protección que tienen ciertos agentes económicos. En efecto, en algunas ocasiones, el consumidor o usuario se encuentra en condiciones de inferioridad frente al oferente, por ello se justifica la intervención protectora del Estado, para evitar que se vulneren sus derechos y se controle la calidad de los bienes y servicios al interior del mercado.

“La intervención del Estado será mayor en la medida en que mayor sea el número de los necesitados de protección o demasiado evidente la debilidad del consumidor. Por tanto, al servicio de los intereses de protección del consumidor se orientan todas aquellas medidas destinadas a asegurar una mayor transparencia del mercado, a incrementar mediante obligaciones rigurosas de información la racionalidad económica en los procesos de toma de decisión por el consumidor o a asegurar determinados niveles de salud y seguridad personales”¹³.

Pero antes de continuar con el estudio de las medidas encaminadas a la protección de consumidor, es importante establecer quién es el sujeto protegido por la normatividad colombiana. El Decreto 3466 de 1982, conocido como el Estatuto del Consumidor, define a éste 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.

Una vez definida la calidad de consumidor, se debe analizar el artículo 78 de la Constitución Política, que consagra la protección que el Estado debe otorgar a los derechos de los consumidores y los usuarios. Este artículo reza:

¹³ LÓPEZ CAMARGO, Javier. Op cit.

“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”.

Sobre el contenido de este artículo es necesario identificar ciertos temas que revisten especial importancia dentro del desarrollo del presente estudio:

- a. La protección al consumidor es un Derecho de rango constitucional, es uno de los pocos derechos colectivos que han sido consagrados en la Carta Política, “el constituyente, al elevar la protección de los consumidores y usuarios a nivel constitucional, buscaba dotar al legislador de un sólido fundamento para crear nuevos instrumentos que amplíen el universo propio de su defensa en el ordenamiento nacional”¹⁴. Son muy pocos los países que han consagrado este derecho en sus constituciones, entre ellos cabe mencionar a Portugal, Brasil, México, Perú, España y Colombia.
- b. La protección al consumidor es un derecho colectivo, es decir, el titular del derecho es la colectividad. “los derechos colectivos son aquellos que se otorgan a un grupo o a todos los asociados independientemente de su individualidad. Por ello su protección puede solicitarla cualquiera de los miembros del grupo o la sociedad”¹⁵. Cuando estos derechos se desconocen o vulneran el daño es recibido

¹⁴ Informe de Ponencia, sobre “Derechos Colectivos”. Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 46, abril de 1991. Citado por Ibáñez Najar, Jorge Enrique, Ob. Cit.

¹⁵ PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Op cit., p. 272.

por la colectividad, quienes resultan lesionados son los miembros de la comunidad.

- c. El Estado regulará el control de la calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados, los colombianos tiene derecho a que los bienes y servicios a los que acceden, sean aptos para satisfacer las necesidades para las cuales han sido producidos, el Estado debe vigilar la idoneidad de los bienes y servicios que circulan y se ofrecen en el mercado nacional.

En cuanto a la jurisprudencia que se ha proferido en esta materia, es significativo el aporte de la Corte Constitucional, corporación que ha afirmado que la competitividad y la soberanía de los consumidores, "son elementos que sin una activa y transformadora acción estatal de tipo corrector, fácilmente decaen y pierden toda incidencia, pudiendo fácilmente ser sustituidos por la unilateralidad de las fuerzas predominantes en el mercado y por el alienante y desenfrenado consumismo de masas"¹⁶. Fallos como este avalan la intervención estatal, para proteger al consumidor como agente débil en la economía de mercado.

Una vez establecido el régimen constitucional que se le otorga a la protección que el Estado debe dar al consumidor y al usuario, es fundamental hablar del tratamiento que la normatividad internacional concede a la materia.

La Organización de la Naciones Unidas el 9 de abril de 1985, profirió por medio de resolución de la Asamblea General, Las Directrices para la Protección al Consumidor, que fue ampliada en 1999. Estas directrices reconocen que los consumidores afrontan a menudo desequilibrios en cuanto a la capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación, y señala la importancia de promover un desarrollo económico y social justo, equitativo y sostenido.

Estas directrices para la protección al Consumidor, persiguen los siguientes objetivos:

- Ayudar a los países a lograr o mantener una protección adecuada de sus habitantes en calidad de consumidores.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997. M.P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Facilitar las modalidades de producción y distribución que respondan a las necesidades y los deseos de los consumidores.
- Instar a quienes se ocupan de la producción de bienes y servicios y de su distribución a los consumidores a que adopten estrictas normas éticas de conducta.
- Ayudar a los países a poner freno a las prácticas comerciales abusivas de todas las empresas, a nivel nacional e internacional, que perjudiquen a los consumidores.
- Facilitar la creación de grupos independientes de defensa del consumidor.
- Fomentar la cooperación internacional en la esfera de la protección del consumidor.
- Promover el establecimiento en el mercado de condiciones que den a los consumidores una mayor selección a precios más bajos.
- Promover un consumo sostenible.

Estas Directrices buscan que los gobiernos establezcan y mantengan una infraestructura adecuada que permita formular, aplicar y vigilar el funcionamiento de las políticas de protección del consumidor.

1.5 INTERVENCIONISMO ESTATAL EN EL SECTOR FINANCIERO Y PROTECCIÓN AL USUARIO

Frente al sector financiero y debido a su inherente naturaleza económica, el Estado interviene para racionalizar y planificar el desarrollo sostenible de este sector. La intervención en la actividad financiera del país está encaminada a proteger el aprovechamiento, manejo e inversión de los recursos captados de los colombianos a través del ahorro privado.

La Constitución Política en su artículo 335 ha consagrado la intervención del Estado en éste sector económico del país:

“Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito”.

En efecto, debido a la importancia que reviste este tipo de actividades el Estado debe intervenir en concordancia con el interés público, para proteger a los usuarios de los servicios ofrecidos, buscando que las operaciones objeto de la intervención se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia.

La Ley 35 de 1993 establece los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno Nacional para ejercer una intervención adecuada en todas aquellas actividades relacionadas con el manejo de los recursos captados del público. Esos objetivos y criterios son:

- Que el desarrollo de dichas actividades esté en concordancia con el interés público.
- Que en el funcionamiento de tales actividades se tutelen adecuadamente los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos por las entidades objeto de intervención y, preferentemente, el de ahorradores, depositantes, asegurados, e inversionistas
- Que las entidades que realicen las actividades mencionadas cuenten con niveles de patrimonio adecuado para salvaguardar su solvencia.
- Que las operaciones de las entidades objeto de la intervención se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia.
- Promover la libre competencia y la eficiencia por parte de las entidades que tengan por objeto desarrollar dichas actividades.
- Democratizar el crédito, para que las personas no puedan obtener, directa o indirectamente, acceso ilimitado al crédito de cada institución y evitar la excesiva concentración del riesgo.
- Que el mercado de valores se desarrolle en las más amplias condiciones de transparencia, competitividad y seguridad, así como propender porque existan niveles crecientes de ahorro e inversión privada.
- Proteger y promover el desarrollo de las instituciones financieras de la economía solidaria.
- Que el sistema financiero tenga un marco regulatorio en el cual cada tipo de institución pueda competir con los demás bajo condiciones de

equidad y equilibrio de acuerdo con la naturaleza propia de sus operaciones.

Dentro de este marco legal de intervención, es importante destacar las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, encaminadas a la protección de los usuarios de los servicios ofrecidos por las Entidades Financieras.

A partir del artículo 98 de este Estatuto se consagran las reglas relativas a la competencia y a la protección del consumidor. Se prohíben todos los acuerdos o convenios entre empresarios, las decisiones de asociaciones empresariales y las prácticas concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador.

Así mismo, se establece la debida prestación del servicio, obligando a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria a emplear gran diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes con el fin de que estos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales.

Otro tema en los que se protege a los usuarios de los servicios financieros, es en el suministro de la información, estos tienen derecho a que la publicidad y la propaganda comercial que se haga de los servicios ofrecidos, se ajusten a la realidad económica y jurídica del servicio promovido.

Por último, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero consagra la figura del Defensor del Cliente. La ley 795 de 2003, ajustó algunas normas de este estatuto, entre ellas las relativas al régimen de competencia y protección al consumidor. La ley, estableció para las entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Bancaria, la obligación de contar con un Defensor del Cliente, quien es un vocero de los clientes ante la entidad financiera y tiene como función conocer y resolver las quejas que éstos tengan relativas a la prestación del servicio. Este mecanismo de protección es el objeto principal de nuestro estudio.

2. RÉGIMEN DE COMPETENCIA EN EL SECTOR FINANCIERO

Para entender y reconocer la razón de ser y el fundamento de la figura del Defensor del Cliente Financiero, es necesario ahondar en las reglas relativas a la competencia, porque éstas constituyen un elemento fundamental dentro del esquema legal de protección a los usuarios y consumidores, del que hace parte la Defensoría.

2.1 NOCIÓN DE COMPETENCIA

Dependiendo del medio dentro del cual se este tratando el tema, el término competencia adquiere diferentes significados, aún cuando la idea que se busca expresar es la misma.

En el lenguaje común, competencia se define como “disputa o contienda entre dos o mas sujetos sobre alguna cosa”¹⁷. Otro contexto en el que constantemente se utiliza el término competencia es el económico, en éste significa “la rivalidad entre compradores y vendedores de bienes y servicios. La competencia tiende a estar en relación directa con el grado de difusión (por oposición a concentración) del poder de mercado, y con la libertad con que compradores y vendedores pueden entrar en, o salir de, los mercados”¹⁸.

En este mismo sentido podemos entender la competencia como

“Aquel enfrentamiento entre empresas mediante el cual cada una de éstas busca mejorar su participación en el mercado, de tal manera que cada empresa, que se encuentra así expuesta a perder partes del mercado, se ve motivada a hacer el mejor empleo de los recursos que posee, así como a proponer los precios más atractivos que le sea posible a los potenciales compradores”¹⁹.

¹⁷ Nueva Enciclopedia Larousse. Primera edición. Tomo tercero. Editorial Planeta.

¹⁸ SPENCER, Milton H. Economía Contemporánea. Barcelona: Editorial Reverté S.A., 1983. Citado por JAECKEL K., Jorge. Apuntes Sobre Competencia Desleal. Centro de Estudios de la Competencia CEDEC II. Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 24

¹⁹ VELILLA MORENO, Marco Antonio. Introducción al Derecho de los Negocios. Bibliotheca Millennium, Colección Derecho Económico y de los Negocios, 2001. p. 102.

Dentro de la Ciencia Jurídica, la palabra competencia es utilizada para significar diferentes aspectos. Para adelantar este estudio, el significado que nos concierne es el equivalente a la libre competencia.

“La libre competencia, designa un modo de ser de la iniciativa económica consistente fundamentalmente en una libertad para todos los justiciables con algunas limitaciones, tanto en la admisión como en el comportamiento; limitaciones, pero iguales para todos, de entrar y actuar en el mismo mercado, actual o potencial, ofreciendo bienes o servicios susceptibles de satisfacer necesidades o intereses idénticos, o similares o complementarios”²⁰.

La lucha que se presenta entre empresarios dentro de un mercado, por obtener la preferencia del cliente y los usuarios de sus servicios, es una contienda legítima, siempre y cuando se realice dentro de los límites permitidos por la Constitución, la ley, la moral y las buenas costumbres mercantiles. Sin embargo, cuando los competidores se enfrentan utilizando medios ilícitos, deben ser reprimidos y sancionados por el Estado, a través del Derecho de la Competencia.

2.2 DERECHO DE LA COMPETENCIA

El derecho de la competencia juega actualmente un papel muy importante dentro de la economía del país, su función es la de regular el mercado. Debe ser una herramienta útil del Estado para permitir y garantizar la aplicación de los principios de la libre empresa y el libre mercado.

El principal propósito de las normas sobre competencia es crear un marco jurídico y económico eficiente, donde todos los empresarios puedan participar en el mercado bajo las mismas condiciones, ofreciendo bienes y servicios, para la satisfacción de las necesidades de los consumidores, quienes tienen la oportunidad de elegir entre productos de diferente precio y calidad.

²⁰ PACHON, Manuel. Algunos Aspectos de la Competencia Desleal, Universitas Vol. 74, 1988. Citado por JAECKEL K., Jorge, Apuntes Sobre Competencia Desleal. Centro de Estudios de la Competencia CEDEC II. Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 24

Al Estado colombiano le interesa preservar y proteger la competencia, como un mecanismo adecuado que permite el buen funcionamiento de la economía nacional; la regulación de la libre competencia está encaminada a obtener una economía rentable y eficaz.

“El Derecho de la competencia ejerce, entonces, su misión aplicando un pequeño número de principios y vela por el mantenimiento de la independencia financiera o jurídica de los oferentes. Se trata de hacer prevalecer la independencia de los productores, de manera que todos sean incitados a satisfacer mejor los intereses de los clientes. Así mismo, las normas de la competencia dan a las autoridades públicas la misión de vigilar los abusos de posiciones dominantes, reprimir los abusos y controlar las operaciones de concentración. En el plano filosófico, este derecho no prejuzga los resultados finales de un juego económico que permanece abierto, indeterminado, irresoluto: no dicta a los consumidores lo que deben comprar, y no fija el precio de venta de los productos ni efectúa la repartición del mercado”²¹.

Como anteriormente se mencionó, la Carta Política Colombiana consagra la Libertad de Competencia Económica en su artículo 333, esta libertad se entiende como:

“La posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela. El Derecho a la Libre Competencia implica dos aspectos fundamentales: de una parte garantizar la libertad de los competidores para concurrir al mercado en busca de una clientela; y de otra parte implica la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de competencia”²².

²¹ VELILLA MORENO, Marco Antonio. Op cit., p. 109.

²² MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El Régimen General de la Libre Competencia. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC Vol. III, 1999. p. 18.

Este derecho está encaminado a garantizar la libertad de acceso de los productores al mercado y la libertad de escogencia de los consumidores.

El ideal es que éste derecho, al igual que los demás, sea respetado por todas las personas, pero en algunas ocasiones esto no sucede y la libertad económica se ve vulnerada por una serie de actuaciones encaminadas a distorsionarla, restringirla o en el peor de los casos, eliminarla.

La realización de ciertos actos como el abuso de posición dominante, los actos de competencia desleal y las prácticas restrictivas, son los principales causantes de que las condiciones económicas del país no sean las más idóneas para que se pueda dar una sana y libre competencia.

Como lo dice el Doctor Alfonso Miranda, estas formas de restricción de la competencia constituyen "conductas patológicas" que no pueden ser corregidas por las leyes del mercado y por el contrario le introducen importantes elementos de distorsión y desequilibrio²³.

Cuando esto ocurre, el Estado debe intervenir, expidiendo un marco legal encaminado a que se logren los propósitos de la economía de mercado, se respete la libertad de competencia y se generen beneficios a los consumidores y usuarios.

Las normas que se dictan tienen como fin fundamental y general garantizar la libre competencia, pero cada una de estas leyes se especializa en un tema en particular, dependiendo del bien jurídico que busca defender.

"Las normas sobre prácticas restrictivas y abuso de la posición dominante en el mercado tratan de proteger en primer lugar el bienestar de los consumidores frente a las conductas unilaterales o concertadas de los productores o distribuidores, tendientes a evitar la competencia; las normas sobre protección al consumidor dirigen su esfuerzo principal a exigir garantías mínimas de calidad y servicio para los consumidores; y las normas sobre competencia desleal tratan de proteger a los competidores frente a conductas de sus colegas que van en contra de las

²³ Ibid., p. 19

costumbres mercantiles y que intentan privarlos de parte de su mercado”²⁴.

Es necesario a continuación analizar cuáles son estas *conductas patológicas* que atentan contra la libre competencia, estudiar las normas que regulan el tema y ver cuál es su incidencia dentro del sector financiero colombiano.

2.3 PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

Este tipo de conductas unilaterales o acordadas de los productores o distribuidores, están encaminadas a evitar la sana competencia, por ello se prohíben expresamente en la ley 155 de 1959 y sus decretos reglamentarios y el decreto 2153 de 1992. El objetivo principal de este conjunto normativo es garantizar la igualdad de oportunidades entre los competidores y proteger el bienestar del cliente.

El decreto 2153 de 1992 establece una prohibición genérica sobre las prácticas restrictivas de la competencia y define las conductas que se consideran violatorias del Derecho de la Competencia. Este decreto hace un listado de aquellas conductas que pueden transgredir la competencia. Existen tres tipos de modalidades o conductas anticompetitivas:

- Acuerdos anticompetitivos.
- Actos anticompetitivos.
- Abuso de posición dominante.

2.3.1 Acuerdos contrarios a la libre competencia. El decreto 2153 en su artículo 45 define los acuerdos como todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. Estas conductas son de carácter bilateral o plurilateral, lo que significa que para que se tipifiquen es necesaria la actuación de dos o más empresarios.

Los acuerdos restrictivos a la competencia se dividen en dos clases:

Acuerdos Horizontales de Repartición de Mercados: estos acuerdos se producen cuando “dos empresas que compiten en el mismo nivel del

²⁴ Ibid., p. 20

proceso productivo acuerdan en forma directa o indirecta repartirse el mercado”²⁵.

Acuerdos Verticales de Repartición de Mercados: las prácticas restrictivas de la competencia de tipo vertical son aquellas:

“Ejercidas por varias personas en forma concertada y dirigida contra empresas o personas que se encuentran en un nivel diferente del proceso productivo. Se trata de acuerdos entre un productor y un distribuidor, o entre un vendedor mayorista y uno detallista, o en general entre dos o más empresas que operan en secuencia en una cadena de producción y distribución de un bien”²⁶.

Una vez identificadas las clases en que se dividen los acuerdos, es necesario reconocer algunos ejemplos de estas conductas, el decreto 2153 en su artículo 47 elabora un listado no taxativo, de aquellos acuerdos contrarios a la libre competencia:

- a. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios. Esta es la conducta anticompetitiva más común, debido a que el precio es la variable más sensible para el cliente o consumidor y dirige sus preferencias.
- b. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.
- c. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.
- d. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.
- e. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.

²⁵ Ibid., p. 51

²⁶ Ibid., p. 55

- f. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.
- g. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.
- h. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.
- i. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

Como ya se mencionó, la anterior es una estipulación legal enunciativa y no taxativa, por ello este tipo de prácticas restrictivas no se limita a los casos mencionados, sino a todos aquellos que tengan como fin último restringir el juego de la libre competencia en el mercado colombiano.

En cuanto a la existencia de los acuerdos restrictivos a la libre competencia, se han destacado dos posturas doctrinales y jurisprudenciales. Por un lado, se considera que basta la simple existencia de un acuerdo entre competidores para que se consolide como un mecanismo restrictivo a la competencia sin entrar a estudiar la intención de los ejecutantes. Para la Superintendencia de Industria y Comercio es suficiente que exista el acuerdo, para que se configure la responsabilidad objetiva, sin que sea necesario analizar la intención de quienes acuerdan.

Pero otra parte de la doctrina se aleja de esta postura y considera que la sola existencia de un acuerdo no es motivo suficiente para considerar como limitante de la competencia. Quienes apoyan esta postura consideran que la conducta sancionada no debe ser observada desde el punto de vista de la responsabilidad objetiva, sino desde el fin perseguido por la conducta.

En este sentido, un fallo reciente y novedoso del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha establecido:

“Que no comparte la tesis expuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio toda vez que

cada conducta o resultado del mercado debe ser analizado de manera particular, pues se presentan circunstancias que permiten desvirtuar la ilegalidad de los acuerdos.

No basta con acreditar la existencia de un acuerdo de precios para establecer que se trata de un medio torcido o desleal, pues se requiere también demostrar que este acuerdo tuvo como objeto impedir, restringir o falsear la competencia.

Bajo esta perspectiva, es dable concluir que pueden existir acuerdos en donde no se presente el ingrediente restrictivo de la competencia”²⁷.

El anterior fallo fue apelado, ahora hay que esperar cuál de estas dos tesis es apoyada por el Consejo de Estado, ente encargado de resolver el recurso.

2.3.1.1 Acuerdos contrarios a la libre competencia dentro del sector financiero. Dentro del Régimen de Competencia del Sector Financiero se prohíben los acuerdos y convenios empresariales que obstaculicen y limiten el juego de la libre competencia, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero consagra en el artículo 98, donde establece las reglas generales relativas a la competencia, la prohibición expresa de aquellos acuerdos o convenios entre empresarios, las decisiones de asociaciones empresariales y las prácticas concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador.

En este mismo sentido la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria establece en su capítulo sexto que : “Gran parte de las actividades desarrolladas por las entidades vigiladas incluyen la distribución de una diversidad de productos y servicios que comprenden, entre otros, depósitos, otorgamiento de créditos, servicios fiduciarios, seguros y emisión de tarjetas de crédito. Dentro de las competencias que le atribuye la ley a la Superintendencia Bancaria, se cuenta como uno de sus objetivos, el de velar por que las entidades sometidas a su vigilancia no incurran en prácticas comerciales restrictivas del libre mercado y

²⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera , Subsección B, radicación No. 2001-0364, M.P. Dra. Ligia Olaya de Díaz.

desarrollen su actividad con sujeción a las reglas y las prácticas de la buena fe comercial.

En desarrollo de lo anterior, este Despacho considera pertinente recordar a las entidades vigiladas la prohibición de realizar actos, acuerdos o convenios entre sí, o adoptar decisiones de asociaciones empresariales y prácticas concertadas, que directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro de los sistemas financiero, asegurador o previsional, o cualquier acto que constituya un abuso de posición dominante, así como celebrar pactos que tengan como propósito excluir a la competencia del acceso al mercado o a los canales de distribución del mismo. Los usuarios de los sistemas vigilados deben contar con la posibilidad de obtener en el mercado diversas alternativas de inversión o de consumo, de suerte que puedan acceder en un contexto de absoluta transparencia a productos o servicios de mayor calidad y rentabilidad o menor costo según se trate”²⁸.

Al identificar el Régimen General de la Libre Competencia y las Reglas sobre la Competencia dentro del Sector Financiero, encontramos que la redacción del artículo 98 del EOSF, encuadra o mejor se circunscribe a las conductas enunciadas en el artículo 47 del decreto 2153; los acuerdos que se prohíben en uno y otro artículo son los mismos, es decir, todos aquellos que tienen como fin eliminar o restringir el libre acceso al mercado.

2.3.2 Actos contrarios a la libre competencia. El decreto 2153, en su artículo 45, define los actos como todo comportamiento de quienes ejercen una actividad económica, estas actuaciones son unilaterales, es decir, basta con que un sólo agente económico las realice para que se configure la conducta, no son prácticas concertadas, sino actuaciones particulares. El mismo decreto establece cuales son los actos que se consideran violatorios a la libertad de competencia:

- a. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.
- b. Influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.

²⁸ Circular externa 007 de 1996, que fue complementada por la Circular externa 007 de 1998. Capítulo sexto del título I, denominado “Reglas Relativas a la Competencia y Protección al Consumidor”

- c. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios ²⁹.

2.3.2.1 Actos contrarios a la libre competencia en el sector financiero. En cuanto a la legislación financiera, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no menciona expresamente la prohibición de este tipo de actos, pero se puede llegar a tal prohibición al emplear el Régimen General de la Libre Competencia, es decir, por aplicación del decreto 2153. En efecto, sería absurdo pensar que el hecho de que no se incluya expresamente esta prohibición en el Estatuto Orgánico del sistema Financiero, es un acto permisivo por parte del Estado, a la realización de estas conductas anticompetitivas dentro del sector financiero y asegurador.

2.3.3 Abuso de posición dominante. Dentro del Derecho de la Competencia el abuso de la posición dominante es un tema que reviste especial importancia, por ello no sólo se encuentra regulado en leyes y decretos, sino que también se consagra su prohibición expresa en la Constitución Política Colombiana. El artículo 333 en su inciso cuarto dispone que el Estado, impedirá, que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

El texto constitucional no definió la posición dominante, tampoco prohibió la posibilidad de que empresarios o distribuidores ostentaran dicha posición, simplemente impone al Estado Colombiano el deber de evitar cualquier abuso que se haga de ésta.

En desarrollo del texto constitucional, el decreto 2153 en el artículo 45, define la posición dominante como la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.

Pero este concepto no ha sido suficiente, por ello la doctrina ha construido una serie de definiciones, con base en lo manifestado sobre el tema por el Constituyente, el legislador y la Corte Constitucional.

“Consiste en el poder de mercado que le permite a un ente económico sustraerse a una competencia efectiva en una parte importante del mercado

²⁹ Decreto 2153 de 1992, art. 48.

afectando la libertad económica y los intereses de los consumidores; poder que se manifiesta en la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado (precio, condiciones de venta, volúmenes de producción, sistemas de distribución de bienes y servicios, etc.), por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable y que implica menor participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes sustituyendo los mecanismos del mercado”³⁰.

Una vez definida la posición dominante es importante especificar algunas de sus características:

“La posición dominante no es medible o cuantificable y se manifiesta en la capacidad de un empresario de ejercitar influencia significativa en el mercado o en las decisiones estratégicas de sus competidores, quien tenga liderazgo en la determinación del precio en una estructura oligopólica de mercado goza de posición dominante.

También se configura cuando se tiene una cuota de mercado sustancial, esa participación se conjuga con la disponibilidad de capital, materias primas y tecnología que le permite controlar la producción o la distribución de un bien o servicio. Estudiosos del tema aseveran que la existencia de posición dominante puede definirse con base en dos criterios: la posibilidad de que cualquier actuación del empresario lleve a sus competidores a proceder de manera semejante para proteger sus cuotas de mercado; o la capacidad de actuar a su antojo, de manera independiente, sin importarle la forma como puedan reaccionar sus competidores”³¹.

³⁰ ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo. Derecho de la Competencia. Bogotá: Ed. Legis, 1998. p. 175.

³¹ NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. Libertad de Competencia y Reforma Financiera. Revista de Derecho Económico, Asociación de Derecho Económico, año VII número 16, 1992. p. 28.

En efecto, cuando una empresa goza de posición de dominio, desempeña dentro del mercado un papel de director, ninguno de los competidores puede ofrecer a sus clientes alternativas relevantes y determina por sí sola las condiciones de funcionamiento del mercado.

2.3.3.1 Abuso de posición dominante sector financiero. Dentro del Régimen de Competencia del Sector Financiero se establece que en la celebración de las operaciones propias del sector, el convenir cláusulas exorbitantes que afecten el equilibrio del contrato, puede dar lugar a un abuso de posición dominante. El artículo 98 del EOSF, modificado por la ley 795 de 2003, en su numeral 4.1, inciso final, consagra que las Instituciones sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, en la celebración de las operaciones propias de su objeto 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.

Frente a este tema la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de octubre de 1994, dentro del expediente No. 3972, en el que fue ponente el Magistrado Carlos Esteban Jaramillo Schloss, estableció:

- Las entidades financieras disponen de un inmenso poderío económico que les permite gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponer a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas y pasivas que están autorizadas para realizar. Este poderío se ve fortalecido con las características de la contratación en masa, que se traduce en poder determinar, frente al cliente, todas las condiciones económicas y jurídicas de la contratación.
- El artículo 98 del EOSF, fue el fundamento para que la Corte Suprema considerara que para el legislador la posición dominante de las Entidades Financieras es un dato de hecho, cuya realidad no hay controversia judicial posible.
- El ejercicio del poder de negociación por parte de quien se encuentre en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, configura en claro abuso del derecho, cuando tal posición es aprovechada, en detrimento del equilibrio económico de la contratación.

Al analizar el contenido de la sentencia, los tratadistas Juan Jorge Almonacid Sierra y Nelson Gerardo García Lozada, identifican una serie de

parámetros que dentro del estudio del tema deben ser tenidos en cuenta:

1. El legislador colombiano expresamente consideró que en el caso del sector financiero existe una relación asimétrica que le otorga a la entidad financiera una posición de predominio negocial frente a sus usuarios, y que el usar ese poder para convenir cláusulas exorbitantes puede dar lugar a un abuso de posición dominante.

2. La jurisprudencia de la Corte Suprema Colombiana, aceptó que el abuso del derecho puede configurarse a partir criterios objetivos, entre los cuales resaltó la evidente posición dominante que de hecho o por derecho tienen las entidades crediticias en el tráfico de capitales, circunstancia que a su vez se manifiesta objetivamente en la existencia de una relación asimétrica en el poder de negociación entre la entidad y sus clientes.

3. Por medio de la armonización del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero con la jurisprudencia elaborada al respecto por la Corte Suprema, el usuario víctima de un abuso de posición dominante en el mercado a través de las modalidades de abuso contractual, está eximido de probar que la entidad crediticia abusadora tiene en dicha situación una posición dominante, por cuanto jurisprudencialmente se ha declarado que dicha posición existe sin que sea posible controvertirse judicialmente.³²

En cuanto al abuso de posición dominante dentro del mercado financiero del país existen dos particularidades para establecer la existencia de dicha posición. La primera, es la facultad del Estado de determinar el ingreso en el mercado. En efecto, en Colombia es necesario contar con la autorización previa del Gobierno, para poder manejar los recursos captados del público. Esto constituye una excepción al principio de la libre

³² ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo. Op cit., pp. 168 – 171.

iniciativa privada, pero se fundamenta en la necesidad de dotar de orden, seriedad y transparencia al sistema financiero del país.

La otra particularidad para establecer la posición de dominio dentro de la actividad financiera del país, es el porcentaje del mercado que se debe cubrir para ostentar tal posición.

Es necesario que se maneje por lo menos el veinticinco por ciento (25%) del mercado correspondiente, para que se tenga posición dominante. Lo anterior se deduce después de una lectura detallada del artículo 58 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, este artículo consagra la facultad que tiene la Superintendencia Bancaria de objetar los procesos de Fusión que se lleven a cabo entre las entidades financieras que vigila.

Una de las causales contenida en este artículo, para objetar la fusión, es que como resultado de tal operación, la entidad absorbente o nueva pueda mantener o determinar precios inequitativos, limitar servicios, o impedir, restringir o falsear la libre competencia en los mercados en que participe, ya sea como matriz o por medio de sus filiales, y, a su juicio, no se tomen las medidas necesarias y suficientes para prevenirlo. Se entenderá que ninguna de estas hipótesis se configura cuando la entidad absorbente o nueva atienda menos del veinticinco por ciento (25%) de los mercados correspondientes.

En este contexto legal, sólo es posible tener posición dominante, cuando la entidad controle por lo menos el 25% del mercado correspondiente.

2.4 COMPETENCIA DESLEAL

El Derecho en este aspecto busca otorgar una serie de herramientas a los empresarios, para que actúen y se defiendan frente a aquellos que han violado las normas de lealtad y buena fe, en lo referente a la competencia económica. En efecto, la competencia desleal persigue como fin que la práctica comercial no se vea distorsionada por el empleo de procedimientos ilegítimos entre los participantes del mercado.

La finalidad de estas normas es hacer de la competencia un juego limpio y dotar al empresario de vías jurídicas para hacer que se detengan y se sancionen los actos de sus competidores que lo perjudican, afectan y se alejan de los principios de honestidad, lealtad y honorabilidad que deben dirigir las actuaciones de los comerciantes.

En nuestro país, la ley 256 de 1996 dispone ciertas normas sobre la competencia desleal. Su principal objetivo es garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado y en concordancia con lo establecido en el numeral 1o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994.

En un principio se consideró que las normas de competencia desleal se encontraban enmarcadas dentro de un campo más privado y se limitaba a defender los intereses individuales del empresario, pero una vez expedida la ley 256, quedó claro que:

“La competencia desleal deja de ser una institución que protege los intereses privados de aquel comerciante a quien le es desviada su clientela en forma indebida por parte de su competidor, para pasar a ser una institución que se ocupa de regular el funcionamiento concurrencial del mercado, o lo que es lo mismo, la competencia económica. De lo anterior se desprende que la Ley de competencia desleal protege en un mismo nivel los intereses de los competidores, los de los consumidores y los del Estado en mantener una competencia económica libre y transparente”³³.

2.4.1 Prácticas constitutivas de competencia desleal. Para establecer cuáles son aquellas conductas que constituyen competencia desleal el legislador colombiano escogió dos formas. La primera, consistente en hacer una prohibición general de todos aquellos actos que atenten contra la buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles, los usos honestos y la decisión del consumidor o el usuario. El artículo séptimo de la ley en mención reza:

“Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.

En concordancia con lo establecido por el numeral 2o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado

³³ JAECKEL K., Jorge. Apuntes Sobre Competencia Desleal. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Bogotá: CEDEC Vol. II, 1998. p. 30

mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”.

Esta forma es muy importante frente a las decisiones que las autoridades administrativas y judiciales tomen sobre competencia desleal, en la medida en que por la evidente dinámica del tema, es necesario que tales decisiones estén acordes con el momento social y económico en que se adopten.

La segunda forma adoptada por el legislador, consiste en definir y enumerar detalladamente las conductas particulares, constitutivas de competencia desleal. Estas conductas son:

- Desviación de la clientela
- Actos de desorganización
- Actos de confusión
- Actos de engaño
- Actos de descrédito
- Actos de imitación
- Actos de explotación de la reputación ajena
- Violación de secretos
- Violación de normas o realización de ventajas competitivas ilícitas y
- Pactos desleales de exclusividad.

La *desviación de la clientela*, esta consagrada en el artículo octavo de la ley 256, con ella se busca proteger el interés de los competidores. En esta conducta es importante resaltar que “la desviación de la clientela de un competidor es un fin lícito y natural del comercio. Lo que en un momento puede criticarse es que dicha desviación se produzca gracias a la utilización de medios desleales”³⁴. En efecto, la desviación de la clientela es desleal cuando para ello, se utilizan mecanismos contrarios a las sanas

³⁴ Ibid., p. 52

costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia comercial o industrial.

Los *actos de desorganización*, la ley 256 establece que son desleales todas aquellas conductas que tengan por objeto desorganizar internamente una empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno. Con este tipo de actuaciones el competidor está atentando contra la estructura y el orden empresarial de sus competidores.

Los *actos de confusión, engaño y descrédito*, constituyen competencia desleal en la medida en que tienen como fin último inducir a error a la clientela y causar en ella una impresión negativa del competidor o de los bienes y servicios que este ofrece.

La ley 256 también considera desleal el aprovecharse en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación comercial adquirida por otro en el mercado. Esta conducta conlleva a una desviación de la clientela, quienes dirigirán su preferencia a empresarios que no gozan de la reputación que hurtaron y de la que buscan sacar provecho.

La *violación de secretos*, es un acto de competencia desleal, así lo consagra el artículo décimo sexto de la Ley 256. Toda divulgación y explotación de los secretos industriales o empresariales, sin autorización de su titular, es un acto de competencia desleal.

“Los secretos industriales pueden recaer por ejemplo, sobre el descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial que utilice un empresario para el desarrollo de su actividad. Mientras que el secreto empresarial puede recaer en información sobre lista de clientes, catálogo de precios, informes confidenciales recogidos sobre sus compradores, lista de proveedores, estudios internos de productividad, análisis de métodos de trabajo, etc”³⁵.

Este artículo establece dos formas de conocer la información secreta, ya sea la obtención legítima pero con el deber de reserva, o aquella que se obtiene por medio de espionaje, procedimientos análogos o violación de normas.

³⁵ ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo. Op cit., p. 273.

La ley 256 establece que se considera desleal *la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica*. Se considera desleal porque dentro del mercado debe existir una igualdad de oportunidades y de limitaciones para todos los competidores, si uno de estos viola una norma y con ello obtiene una serie de ventajas frente a los demás, se rompería el equilibrio del mercado y se atenta contra la igualdad entre competidores.

Otra conducta sancionada es pactar en los contratos cláusulas desleales de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios. Las cláusulas de exclusividad restringen o anulan la competencia cuando su finalidad es monopolizar la distribución de productos o servicios.

Hay que resaltar que no todos los pactos de exclusividad son actos de competencia desleal, sólo son considerados como tal aquellos que tienen como fin real anular la competencia o crear monopolios.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-535 de 1997, donde analizó la constitucionalidad del artículo 19 de la ley 256 de 1996, estableció:

“El veto legal a los pactos de exclusividad, si ellos tienen por objeto o generan una pérdida parcial o total de competitividad en el mercado, sin duda alguna contribuye a promover la libre competencia. En realidad, el legislador ha querido reservar la licitud de este tipo de pactos a los eventos en que no produzcan detrimento alguno a la competencia libre en los mercados. Por ello si bien la prohibición no es absoluta, de todas formas si lo es cuando se proyecta en una disminución así sea mínima de la competencia. Desde un ángulo teórico, la medida sirve al propósito pretendido por la ley.

El examen de estricta proporcionalidad de una disposición legal que injiere en la libertad de empresa, postula que la intervención debe fundarse en un bien, fin, o interés que exhiba una jerarquía constitucional por lo menos semejante a la libertad afectada y que la restricción sea necesaria y no represente para el titular

del derecho costos o cargas excesivas, sin perjuicio, desde luego, de la función social que debe cumplir la empresa y de la observancia de los límites que a ésta señala el artículo 333 de la C.P.

Definitivamente, el primer grupo de requisitos se cumplen a cabalidad. La garantía de la libre competencia, habilita una serie de medidas legales que excluyen de la libertad de empresa opciones antes legítimas. Se puede argumentar también que la promoción de la competencia, abre espacios a la libertad de empresa.

El problema constitucional, realmente, surge en relación con el último grupo de requisitos. La norma sería inconstitucional si comprendiera, sin discriminación alguna, todos los pactos de exclusividad. En verdad, carece de razonabilidad y proporcionalidad, asumir que la cláusula de exclusividad per se viola la Constitución Política, sin tomar en consideración su efecto real en la restricción de la competencia, para lo cual resulta forzoso analizar entre otros factores el tipo de mercado, su tamaño, la posibilidad de que el bien pueda ser remplazado por otros, la participación de los competidores en el mercado, la existencia de poderes monopólicos u oligopólicos, el efecto de la cláusula sobre la eficiencia, la generación de poder de mercado a raíz del pacto, el efecto en los precios producidos por la estipulación, el grado de competencia existente en el mercado relevante etc.

Por lo que concierne a la frase 'o monopolizar la distribución de productos o servicios', no cabe duda alguna que la disposición se ciñe a la Constitución Política. En este caso, la consecuencia del pacto de exclusividad se traduce en la generación de un mayúsculo poder de mercado. La norma supone una relación de causa-efecto, entre la cláusula de exclusividad y la adquisición de un poder monopólico en un determinado mercado de bienes o servicios. No es desproporcionado que la ley excluya una modalidad contractual que puede constituirse en la

génesis de un poder monopólico. Además si del contrato emana estabilidad, la prohibición legal es necesaria y no se vislumbra alternativa diferente de su exclusión, para los efectos de mantener la libre competencia”³⁶.

Una vez examinados los actos desleales dentro de la legislación colombiana, es necesario para continuar con nuestro estudio, analizar el régimen especial que desarrolla el tema dentro del sector financiero del país.

2.4.2 Actos de competencia desleal en el sector financiero. La ley 45 de 1990, artículos 74 y 76, y el Estatuto orgánico del Sistema Financiero en el artículo 98 numeral 2, determinaban el régimen especial de competencia dentro del sector financiero. Este marco legal señalaba que la Superintendencia Bancaria, de oficio o a petición de parte, podría ordenar que se suspendieran las prácticas que tendieran a establecer competencia desleal, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pudieran imponer.

De igual forma, facultaba a las personas perjudicadas por la ejecución de estas prácticas para intentar la correspondiente acción de responsabilidad civil, para la indemnización del daño causado.

Pero esta competencia ha sido derogada tácitamente por los artículos 24 y 33 de la ley 256 de 1996, el primer artículo consagra que los procesos por violación a las normas de competencia desleal se tramitarán por el procedimiento abreviado descrito en el Código de Procedimiento Civil y serán competentes para su conocimiento los jueces especializados en derecho comercial o en su defecto los jueces civiles del circuito. El segundo artículo, señala que la ley 256 deroga todas aquellas normas que le son contrarias.

En este sentido, la Superintendencia Bancaria ha entendido que:

“El aparte del numeral 2 del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que se refiere a la atribución de ordenar que se suspendan las prácticas que tiendan a establecer la competencia desleal ha

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

sido derogada por los artículos 20 y 21 de la ley 256 de 1996.

Tal consideración se basa en que la citada ley, que derogó de manera expresa los artículos 75 a 77 del Código de Comercio, reglamenta de manera exclusiva y específica los aspectos relativos a la competencia desleal, constituyendo en tal sentido un ordenamiento jurídico especial sobre la materia.

Estos artículos disponen:

ARTÍCULO 20. ACCIONES. Contra los actos de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones:

1. Acción declarativa y de condena. El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. El demandante podrá solicitar en cualquier momento del proceso, que se practiquen las medidas cautelares consagradas en el artículo 33 de la presente Ley.

2. Acción preventiva o de prohibición. La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitar al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno.

ARTÍCULO 21. LEGITIMACIÓN ACTIVA. En concordancia con lo establecido por el artículo 10 del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley.

Las acciones contempladas en el artículo 20, podrán ejercitarse además por las siguientes entidades:

Las asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros.

Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto a que el acto de competencia desleal perseguido afecte de manera grave y directa los intereses de los consumidores.

El Procurador General de la Nación en nombre de la Nación, respecto de aquellos actos desleales que afecten gravemente el interés público o la conservación de un orden económico de libre competencia.

La legitimación se presumirá cuando el acto de competencia desleal afecte a un sector económico en su totalidad, o una parte sustancial del mismo.

Se advierte por lo tanto una evidente identidad entre la atribución que tenía esta Superintendencia de ordenar que se suspendan las prácticas que tiendan a establecer competencia desleal y la acción judicial o preventiva de prohibición regulada en el trascrito numeral, acción que como señala el artículo 21 protege tanto el derecho subjetivo amenazado como el interés público en cabeza de la Nación, en tanto que legitima al Procurador General para que la inicie respecto de actos desleales que pueden suponer las circunstancias previstas en la norma.

En tal sentido, si bien el citado precepto del artículo 98 del Estatuto Orgánico es una norma especial, la coincidencia sobre el ámbito regulado impone la aplicación de la ley 256, toda vez que ésta es igualmente de carácter especial y posterior³⁷.

³⁷ Superintendencia Bancaria. Concepto No. 2001034003-1, agosto 13 de 2001.

En este mismo sentido la doctrina ha concluido:

“A partir de la vigencia de la ley 256 de 1996, en Colombia las autoridades administrativas carecen de toda competencia para juzgar los actos desleales en el mercado, y por lo tanto están proscritas las sanciones administrativas en estos casos.

A la luz de la ley 256 cualquiera que sea la persona que realice los actos desleales en el mercado, el funcionario competente para juzgarlos y sancionarlos necesariamente debe pertenecer a la rama jurisdiccional, y solamente se podrán adelantar las acciones declarativa y de condena, o la preventiva y de prohibición tramitadas por el procedimiento abreviado”³⁸.

La Superintendencia Bancaria también ha dejado claro que persiste su facultad de ordenar como medida cautelar o definitivamente que los empresarios se abstengan de realizar conductas que directa o indirectamente tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador. Lo anterior, porque esta facultad no se refiere a la competencia desleal.

2.5 PUBLICIDAD

La difusión de un producto o servicio se hace principalmente a través de la publicidad, con gran colaboración de los medios de comunicación y teniendo por finalidad el ser determinante en la decisión del consumidor.

La propaganda comercial se encuentra regulada por el Estatuto del Consumidor, decreto 3466 de 1982, que la define en su artículo primero como “todo anuncio que se haga público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus cualidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tal como la radio, televisión, prensa afiches, pancartas volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad”.

³⁸ ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo. Op cit., p. 301.

La información es fundamental dentro de la libertad que tiene el consumidor para escoger el producto o servicio que se adecue más a sus necesidades, por esto debe ser transparente, veraz y suficiente.

“La necesidad de información del consumidor comprende dos niveles diferentes: en principio, la necesidad de una información objetiva dirigida al público en general, lo que supone un control sobre una publicidad que en ocasiones es mucho más halagadora que los méritos del producto que se pretende vender, de manera que el consumidor pueda efectuar una primera escogencia entre los productos que compiten en el mercado respectivo; en segundo lugar, una información del consumidor que se apresta a adquirir un producto determinado y que debe ser informado de manera suficientemente precisa sobre los puntos que fundamentaran su decisión definitiva: características, precio, dificultades de empleo, riesgos, etc”³⁹.

La importancia que reviste la publicidad dentro del marco de la competencia desleal, se debe principalmente a que puede ser utilizada por los diferentes participantes del mercado, como un medio eficaz para incurrir en conductas contrarias a la buena fe comercial y a las sanas costumbres mercantiles.

En efecto, en ciertas oportunidades los empresarios buscan a través de la publicidad, no solo confundir o engañar al consumidor, sino también desacreditar a sus competidores. Por esto, la ley prohíbe la propaganda comercial que no corresponda a la realidad y aquella que puede conducir a un error al cliente⁴⁰; también prohíbe los actos de confusión, descrédito, engaño y comparación entre los agentes económicos del mercado oferente

2.5.1 Publicidad en el sector financiero. El Estatuto Orgánico del Sistema consagra en su artículo 99: los programas publicitarios de las entidades vigiladas deberán contar con la autorización general o individual de la Superintendencia Bancaria, con el fin de que se ajusten a las normas vigentes, a la realidad jurídica y económica del servicio promovido y para

³⁹ VELILLA MORENO, Marco Antonio. Op cit., p. 166.

⁴⁰ Estatuto del Consumidor. Decreto 3466 de 1982, artículo 14.

prevenir la propaganda comercial que tienda a establecer la competencia desleal.

En cuanto a las condiciones básicas de los textos publicitarios, la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria⁴¹, señala que los textos e imágenes que se utilicen en las campañas publicitarias, deberán observar a lo menos ciertas condiciones generales, entre ellas:

- a. Cuando en los textos publicitarios desee incluirse información financiera, contable o estadística, deberán utilizarse exclusivamente las cifras históricas, salvo aquellas que por su carácter sean variables, v.gr. las del total de depósitos captados, el patrimonio, los activos, número de clientes, indicadores financieros, etc., cuya utilización publicitaria deberá efectuarse identificando claramente el período al cual corresponden.
- b. Los mensajes publicitarios no pueden ser contrarios a la buena fe comercial, ni pueden tender a establecer competencia desleal en los términos de la ley 256 de 1996.
- c. En la difusión de programas publicitarios deberá anotarse la circunstancia de hallarse la entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria, siguiendo los manuales previstos para el efecto de acuerdo con la Carta Circular 047 de 1989, y
- d. En la publicidad deberá utilizarse la denominación o razón social completa de la entidad o su sigla, tal como aparece en sus estatutos sociales, acompañada siempre de la denominación genérica de la entidad (banco, corporación financiera, compañía de seguros, etc.).
- e. En la difusión de la publicidad compartida con entidades no vigiladas por la Superintendencia Bancaria, el nombre, logotipo o sigla de la entidad vigilada deberá estar ubicado en la parte inferior izquierda contigua a la anotación indicada en literal c., y el de la marca compartida en el lado contrario guardando siempre el tamaño, proporción e igualdad con el de la institución financiera.

⁴¹ Circular externa 007 de 1996, que fue complementada por la Circular externa 007 de 1998. Capítulo sexto del título I, denominado "Reglas Relativas a la Competencia y Protección al Consumidor"

- f. En el caso de los plásticos de las tarjetas de crédito o débito, tendrán que compartir en todo su conjunto, los nombres, razones sociales o logotipos en igualdad de proporciones, tamaños y espesores de las letras.
- g. Cuando en el momento de la difusión se detecte un error o equivocación en un texto publicitario o en una publicación que contenga cifras o datos financieros, la entidad vigilada deberá por el mismo medio rectificarla, aclarando el error presentado, sin necesidad de que medie orden particular y expresa de esta Superintendencia y sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar.

Esta misma Circular, establece que la imagen institucional o las características jurídicas, económicas o financieras de los productos o servicios que se pretenda promover deben ser ciertas y comprobables, guardando total acuerdo con la realidad, de tal manera que en todo momento la entidad se encuentre en capacidad de cumplir con los ofrecimientos que realiza a través de los medios publicitarios.

Este es el régimen de competencia y de protección del consumidor en el sector financiero del país, es un esquema diseñado para salvaguardar la confianza del cliente en la entidad y garantizar y proteger los derechos y libertades de cada uno de los agentes del mercado.

Para completar este esquema se crea la Defensoría del Cliente Financiero, como ente independiente de la entidad, que tiene como función ser vocero de los clientes y resolver las quejas que estos presenten, con miras a mejorar la calidad en el servicio. Ahora, ahondaremos en esta figura, para así reconocer su importancia y efectividad en el sector.

3. OMBUDSMAN

Es importante para adelantar un estudio serio acerca del Defensor del Cliente Financiero, analizar primero la figura del OMBUDSMAN, que surge en Suecia, ante la necesidad de vigilar la gestión desarrollada por la Administración, con el fin de prevenir o corregir los errores y posibles abusos de ésta, y ante el cual pudieran acudir los ciudadanos cuando se sintieran vulnerados en uno o varios de sus derechos.

3.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Como ya se mencionó, el país donde se encuentra la real génesis del OMBUDSMAN es Suecia:

“En 1809, el 6 de junio, cuando en Suecia se da una Constitución Democrática, se crea la institución del Ombudsman a partir del Canciller de Justicia, apareciendo como símbolo de la separación de los poderes del Estado. Así como el personaje encargado de controlar que las leyes sean respetadas, tanto por las instancias administrativas como por los tribunales”⁴².

El Ombudsman sueco tenía entre otras funciones investigar a los funcionarios y hacer algunas amonestaciones, presentar sugerencias que permitieran mejorar el servicio y adicionalmente debía adoptar las medidas necesarias encaminadas a investigar y solucionar las quejas presentadas por los ciudadanos.

El Ombudsman intervenía a petición de los ciudadanos, y vigilaba la adecuada utilización del poder estatal. Al vigilar el desempeño de las autoridades, no buscaba ser un obstáculo en el ejercicio de su labores, por el contrario, proponía formulas encaminadas a mejorar el desempeño de la administración, evitando la proliferación de males sociales como la corrupción.

⁴² OVIEDO SOTO, Tarcisio. El Ombudsman como organismo de control de la administración. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. No. 196 . Julio – Diciembre 1994.

Posteriormente se acogió esta figura en otros países europeos, como en Francia, donde por medio de una ley promulgada el 3 de enero de 1973, se adoptó esta figura, aunque con marcadas diferencias del modelo sueco. El *Mediateur*, era elegido por decreto del Consejo de Ministros, algo que fue muy criticado en la medida en que era elegido por aquellos a quien debía vigilar y esto podría afectar su independencia. Sus poderes se consagraban expresamente en la ley y eran menores a los del Ombudsman sueco, "carecía de facultades para actuar de oficio, tampoco podía continuar una investigación ya iniciada, si el administrado quejoso retiraba la queja durante su tramitación, sus facultades quedaban reducidas a cinco puntos fundamentales: a) Poder de crítica; b) Poder de aconsejar; c) Poder de reprensión disciplinaria; d) Poder de publicidad y e) Poder de sugerencia"⁴³.

Es en el siglo XX, donde se produce una mayor difusión de la figura del Ombudsman, esto debido a una serie de circunstancias, entre las que vale la pena señalar:

- La constatación de la insuficiencia de los medios tradicionales de control de la administración.
- El enorme costo económico que puede suponer, además de la lentitud, recurrir contra determinados actos de la Administración.
- El desmesurado crecimiento de los órganos de la Administración y de sus funciones.
- El gran aumento del poder de control de la Administración sobre los administrados, que no se corresponde con un crecimiento equivalente del poder opuesto: del poder de control de los administrados sobre la administración⁴⁴.

3.2 DEFINICIÓN Y NOTAS CARACTERÍSTICAS

Una vez identificadas las causas que originaron la creación del Ombudsman y su concepción en algunos países, podemos entrar a definirlo. "El término inglés "OMBUDSMAN" etimológicamente significa 'protector del hombre', de donde se desprende la finalidad esencial que persigue, la cual es la protección de los derechos de las personas, frente a

⁴³ OVIEDO SOTO, Tarcisio. El Ombudsman en Europa y América. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. No. 197. Enero – Junio, 1995.

⁴⁴ <http://www.iepala.es/DDHH/ddhh148.htm>

la necesidad de medios más eficaces que los estatales para su defensa. Sin eliminar la posibilidad de acudir a éstos”⁴⁵.

Muy acertadamente el Constitucionalista español, Víctor Fairen Guillén, ha señalado que:

“Se trata de una figura individual o algunas ocasiones constituido por un cuerpo colegiado, independiente del órgano que lo nombra; son sus misiones más importantes las de supervisar a la administración en cuanto al cumplimiento de las leyes y normas que la rigen, y, atender las quejas que formulan los ciudadanos por supuestas violaciones de sus derechos públicos subjetivos o legítimos intereses por parte de dicha administración.

Sus decisiones, en forma de recomendaciones, sugerencias, recordatorios reproches, reprimendas, etc. no vinculan al funcionario o Administración involucradas, por lo tanto no son jueces.

Las claves de la eficacia de tales decisiones se hallan en la autoridad, en el prestigio que los ombudsmen se han ganado o deben ganarse, tanto por parte del público en general, como de la Administración”⁴⁶.

De la anterior definición que es una de las más completas, se desprenden una serie de características que delimitan y establecen el alcance de esta figura dentro del tráfico jurídico de un país.

- a. **FUNCIÓN:** Se divide en dos grandes campos, vigilar que las actuaciones de la Administración se adecuen a la Constitución, a la ley, a la moral y a las buenas costumbres; y proteger los derechos de aquellas personas que consideran que han sido víctimas de un acto injusto, arbitrario o abusivo de la administración.

⁴⁵ LASTRA FUSCALDO, Javier. Consideraciones Generales Sobre la Inspección, Vigilancia y Control de Servicios de Telecomunicaciones en Convergencia y la Adopción de la Figura del Defensor del Usuario. http://www.superservicios.gov.co/telecom/convergencia_servicios_domiciliarios.doc

⁴⁶ FAIREN GUILLÉN, Víctor. El defensor del pueblo, Ombudsman. Tomo uno, parte general. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1982. p. 78.

- b. **INDEPENDENCIA:** El ombudsman no debe pertenecer a la Administración y no debe ser elegido por aquellos a quien va a vigilar, esto para garantizar la imparcialidad con la que va a realizar su trabajo y va a tomar todas sus decisiones.
- c. **PUBLICIDAD:** En cuanto a la publicidad hay dos aspectos a los que debemos referirnos; el primero, la difusión que debe hacerse de la existencia del defensor. Es necesario que los ciudadanos conozcan quien es el ombudsman, cuales son sus funciones y como tramitar una queja ante él.

El segundo aspecto de la publicidad, está encaminado a hacer públicas las tareas adelantadas por el ombudsman, sus decisiones y la forma como ha tramitado las quejas que llegan a su despacho.

- d. **FACILIDAD DE ACCESO:** Para presentar una queja ante el ombudsman no hay formas ni solemnidades, basta que se presente por escrito y contenga los datos necesarios para individualizar el caso.
- e. **GRATUIDAD:** Las personas pueden acceder al defensor para que atienda sus quejas, sin ningún costo. El servicio es totalmente gratuito.
- f. **COMPETENCIA:** Las decisiones adoptadas por el ombudsman no tienen poder coercitivo, es decir, son sugerencias y recomendaciones, no revoca ni modifica actos de la administración.

El Ombudsman es la persona encargada de ser el vocero y representar los intereses de los ciudadanos, atiende las quejas y trata de encontrar soluciones satisfactorias para las partes. Este órgano de control y vigilancia de la actividad administrativa no sólo tiene como función velar por los derechos de los ciudadanos frente a los posibles actos arbitrarios del Estado, también debe denunciar públicamente estas irregularidades. Esto, dentro de su propósito de ayudar a restaurar la confianza en la integridad de las instituciones gubernamentales.

Y aunque en un comienzo sólo era posible encontrarlo al interior de la administración, con el tiempo comenzó a hacer parte de otras instituciones como las corporaciones financieras, los medios de comunicación, los planteles educativos, entre otras.

3.3 CLASES DE OMBUDSMAN

Con el transcurso del tiempo, el ombudsman deja de ser una sola entidad y se transforma, dando lugar a la creación de distintos tipos de defensores y protectores dentro de los diferentes campos de la vida social y económica. Entre ellos podemos resaltar:

3.3.1 El defensor del pueblo. Esta figura se consagró por primera vez en la Constitución Política de Colombia de 1.991, los artículos 118 y 281 establecen que El Defensor del Pueblo hace parte del Ministerio público y sus funciones se ejercen bajo la supervisión y dirección del Procurador General de la Nación.

El Defensor del Pueblo es elegido por la Cámara de representantes, de terna enviada por el Presidente de la República, para un período de cuatro años.

La función del Defensor del Pueblo es velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos. Dentro de ésta función general, existen una serie de funciones específicas entre las que cabe destacar:

- a. Orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado.
- b. Divulgar los derechos humanos y recomendar políticas para su enseñanza.
- c. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.

3.3.2 El defensor del contribuyente. Es aquella persona que busca garantizar el cumplimiento de las leyes tributarias. Atiende las quejas de los ciudadanos atinentes a su relación con el fisco y busca soluciones. Procura que los usuarios del sistema tributario del país tengan un tratamiento justo y equitativo.

Adicionalmente el Defensor del Contribuyente tiene la función de asesorar a la Hacienda, analiza su funcionamiento e identifica sus debilidades, para proponer formulas que la hagan más eficiente.

En Colombia, la Defensoría del Contribuyente y del Usuario Aduanero fue creada en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al

Gobierno a través de la ley 488 de 1998 y sus funciones se estructuraron en el decreto 1071 de 1999.

Es un órgano especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que busca ser una herramienta útil para que los contribuyentes encuentren orientación y apoyo en la búsqueda de soluciones que tiendan a corregir las deficiencias en las actuaciones de la DIAN.

Su misión es ser un instrumento efectivo para garantizar el respeto de los derechos de los contribuyentes, responsables, agentes de retención, declarantes y usuarios aduaneros, mediante la evaluación, seguimiento y cumplimiento de las normas y procedimientos tributarios, aduaneros y cambiarios y ser su portavoz⁴⁷.

3.3.3 El defensor de los medios de comunicación. *Dentro de este grupo encontramos El Defensor del Lector y El Defensor del Televidente. El Ombudsman de los medios de comunicación recibe e investiga las quejas de los lectores de un periódico, de los oyentes de una emisora radial o los televidentes de una canal de televisión, acerca de la exactitud, imparcialidad y buen manejo de la información.*

Esta figura no es nueva y también se origino en Suecia,

“El defensor del lector ombudsman es una figura que surgió en los medios de comunicación escrita alrededor de 1912, cuando en Suecia se nombró un consejo de prensa o sea un Defensor plural para todos los medios escritos.

En los Estados Unidos de América surgió en 1967 en dos periódicos de Louisville en Kentucky; nombraron a John Herchenroeder como primer ombudsman en Estados Unidos, no sólo para recibir quejas sino para establecer lo que andaba mal en la prensa; el defensor se movía entre dos tareas diferentes; la de recibir quejas y la de proporcionar respuesta a la crisis de los periódicos.

En Latinoamérica, en Brasil existe desde 1989, fecha en que se instituyó en el Folha de Sao Paulo. En Colombia fue el diario El Tiempo el primero en adoptar esta figura,

⁴⁷ Para más información consultar la página web <http://www.dian.gov.co/defensor.html>

posteriormente se le unieron El Espectador y El Colombiano de Medellín. Hay además defensores del televidente en los canales RCN y Caracol. En México existen cuatro defensores del lector”⁴⁸.

Los medios de comunicación cuentan con esta figura para mejorar la calidad de su programación y de la información que suministran, crear mayor conciencia entre los periodistas sobre las inquietudes del público y así ganar mayor credibilidad.

Los medios de comunicación cuentan con esta figura para:

- a. Mejorar la calidad de la información que transmiten. Información que debe sustentarse en los principios de exactitud, imparcialidad y justicia.
- b. Crear conciencia entre los profesionales del medio, del poder que tienen en la formación de pensamiento del lector, televidente o radioescucha.
- c. Proteger y preservar la libertad de prensa y de expresión.
- d. Hacer de los medios de comunicación, elementos íntegros y profesionales.

3.3.4 El defensor financiero. En una primera aproximación a la definición del Ombudsman Financiero, objeto principal de este estudio, es importante resaltar que es aquella persona que tiene como función principal proteger y defender los derechos e intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos por las entidades financieras del país. De igual forma busca que la relación jurídica originada en el contrato de servicios financieros se desarrolle dentro de los principios de transparencia, buena fe, equidad y confianza recíproca.

Esta figura es relativamente nueva y son pocos los países que cuentan con un defensor del Cliente Financiero, entre ellos, hay que mencionar a Inglaterra, España, Alemania, Canadá y por Latinoamérica México, Perú y Colombia.

“El Defensor del Cliente Financiero en Inglaterra existe desde 1985 y los treinta bancos más importantes se encuentran afiliados a un solo defensor. Opera

⁴⁸ <http://www.noroeste.com.mx/Culiacan/CODIGOETICA/lector.php3>

independientemente de las entidades financieras y está reconocido por las leyes del país.

En España desde 1987 y allá hay varios defensores. En algunos casos agrupa a diversas entidades que no tienen ninguna relación accionaria y en otros representa a un grupo empresarial. La ley española reconoce la figura y toda queja debe ser atendida primero en las defensorías para que pueda ser atendida por el Banco de España.

En Alemania existe desde 1992 y opera a través de la Asociación Bancaria de la República Federal Alemana. Este defensor cobija a todos los bancos privados de ese país.

El Defensor del Cliente Canadiense está desde 1997, el cual actúa en segunda instancia cuando todos los mecanismos directos entre el cliente y la entidad financiera sean agotados sin respuesta satisfactoria para el reclamante⁴⁹.

El Defensor del Cliente Financiero, actúa como un mediador en los conflictos que se generen entre una institución financiera y sus clientes. Este cargo está diseñado para asesorar a las instituciones financieras en la adopción de políticas diseñadas para mejorar el servicio y aumentar la confianza de los usuarios.

⁴⁹ Semana Económica No. 411. ASOBANCARIA. 20 de Junio de 2003.

4. OMBUDSMAN FINANCIERO EN COLOMBIA

Una vez analizado el régimen de competencia en el sector financiero del país, vamos a profundizar en la figura del Ombudsman Financiero, objeto principal de nuestro estudio, reconociendo su importancia fundamental dentro del engranaje legal, diseñado para la protección de los derechos de los clientes del sector.

4.1 GÉNESIS DE LA FIGURA DEL DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO EN COLOMBIA

En el mes de agosto de 1994, la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia, ante la necesidad de salvaguardar y mantener la confianza de la clientela, y de mejorar la calidad en el servicio, decide, a través de su Junta Directiva, analizar el estado de la protección de los derechos de los clientes de las entidades.

Para cumplir con esta labor, a finales de 1994 se conformó un comité interdisciplinario encargado de proponer un plan de trabajo dentro del sector financiero, encaminado a proteger los derechos de sus clientes.

Este comité:

“En primer lugar, resolvió trabajar sobre la elaboración de un Código de Buena Práctica Financiera para con el Cliente.

En segundo término, propuso la adopción de un sistema para el manejo y atención de reclamos de los usuarios de los servicios financieros en las entidades y establecer una instancia externa e independiente, para lo cual se analizó la figura del Ombudsman en algunos países de Europa, especialmente en España, Gran Bretaña y Alemania”⁵⁰.

⁵⁰ SERNA JARAMILLO, Carlos Mario. El papel del Sector Financiero Colombiano Frente a la Protección de los Derechos de los Usuarios. Bogotá: Ponencia, Seminario Defensor del Cliente Financiero, 1996.

La propuesta presentada por el comité era muy ambiciosa, inicialmente se debía crear una estructura basada en el funcionamiento de los servicios de atención al cliente de los países analizados y después se implantaría en nuestro país, adecuándose a las necesidades propias del sector, para con ello dotar al sistema financiero de transparencia, seguridad, certeza y claridad para el cliente.

El 23 de marzo de 1995, la Junta Directiva de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras, en sesión ordinaria, aprobó el Código de la Buena Práctica Financiera para con el Cliente. Este Código fue ratificado por unanimidad en la sesión del 10 de mayo de 1995 y modificado en reunión de la Junta directiva el 14 de agosto de 1996.

El capítulo séptimo de este Código crea la Defensoría del Cliente Financiero, define al Defensor del Cliente, su finalidad, características y competencia, y establece sus funciones y el procedimiento que se debe seguir para presentar una reclamación.

Después de la expedición de este Código, y con el objeto de adoptar los instrumentos necesarios para organizar la Defensoría del Cliente, se constituyó, el 6 de octubre de 1995, el Comité del Defensor del Cliente, que tenía como fines principales:

- a. Promover la implantación del Defensor del Cliente Financiero.
- b. Diseñar las políticas generales de servicio y atención al cliente.
- c. Presentar recomendaciones para aumentar la satisfacción del usuario.
- d. Vigilar la calidad del servicio ofrecido por las entidades del sector.

De esta manera, el 3 de febrero de 1997 comienza a trabajar activa y eficazmente en Colombia el Defensor del Cliente Financiero, bajo la dirección de dos reconocidos juristas y notables profesores de derecho, el ex magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, doctor Germán Giraldo Zuluaga, y el ex ministro de Justicia, doctor Cesar Gómez Estrada.

Al momento de su creación, la Defensoría del Cliente de Asobancaria buscaba proteger los derechos de los clientes de ciertos Bancos y Corporaciones de Ahorro y Vivienda como lo son, el Anglo Colombiano, Bancafe, BCH Colombia, Estado, Crédito, Mercantil, Nacional de

Comercio, Santander, Tequendama, Unión, Davivienda, Caja Social, Ahorramas, Concasa, Granahorrar, Colmena, Cofinorte, Corfes, Corfiboyaca, FiduBNC, Progreso y el IFI, entre otros.

4.2 ASOBANCARIA: PIONERA EN LA DEFENSORÍA DEL CLIENTE FINANCIERO EN COLOMBIA

La Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia, ASOBANCARIA, creada en 1936, cuando el país se encontraba en un período de reordenamiento económico e institucional, como un producto de la concepción de los banqueros Julio E. Lleras y Julio E. Caro⁵¹, es una entidad gremial, cuyo objeto principal es:

- a. Representar y defender los intereses legítimos de sus miembros frente a las autoridades y demás personas y entidades de carácter público o privado, nacionales e internacionales.
- b. Promover y mantener la confianza del público en el sector financiero, proteger la imagen del mismo y ampliar y mejorar permanentemente el conocimiento público acerca de la naturaleza y función de la actividad financiera.
- c. Coadyuvar a la continua modernización del sector financiero, y prestar aquellos servicios de apoyo a la actividad del mismo que puedan ser desarrolladas más eficientemente de manera colectiva⁵².

Está conformada por todos los bancos comerciales nacionales y extranjeros, públicos y privados, las más significativas corporaciones financieras e instituciones oficiales especiales. El Banco de la República, banco central de Colombia, ostenta la calidad de Miembro Honorario⁵³.

Dentro de las principales funciones de Asobancaria está proteger y mantener la imagen del sector financiero y adelantar las acciones tendientes a fortalecer la confianza de las autoridades, la comunidad financiera internacional y el público en general, en la solvencia económica, técnica y moral del sector financiero colombiano.

⁵¹ Génesis y Desarrollo de Asobancaria de Colombia. Revista Bancaria Nacional No. 276. septiembre de 1991.

⁵² Estatutos de Asobancaria, artículo 1º.

⁵³ <http://www.asobancaria.com>

Este interés en la protección al cliente financiero, se fundamenta en la necesidad que tienen las entidades de mantener la confianza del público, lo que traduce una mayor credibilidad en el sistema y la satisfacción del cliente con el servicio prestado.

4.3 CÓDIGO DE LA BUENA PRÁCTICA FINANCIERA.

A través del Código de la Buena Práctica Financiera para con el Cliente, expedido por la Junta Directiva de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 numeral 10 de sus estatutos, se creó la Defensoría del Cliente Financiero en nuestro país.

Para adoptar este Código, la Junta Directiva consideró que:

- a. Uno de los objetivos estatutarios de la Asociación es la promoción y mantenimiento de la confianza en el sector financiero, para mejorar y ampliar la imagen del mismo y de su actividad por parte del público;
- b. Es necesario que el sector, como tal, desarrolle sus relaciones con la clientela sobre las bases de la imparcialidad y objetividad, de manera que se permita a ésta conocer de antemano sus derechos para poder ejercerlos, y
- c. Para dar cumplimiento a esos propósitos se requiere, además, institucionalizar dentro de cada entidad o grupo de entidades, un mecanismo de cumplimiento y garantía de los derechos de los clientes.

Este Código se sustenta sobre los siguientes principios generales:

- La buena práctica financiera que las entidades deberán observar en su trato con la clientela.
- La transparencia con que debe actuar cada una de las entidades en todas sus relaciones con los clientes.
- El adecuado conocimiento que las entidades deben otorgar a los clientes, para que estos entiendan como operan sus cuentas y los servicios financieros.
- La confiabilidad en la seguridad e integridad del sistema y tecnología de las diferentes entidades.

Para asegurar estos principios, el Código de la Buena Práctica Financiera reconoce la necesidad de institucionalizar la Defensoría del Cliente, como una instancia alternativa en la resolución de los conflictos que se susciten entre las entidades y los usuarios de sus servicios.

En el capítulo séptimo del Código, se define al Defensor del Cliente como un mediador y conciliador de los conflictos que se generen en las relaciones bancarias y financieras de los clientes y las entidades financieras. Su finalidad, consiste en lograr aumentar y conservar la confianza del público en el sector financiero, así como obtener información para mejorar el servicio.

En un principio, el Defensor podía conocer aquellas reclamaciones sobre todo tipo de negocios financieros realizados a través de cualquiera de las oficinas de la entidad. Quedaban excluidos de su competencia casos como las reclamaciones acerca de decisiones bancarias en el otorgamiento de créditos, admisión de nuevos clientes o nuevos negocios; las reclamaciones sobre asuntos que se encontraban pendientes de resolución judicial o sujetos a procedimientos arbitrales; aquellas reclamaciones orientadas a entorpecer el ejercicio de cualquier derecho de las entidades frente al cliente; las quejas que ya han sido presentadas y resueltas por el defensor; y por último, aquellas quejas que superaban los noventa salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De igual forma, el Código de la Buena Práctica Financiera consagra las principales características y el perfil que debía tener el defensor, entre ellas, la independencia, la gratuidad, la claridad, la efectividad y el profesionalismo. En efecto, la Defensoría debe contar no sólo con independencia absoluta en la toma de sus decisiones, sino también con el conocimiento y la experiencia integral del sector financiero. Además sus servicios son de carácter gratuito.

Este Código definía el procedimiento que debía seguir el cliente ante la defensoría y establecía que la entidad estaba obligada a cumplir con el contenido de la resolución dictada por el defensor cuando el cliente acepte tal concepto, es decir, para la entidad las decisiones del defensor eran obligatorias, para el cliente, discrecionales.

El Código de la Buena Práctica Financiera para con el Cliente, reviste una especial importancia y es que fue en gran medida un punto de partida y de orientación para desarrollar el marco legal que regula la figura del Defensor del Cliente en la actualidad.

4.4 LEY 795 DE 2003

En el 2002, el Gobierno Colombiano presentó ante el Congreso de la República un proyecto de Ley, por medio del cual se ajustaban algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictaban otras disposiciones.

Este proyecto tenía como objetivo actualizar el régimen financiero vigente, adaptando algunos aspectos que venían presentando inconvenientes en su ejercicio práctico, de igual forma buscaba incluir nuevos instrumentos de protección a los usuarios de las instituciones financieras.

“El proyecto busca modernizar algunos aspectos de la legislación, corregir debilidades evidenciadas en el proceso de reacomodamiento del sector financiero y flexibilizar rigideces de la normativa actual. Con tal propósito, se busca introducir mecanismos de seguridad para los usuarios del sistema y nuevos instrumentos para proteger la confianza del público en las entidades financiera”⁵⁴.

En cuanto a los ajustes propuestos por el proyecto, con relación a la protección de los usuarios del sistema financiero, se establece el deber de las entidades vigiladas de suministrarle al cliente la información necesaria para lograr mayor transparencia en las operaciones que realicen, de tal forma, que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones que se ofrecen en el mercado.

En lo referente a la debida prestación del servicio, se introduce y formaliza la figura del Defensor del Cliente de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria. “Debido a la importancia y utilidad de la figura del Defensor del Cliente, se sugiere darle un reconocimiento legal, estableciéndola como obligatoria en todas las instituciones vigiladas, pretendiendo que se convierta en una instancia efectiva e independiente de solución de las quejas presentadas por los clientes y usuarios de las mismas”⁵⁵.

⁵⁴ Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley “Por el Cual se Ajustan Algunas Normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se Dictan otras Disposiciones”. Gaceta del Congreso No. 171, viernes 17 de mayo de 2002. Bogotá D.C.

⁵⁵ Ibid.

Una vez surtido el trámite legislativo, se aprobó la ley 795 de 2003, que modifica el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. En esta ley se consagra por primera vez la obligación de todas las entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Bancaria, de contar con un Defensor del Cliente, como mecanismo eficaz en la solución de controversias y en la protección y defensa de los derechos de los clientes o usuarios.

4.5 DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL OMBUDSMAN FINANCIERO

Se entiende por Defensor del Cliente Financiero a “la persona u órgano de carácter privado, que actúa como mediador en determinados conflictos que se generen entre el cliente y las entidades financieras. Así mismo, debe asesorar a la entidad en la adopción de políticas que tiendan al mejoramiento de los servicios y de las buenas relaciones y confianza con su clientela”⁵⁶.

Pero esta no es la única definición que en Colombia se ha dado de Defensor del Cliente Financiero, en concordancia con el anterior concepto, el Código de la Buena Práctica Financiera para con el Cliente, de Asobancaria, que ya fue analizado, también define al Defensor del Cliente Financiero, como un mediador y conciliador de los conflictos que se generen en las relaciones bancarias y financieras de los clientes o usuarios y las entidades financieras, cuando éstos consideren que la entidad ha actuado de forma injusta o contraria a las buenas prácticas y usos bancarios.

Así mismo, tendrá por función asesorar a las entidades en políticas que tiendan a mejorar el servicio, y las buenas relaciones y confianza con su clientela⁵⁷.

Y la más reciente, consagrada en la ley 795 de 2003, que modifica el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y señala: “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”⁵⁸. Esta última, más que ser una definición, lo que nos indica son las principales funciones del Defensor.

⁵⁶ SERNA JARAMILLO, Carlos Mario. Ponencia. Op cit.

⁵⁷ Código de la Buena práctica Financiera para con el Cliente. Asobancaria. Capítulo VII.

⁵⁸ Ley 795 de 2003, artículo 24.

Para identificar la naturaleza jurídica del Defensor del Cliente Financiero, es necesario partir de su definición y de su principal función como un vocero de los clientes, en la búsqueda de una solución a los conflictos que se presenten en sus relaciones con la entidad Financiera. Sólo así es posible enmarcarlo como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos que se presentan entre los usuarios y los oferentes de un servicio en especial, el financiero.

“Entiéndase como alternativas para la resolución de conflictos todos aquellos procedimientos, distintos a los procedimientos propios de la justicia ordinaria, contemplados por la ley para lograr la solución de conflictos sin la participación de los jueces o magistrados que integran la rama judicial del poder Público de un Estado”⁵⁹.

Podemos entonces decir que el Defensor del Cliente es un mecanismo de solución directa de conflictos, encaminado a proteger los derechos de los clientes, mejorar sus relaciones con la entidad y aumentar la confianza y credibilidad en ésta.

4.6 CARACTERÍSTICAS DEL DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO

Una vez identificados los conceptos que en el país se maneja sobre Defensor del Cliente Financiero, se puede establecer aquellas notas características que le son inherentes y demarcan su significado:

- a. **FINALIDAD:** Aumentar y conservar la confianza del público en el sector financiero del país.
- b. **INDEPENDENCIA:** El Defensor del Cliente Financiero debe gozar de total independencia al adoptar cualquiera de sus decisiones, por ello, no debe pertenecer ni funcional ni jerárquicamente a la administración de la Entidad, el único cargo que puede desempeñar dentro de ésta es la de Defensor del Cliente.
- c. **SOLUCIÓN DE CONFLICTOS:** El ombudsman financiero no tiene un interés distinto a lograr un acuerdo entre las partes en conflicto. En sus decisiones propone formulas que lleven a las partes a solucionar sus diferencias y así llegar a un acuerdo que las deje satisfechas.

⁵⁹ VALDEZ SÁNCHEZ, Roberto. La Transacción: Solución Alternativa de Conflictos. Legis, 1997. p. 29.

- d. **LIBRE ACCESO Y GRATUIDAD:** El usuario de los servicios financieros puede acudir directamente al Defensor del Cliente para que atienda su caso y busque una solución a su problema, el acceso a este servicio no representa para el cliente costo alguno. El cliente no asume ningún gasto por poner en consideración del ombudsman su reclamo.
- e. **PROFESIONALISMO:** El Ombudsman Financiero, debe ser una persona idónea para desempeñar este cargo, debe conocer y tener la pericia necesaria sobre el funcionamiento del sector financiero del país. una persona intachable, son una buena reputación y con una gran vocación de servicio al cliente.
- f. **ASESORÍA:** El Ombudsman Financiero no sólo tiene como función la resolución de quejas que se le presenten, también debe formular ante la entidad, políticas encaminadas a mejorar el servicio prestado al cliente y elevar los estándares en los procedimientos de los diferentes productos financieros.
- g. **EFFECTIVIDAD:** Las decisiones adoptadas por el Defensor del Cliente son discrecionales para el cliente, es decir, puede adoptarla si queda satisfecho con su contenido, de lo contrario puede establecer las acciones administrativas o judiciales que correspondan.

4.7 PERFIL DEL DEFENSOR DEL CLIENTE

En el Defensor del Cliente, deben converger cualidades específicas que garanticen su idoneidad para el cargo. Debido a la especial relevancia de su labor es necesario que tanto Entidades como clientes puedan depositar tranquilamente su confianza en esta institución.

El Defensor del Cliente debe contar con un **reconocido prestigio y honorabilidad**, no sólo dentro del sector financiero, sino también en el ámbito público del país. Tener una hoja de vida limpia, sin tacha alguna, que entorpezca su credibilidad frente a todos aquellos que acudieran a su orientación.

El Defensor del Cliente debe tener la suficiente **pericia**, que exige contar con una gran experiencia dentro del sector financiero, estar familiarizado con cada uno de los movimientos, transacciones y operaciones de la banca y conocer a fondo los servicios que ofrece la entidad de la que es Defensor.

Debe contar con ciertas características propias de un **conciliador**, es decir, ser una persona imparcial que no busque el beneficio exclusivo de una sola de las partes, sino que por el contrario sujete sus decisiones a los principios de equidad y justicia.

De su carácter resaltan su **capacidad analítica y la agilidad en la toma de decisiones**, debe contar con un criterio jurídico muy bien definido al analizar y examinar las distintas reclamaciones que lleguen a su despacho, para así adoptar determinaciones firmes, que se caractericen por su efectividad y acierto.

Las anteriores cualidades, nos permiten proponer que la persona que ejerza el cargo de Defensor del Cliente sea un **jurista**, es decir, un **abogado**, un profesional del Derecho, alguien que no sólo conozca la ley, sino que cuente con un criterio jurídico muy bien formado, que le permita interpretar y aplicar las normas de forma precisa.

Los abogados se han preparado con los conocimientos básicos necesarios que le permiten administrar justicia. El Estatuto del Ejercicio de la Abogacía, decreto – ley número 196 del 12 de febrero de 1971, señala en su artículo tercero, que es abogado quien obtiene el correspondiente título universitario de conformidad con las exigencias académicas y legales. Este mismo decreto señala como deberes del abogado, el conservar la dignidad y el decoro de la profesión; colaborar lealmente en la recta y cumplida administración de justicia; y obrar con absoluta lealtad y honradez en sus relaciones con sus clientes. Estos deberes se adaptan y encaja perfectamente dentro de las cualidades necesarias con que debe contar el Defensor del Cliente.

Podría esta propuesta sonar un poco pretenciosa y radical, considerando que hoy en día existen muchas carreras profesionales donde se proporciona al estudiante conocimientos básicos no solo de Derecho sino también de finanzas. Pero es el abogado, quien real y exclusivamente se prepara para solucionar los conflictos sociales, sustentando sus decisiones en el ordenamiento constitucional y legal del país, dentro de un marco de justicia y equidad.

Si nuestra anterior propuesta no tiene acogida, entonces proponemos que si el Defensor del Cliente no es un Jurista, sí cuente con los conocimientos suficientes de aplicación e interpretación de la Constitución y la ley, para ejercer eficientemente las funciones propias de su cargo.

4.8 FUNCIONES DEL DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por la ley 795 de 2003, señala como principales funciones del Defensor del Cliente Financiero:

- a. Ser vocero de los clientes o usuarios ante la respectiva entidad.
- b. Resolver las quejas de los clientes relativas a la prestación de los servicios que presta la entidad.

El decreto 690 de 2003, reglamenta la figura del Defensor del Cliente Financiero y en lo referente a sus funciones establece:

En cuanto a la vocería de clientes o usuarios, el Defensor del Cliente podrá dirigir en cualquier momento a las juntas directivas o consejos de administración de las entidades recomendaciones, propuestas, peticiones, de la actividad de las propias entidades que hubieran merecido su atención y que, a su juicio puedan mejorar, facilitar, aclarar o regularizar las relaciones, la correcta prestación del servicio, la seguridad y la confianza que debe existir entre las entidades vigiladas y sus clientes o usuarios.

Así mismo, los clientes o usuarios podrán dirigirse al Defensor del Cliente con el ánimo de que este formule recomendaciones y propuestas ante las entidades vigiladas, en aquellos aspectos que puedan favorecer las buenas relaciones entre las entidades vigiladas y sus clientes o usuarios.

Su labor como vocero de los clientes, se dirige principalmente a mantener y aumentar la credibilidad del cliente en la entidad financiera. En este aspecto, desempeña un rol de transformador e innovador, porque gracias a la experiencia que adquiere a través de cada uno de los casos que conoce, puede formular ante la entidad una serie de propuestas que responden a los retos que se presentan día a día en la relación entre el cliente y su banco.

El Defensor del Cliente es un **canal de comunicación**, entre la entidad financiera y sus clientes, es un portavoz entre unos y otros, con una finalidad clara y es mejorar las relaciones que existentes entre los usuarios del sistema financiero y los oferentes de estos servicios.

En lo referente a la resolución de quejas, le corresponde al Defensor del

Cliente conocer, evaluar y resolver íntegramente, dentro de los términos establecidos en la ley y sus decretos reglamentarios, las quejas que los clientes o usuarios de las entidades le presenten acerca de posibles incumplimientos de normas legales o internas que rigen el desarrollo de las operaciones, contratos o servicios que ofrecen, prestan, o ejecutan las entidades vigiladas y que afecten directamente al cliente o usuario, así como las relativas a la calidad en la prestación de los servicios a cargo de la entidad.

Dentro de las funciones que se le han otorgado al Defensor del Cliente, no por mandato legal, sino por imperativo del reglamento interno de ciertas entidades, se encuentra también, el informar a los clientes respecto de los derechos y obligaciones que adquiere al suscribir los contratos bancarios y financieros.

4.9 ASUNTOS EXCLUIDOS DE LA COMPETENCIA DEL DEFENSOR DEL CLIENTE

El artículo sexto del decreto 690, en su numeral segundo, establece un listado de aquellos temas que desbordan la competencia que tiene el Defensor:

- a. Los que no correspondan o estén directamente relacionados con el giro ordinario de las operaciones autorizadas a la entidad. Cabe recordar que el Defensor resuelve exclusivamente las quejas que los clientes presentan, relativas a la prestación de los servicios ofrecidos por la entidad.
- b. Los concernientes al vínculo laboral entre las entidades y sus empleados. Es evidente el motivo de esta exclusión y es que no se discute un tema referente a la relación existente entre el cliente y la entidad oferente del servicio financiero.
- c. Aquellos que se deriven de la condición de accionista de una entidad. En este caso nos encontramos frente a una circunstancia muy parecida a la anterior causal de exclusión y es la evidente negación de la existencia de una relación cliente – entidad.
- d. Los relativos al reconocimiento de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, así como el reconocimiento de las indemnizaciones o sumas aseguradas del contrato de seguros, salvo los que estén relacionados con la calidad del servicio en el reconocimiento en uno y otro caso, evento en el cual serán de

conocimiento del Defensor del Cliente.

- e. Los que se refieren a cuestiones que se encuentren en trámite o hayan sido resueltas en vía judicial, arbitral o administrativa. Una de las finalidades de la existencia de la figura del Defensor del Cliente, es evitar que el usuario deba acudir a estas instancias para resolver los conflictos que tenga con la entidad, pero si esto ya sucedió, el Defensor pierde cualquier tipo de competencia para conocer el caso.
- f. Aquellos que correspondan a la decisión sobre la prestación de un servicio o producto, la celebración de un contrato y sus condiciones, o a la vinculación o admisión como cliente. En este caso debemos recordar que las condiciones en la prestación de los servicios o en la forma de contratar, están previamente establecidas por la entidad y las condiciones no están sujetas a negociación, esto porque la gran mayoría de contratos son por adhesión, debido a la dinámica contractual que se presenta en el sector financiero.
- g. Los que se refieran a hechos sucedidos con tres años de anterioridad o más a la fecha de presentación de la queja. Se podría considerar como una sanción a la falta de diligencia de aquel cliente que no presentó a tiempo su reclamación.
- h. Las quejas que tengan por objeto los mismos hechos y afecten a las mismas partes y que hayan sido objeto de decisión previa por parte del defensor del cliente. Lo que se busca es crear un instrumento legal encaminado a dar seriedad a las determinaciones del Defensor, en la medida en que si éste ya analizó el caso y profirió un concepto, no puede volver sobre lo mismo, a menos que las circunstancias fácticas o jurídicas hayan sufrido algún tipo de modificación.
- i. Las quejas cuya cuantía individual, sumados todos los conceptos, superen los cien salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de su presentación. En este caso la competencia se pierde en razón al monto de dinero que se discute dentro de la reclamación.

Algo muy importante que debemos señalar es que el Defensor del Cliente NO puede establecer perjuicios o sanciones, salvo aquellas que estén determinados por la ley o el acuerdo de partes, es decir que sus facultades y potestades no se extienden a la posibilidad de establecer en sus conceptos, perjuicios, multas o sanciones a las partes por el asunto sujeto a reclamación.

4.10 DEBERES DEL DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO

El artículo 11 del decreto que reglamenta la figura del Defensor del Cliente Financiero en nuestro país, establece una serie de obligaciones que se deben cumplir en el desarrollo de su labor.

- a. Establecer el reglamento al que debe sujetar su actividad, este reglamento debe estar acorde con el marco legal que regula las actividades del Defensor. Al respecto, la Superintendencia Bancaria en Circular Externa 026 de junio once de 2003, dirigida a los representantes legales de las entidades vigiladas, solicitó que le fuera remitida una copia del reglamento que el Defensor del Cliente ha establecido para dirigir su actividad. El plazo para remitir copia de este reglamento a la Superbancaria vencía el 20 de junio de 2003. Estos reglamentos empezaron a tener vigencia desde el momento en que inician las actividades de la respectiva defensoría.
- b. Solicitar a la entidad y al cliente o usuario, la información que sea necesaria para el estudio de su queja. El Defensor debe estar en capacidad de llevar a cabo una completa investigación para dar solución a la reclamación, en virtud de esto puede requerir cualquier tipo de documento o de archivo disponible. Para esto, debe contar con el apoyo y la colaboración de la entidad y del cliente.
- c. Proferir una decisión dentro del término señalado en la ley. El Defensor debe cumplir con el tiempo establecido para dar una respuesta a la reclamación que se presentó, el cual es muy corto si se tiene en cuenta que llevar estas reclamaciones a la justicia ordinaria demoraría demasiado tiempo.
- d. Presentar un informe a la entidad a la cual presta sus servicios dentro del primer trimestre de cada año, en el cual refiera el desarrollo de su función durante el año precedente. El informe indicará el número de quejas recibidas el año anterior, con expresión de las prácticas indebidas detectadas, los criterios mantenidos por el defensor del cliente en sus decisiones, el número de quejas tramitadas, así como cualquier otro dato o información que pueda considerarse de público interés. En dicho informe, podrá incluir recomendaciones o sugerencias encaminadas a facilitar las relaciones entre las entidades vigiladas y sus clientes o usuarios.
- e. Mantener un registro donde tomará nota de las quejas presentadas y

de su fecha, así como un archivo de las mismas.

- f. Presentar anualmente, en la oportunidad convenida con la entidad, una relación de los gastos de la Defensoría del Cliente, en la cual señale las necesidades de recursos humanos y técnicos para el satisfactorio desempeño de sus funciones. Dicha relación se acompañará de un informe sobre la adecuada utilización de los recursos invertidos en el periodo anterior.
- g. Colaborar con la Superintendencia Bancaria en los temas de competencia de ésta.

4.11 DERECHOS Y DEBERES DE LA ENTIDAD

La entidad tiene una serie de derechos frente a la Defensoría, como lo son, el recibir de ésta los servicios que presta; obtener información y asesoría en lo referente a conceptos y decisiones adoptadas por el Defensor; y que sus clientes puedan acercarse a la Defensoría para presentar sus reclamaciones.

Pero como todo derecho conlleva una serie de obligaciones, el decreto 690 en su artículo décimo, consagra los principales deberes de las entidades frente al Defensor. Estas obligaciones están encaminadas a mejorar el desempeño de las tareas de la defensoría y dar certeza y seguridad de su independencia al actuar. Las principales obligaciones son:

- a. Aprobar anualmente un presupuesto de gastos adecuado al normal funcionamiento de los servicios del Defensor del Cliente.
- b. Colaborar con el Defensor del Cliente en todo aquello que facilite, haga más eficiente o eficaz el ejercicio de su cargo y, especialmente, poner a su disposición toda la información necesaria que le sea solicitada para la resolución de las quejas sometidas a su conocimiento.
- c. Hacer público e informar a sus clientes o usuarios, en las comunicaciones que dirija a estos, o en la forma que estimen pertinente, de la existencia y funciones del defensor, de la dirección física y electrónica para contactarlo, así como de los derechos que les asisten para presentar sus quejas, la forma de interponerlas y el procedimiento para resolverlas.

Al respecto, la Superintendencia Bancaria a través de la Circular Externa 016 del 29 de mayo de 2003, impartió instrucciones sobre el adecuado funcionamiento de este deber de la entidad, en relación con la Defensoría. La Superbancaria introduce un numeral quinto al Capítulo Sexto, Título I de la Circular Básica Jurídica, denominado "Reglas sobre protección al consumidor en materia de reclamaciones o quejas contra entidades vigiladas", este numeral dispone:

"5. REGLAS SOBRE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN MATERIA DE RECLAMACIONES O QUEJAS CONTRA ENTIDADES VIGILADAS

5.1. Reglas sobre quejas a entidades obligadas a contar con un defensor del cliente

Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 10, numeral 3° del Decreto 690 de 2003, las entidades que conforme lo señalado en el párrafo primero, artículo 1° de dicha norma están obligadas a contar con un defensor del cliente, deberán diseñar y aplicar mecanismos adecuados y permanentes de divulgación que le permitan a sus clientes y usuarios conocer en todo momento el derecho que les asiste de acudir ante el defensor del cliente de la entidad para atender las quejas o reclamaciones que tengan contra la misma.

Los mecanismos de divulgación que para tal efecto se diseñen deberán contener, además de los requisitos señalados en el artículo 10, numeral 3° del Decreto 690 de 2003, cuando menos la siguiente información:

5.1.1 La identificación del defensor del cliente y de su suplente, con una clara información acerca de datos tales como: dirección física, teléfono, fax y dirección electrónica.

5.1.2 La posibilidad que tiene el usuario de radicar las quejas con destino al defensor del cliente, en cualquier agencia, sucursal u oficina de atención al público de la entidad.

5.1.3 Los casos que, previo a su sometimiento como queja ante la SBC, deben ser presentados ante el defensor del cliente, y

5.1.4 Los requisitos generales que debe contener cada reclamación que se pretenda formular ante el defensor del cliente.

Las entidades deben garantizar que los mecanismos de información sean adecuada y permanentemente divulgados”⁶⁰.

- d. Recibir las quejas que sus clientes o usuarios puedan formularles respecto de la actuación del Defensor y trasladarlas a la Superintendencia Bancaria para su evaluación.
- e. Informar al Defensor del Cliente de las decisiones que hayan sido aceptadas expresamente por las partes, con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.

4.12 NOMBRAMIENTO, DURACIÓN Y TERMINACIÓN DEL CARGO

4.12.1 Designación. En cuanto al nombramiento del Defensor del Cliente Financiero, el decreto 690 de 2003, señala que tanto el Defensor, como su suplente serán designados por la asamblea general de accionistas o de asociados de la entidad.

Esta forma de designación ha generado una serie de críticas frente la imparcialidad que debe tener el Defensor. Se considera que al ser nombrado por la misma entidad, frente a la cual debe defender los derechos de sus clientes, su independencia corre peligro, al igual que la credibilidad que las personas puedan depositar en el adecuado desempeño de sus funciones.

Ante esta serie de críticas, se han propuesto una serie de posibles soluciones, entre ellas, la creación de un comité de elección, donde se encuentre un vocero de los clientes de la entidad. Pero esta propuesta se

⁶⁰ Superintendencia Bancaria. Circular Externa 016 de 2003, que adiciona el numeral 5º. del Capítulo Sexto del Título I de la Circular 007 de 1996.

ha considerado poco viable, además generaría una serie de gastos y de actuaciones adicionales, encaminadas a escoger al vocero.

Otra solución planteada, es que La Superintendencia Bancaria proponga una serie de personas que podrían ostentar el cargo, debido a su notorio prestigio, honorabilidad y cualidades, para que de tal lista escojan las entidades. Esta propuesta también ha sido rechazada, porque ¿donde estaría la independencia y libertad de la entidad en la elección del Defensor?, además esto conllevaría a que el Defensor sintiera total independencia de la Entidad, pero también un alto compromiso con la Superintendencia Bancaria.

Consideramos que el imperativo legal, encaminado a establecer que el Defensor sea elegido por la Entidad, es el más apropiado. Además, la ley busca a través de otros mecanismos garantizar la libertad del Defensor, por ello establece que éste debe ejercer sus funciones con absoluta independencia de los organismos de administración de la entidad. También prohíbe que el Defensor desempeñe para la entidad cualquier otro tipo de funciones diferentes a las establecidas para la Defensoría.

Señala también, casos en los que el Defensor está impedido para ejercer su cargo, como cuando tiene interés particular o directo en el caso, o cuando el interesado es alguno de sus familiares o su cónyuge, entre otros.

En cuanto a la designación del Defensor, es importante señalar que el decreto 690 de 2003, permite también que quien desempeñe el cargo de Defensor del Cliente Financiero, sea una persona jurídica, que actuará a través de una o varias personas naturales. En estos casos, la condición de Defensor del Cliente, se predicará tanto de la persona jurídica, como de la persona natural que desarrolla las funciones propias del cargo.

Por último, el cargo de Defensor del Cliente de una entidad, no es de carácter exclusivo, quien desempeña estas funciones, podrá hacerlo simultáneamente en varias entidades.

4.12.2 Duración del cargo. El Defensor del cliente Financiero, es designado para un período de dos años, y puede ser reelegido indefinidamente por el mismo período. En este caso, la ley establece un período fijo en el que el Defensor desempeñará su labor, y permite que la Entidad lo reelija de forma indefinida por períodos iguales al inicial.

Frente al período de duración del cargo, consideramos que es muy corto y podría generar una interrupción traumática de las políticas adoptadas en la resolución de las reclamaciones y las controversias que el Defensor dirime. Por ello consideramos que el tiempo pertinente para que el Defensor ocupe su cargo debería ser de tres o cuatro años, tiempo necesario para que diseñen y apliquen las políticas encaminadas a mejorar las relaciones entre las entidades y sus clientes, además es un tiempo prudente para evaluar resultados.

En cuanto a la reelección indefinida, este es un tema que ha despertado ciertas críticas. Quienes se oponen consideran que cuando una misma persona desempeña por largos períodos la función de Defensor, disminuiría la dinámica en el diseño de nuevas políticas de gestión y nuevos métodos de trabajo.

Consideramos que la reelección es apropiada, siempre y cuando no afecte la rapidez y diligencia en los procesos de actualización de las estrategias y manejos dados a la resolución de reclamaciones. Es necesario que quien ocupa el cargo de Defensor, se encuentre abierto a implementar novedosos mecanismos de trabajo encaminados a mejorar el desarrollo de sus funciones.

Al mencionar la forma en que el Defensor adelanta su gestión, es importante tener en cuenta el nivel de satisfacción que tiene el cliente ante la labor desempeñada por la Defensoría. Por ello, proponemos que se establezcan ciertas formas de evaluación, donde los clientes de la entidad califiquen las tareas adelantadas por el Defensor. Se podrían evaluar aspectos como la eficiencia, el manejo y el conocimiento del tema y la capacidad para resolver conflictos, entre otras. Esta evaluación podría ser tenida en cuenta por la entidad para la posible reelección del Defensor.

4.12.3 Terminación del cargo. Son seis las causales que generan el cese del ejercicio de las funciones del Defensor:

- a. Expiración del plazo para el que fue nombrado, a menos que la entidad disponga su reelección.
- b. Incapacidad sobreviniente. En este caso, el Defensor del Cliente carecería de aptitud legal para ejercer los derechos y contraer las obligaciones propias de su cargo.

c. Haber incurrido en alguna de las conductas señaladas en los incisos 3 y 4 del numeral 5 del artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 8° de la Ley 795 de 2003.

Estas conductas son:

- Cometer delitos contra el patrimonio económico, lavado de activos, enriquecimiento ilícito y los establecidos en los Capítulos Segundo del Título X y Segundo del Título XIII del Libro Segundo del Código Penal y las normas que los modifiquen, sustituyan o adicionen.
- Haber sido declarada la extinción de dominio sobre sus bienes de conformidad con la ley 333 de 1996, o participar en la realización de las conductas a que hace referencia el artículo 2° de dicha ley.
- Violar las normas que regulan los cupos individuales de crédito.
- Ser responsable del mal manejo de los negocios de la institución en cuya dirección o administración hayan intervenido.

d. Renuncia.

e. Por decisión de la asamblea general de accionistas o de asociados o delegados, de las entidades.

f. Por decisión de la Superintendencia Bancaria.

En estas causales no hay referencia expresa a la muerte del Defensor, entonces, debemos analizar en cual de los anteriores enunciado encuadra este hecho. Al observar los diferentes enunciados, encontramos que la muerte del Defensor como motivo de terminación del ejercicio del cargo, se enmarca dentro de la causal de incapacidad sobreviniente, en la medida en que la persona natural que ejercía la Defensoría, pierde al morir, cualquier posibilidad de ejercer los derechos y obligaciones de este cargo.

Cuando quede vacante la Defensoría, las entidades procederán al nombramiento de un nuevo titular y su suplente dentro de los treinta días hábiles siguientes al que se produjo la vacante. Mientras no se realice este nombramiento, las funciones del Defensor del Cliente deberán ser atendidas por su suplente.

4.13 ACTIVIDAD DEL OMBUDSMAN

4.13.1 Procedimiento para la resolución de quejas. Los clientes de la entidad financiera pueden acudir al Defensor, cuando consideren que alguno de sus derechos ha sido vulnerado, cuando estime que en una operación o servicio de la entidad ha sufrido un tratamiento incorrecto, errado o injusto y el caso no se encuentre entre los asuntos excluidos del régimen de competencia de la Defensoría.

La ley 795 de 2003, por la que se ajustaron algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificó el artículo 98 de dicho estatuto, donde se establecían las reglas relativas a la competencia y a la protección del consumidor. Este artículo 98 establece en su numeral 4.3 el procedimiento que se debe seguir para poner en conocimiento del Defensor la queja:

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.

Esta norma fue demandada por inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, bajo el argumento de que las normas impugnadas estaban desconcentrando y delegando funciones administrativas a cargo del Presidente de la República en un particular: el Defensor del Cliente. Según el demandante, el Presidente ejerce sus funciones de inspección y vigilancia sobre las entidades financieras a través de la Superintendencia

Bancaria y es contrario a la Constitución que la norma demandada traslade en un particular la función administrativa de control, vigilancia e inspección, aún si dicho traslado es parcial, al atribuir a un particular la competencia para resolver quejas y peticiones de los usuarios del sistema financiero.

La vulneración al derecho de petición, es otro de los argumentos con que el demandante sustenta sus pretensiones. Considera que al establecer que se debe acudir previamente ante el Defensor del Cliente de la entidad, como requisito de procedibilidad para poder presentar la queja ante la Superintendencia Bancaria, se niega la posibilidad de ejercer este derecho constitucional. Para el actor, las quejas son un derecho de petición elevado ante el organismo de control, para que éste establezca si la entidad ha obrado conforme a la ley.

Frente a estos argumentos, la Corte Constitucional en sentencia C-1150 del dos de diciembre de 2003, resolvió:

“La pregunta que surge a partir de los cargos formulados por el actor, es si la ley puede delegar en un particular el ejercicio de las funciones presidenciales de inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo y aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, y la respuesta es negativa.

Ahora bien, si la Constitución atribuye al Presidente el ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de ciertas actividades es por cuanto considera que las actividades, a pesar de que pueden ser desarrolladas por particulares, deben estar sometidas, por su trascendencia, a una vigilancia estatal, desarrollada por el propio Gobierno”⁶¹.

En cuanto al ejercicio de las tareas propias de la Superintendencia Bancaria, la Corte constitucional es clara en señalar:

“Las funciones de la Superintendencia no dependen de

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C- 1150 del 2 de diciembre de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

la actuación del cliente o de la comparecencia o no del usuario ante el defensor de cada entidad. No importa entonces que el usuario acuda al defensor o a la Superbancaria, de igual manera la Superintendencia está obligada a tramitar la queja del usuario con el mismo rigor y las mismas etapas procesales, y está dentro de sus potestades considerar las sugerencias del defensor del cliente como bien tenga. Obviamente, ello implica que la Superintendencia no puede eludir su competencia, enviando las quejas que recibe al defensor de cada entidad vigilada, pues evidentemente se trata del cumplimiento de funciones y finalidades distintas.

Si la Superintendencia subordina su competencia a una actuación previa del defensor del cliente, estaría violando la Constitución y la Ley. No obstante, la Superintendencia puede enviar una queja al defensor del cliente para que éste se pronuncie, cuando considere que el asunto planteado no está dentro de su ámbito de competencia por no tener trascendencia administrativa alguna.

La Corte no encuentra razón alguna para aceptar que la actuación del defensor del cliente subordine la competencia que le corresponde a la Superintendencia y en la práctica paralice su desempeño frente a las quejas ciudadanas. Ello no sólo sería inaceptable desde el punto de vista del funcionamiento de la administración, sino que además restringiría los derechos de los ciudadanos. Así, si un usuario no puede acudir a la Superintendencia Bancaria sin haber agotado la instancia del defensor del cliente de la entidad. Esto constituye un obstáculo que la legislación impone a los ciudadanos para que puedan presentar ese tipo de peticiones y además para que puedan acceder a las funciones administrativas que le corresponde ejercer a la Superintendencia.

Por lo anterior, encuentra la Corte que el requisito de procedibilidad contenido en la expresión "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" desconoce la naturaleza del derecho de petición y lo coarta de manera desproporcionada"*⁶².

La Corte declaró inexecutable el aparte del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que obligaba a las personas a acudir ante el Defensor del Cliente, como requisito adicional, para poder exponer su caso ante la superintendencia Bancaria. Establece esta Corporación, que no existe razón alguna para que se mantenga la obligación de acudir previamente ante el Defensor del Cliente, como requisito de procedibilidad para presentar una queja ante la Superintendencia, pues las finalidades que se persiguen de descongestionar esta entidad y promover la resolución pacífica de los conflictos derivados por el servicio prestado por las entidades financieras, no son motivos suficientes para limitar el ejercicio del Derecho de petición.

Así, se mantiene la norma según la cual el cliente o usuario puede presentar su reclamación al Defensor, pero no subsiste el requisito de procedibilidad, declarado inexecutable. Hoy en día, el ciudadano puede acudir paralelamente a las dos instancias u optar por comparecer inicialmente ante el defensor del cliente.

Una vez se profirió está sentencia, se mantuvo cierta preocupación por la posible pérdida de legitimidad en las actuaciones del Defensor del Cliente. Sí los clientes podían presentar sus quejas directa o paralelamente ante la Superintendencia y la Defensoría, lo más factible que podía ocurrir era que se prefiriera acudir ante la Superintendencia como órgano independiente de la entidad y representante del Gobierno, antes que ir ante el Defensor.

Esto generaría que la finalidad para la que fue creada la Defensoría del Cliente se perdiera, y su función de resolver con agilidad y dinamismo aquellos conflictos generados entre los clientes y la entidad por los servicios prestados por esta, no se desarrollara como debería.

Cuando comenzó a funcionar la Defensoría, como deber de todas las entidades, a partir del primero de junio de 2003, la Superintendencia remitía al Defensor todas aquellas quejas que a éste le correspondía

⁶² Ibid.

conocer, evaluar y resolver, porque hacían referencia a los posibles incumplimientos de las normas que regulaban los servicios prestados por las entidades.

Por ello, el número de quejas que debía resolver la Superintendencia disminuyó, en la medida en que muchos de los reclamos presentados debían ser resueltos directamente por el Defensor. Pero una vez promulgado el fallo de la Corte, el número de quejas que conoce y debe resolver la Superintendencia volvió a aumentar.

En cuanto al Defensor del Cliente, existen dos formas por medio de las cuales conoce las quejas; la primera, es cuando el cliente dirige la queja directamente a su despacho y la segunda, era cuando la Superintendencia las remitía porque consideraba que estaban dentro de su ámbito de competencia. Por el fallo de la Corte esta forma de conocimiento ha sufrido una variación.

Ahora el Defensor sólo conoce de aquellas quejas que el usuario del servicio presenta ante su oficina, y las enviadas por la Superintendencia cuando ésta considera que el asunto planteado no está dentro de su competencia por no tener trascendencia administrativa, en la medida en que se trata de cuestiones eminentemente internas de la entidad.

El número de quejas que el Defensor conocía al ser presentadas directamente ante su despacho por los clientes inconformes, se mantiene y sigue siendo alto. Lo que deja claro que las personas prefieren, en un gran porcentaje, presentar primero su reclamación ante la Defensoría, porque se ha logrado crear conciencia de las ventajas de la figura y de la agilidad con que se adelanta el trámite. Prueba de esto son las cifras que maneja la Defensoría del Cliente de Asobancaria:

Cuadro 1. Estado de reclamación de la Defensoría del Cliente de Asobancaria - 2003

| ESTADO DE RECLAMACIÓN | |
|------------------------------|-------------|
| 2003 | |
| A favor del cliente | 2155 |
| A favor de la entidad | 1772 |
| Incompetencia | 107 |
| Doble trámite | 43 |
| En trámite | 545 |
| TOTAL | 4622 |

Cuadro 2. Estado de reclamación de la Defensoría del Cliente de Asobancaria - 2004

| ESTADO DE RECLAMACIÓN | |
|------------------------------|-------------|
| 2004 | |
| A favor del cliente | 659 |
| A favor de la entidad | 578 |
| Incompetencia | 27 |
| Doble trámite | 34 |
| En trámite | 822 |
| TOTAL | 2120 |

* Datos suministrados por la Defensoría del Cliente de Asobancaria, julio 2004.

Como vemos, el numero de reclamos entre un año y otro no presenta una gran variación, es importante resaltar que en el 2004 son menores las cifras, porque sólo se encuentra el consolidado del primer semestre.

Un tema importante que se debe analizar es cuando la queja se presenta paralelamente ante la Defensoría y ante la entidad. En este caso, el Defensor conoce la queja y adelanta el trámite, pero cuando se entera de que la Superintendencia conoce paralelamente esta reclamación, entonces, se declara incompetente. Esto, bajo el sustento legal del artículo sexto, numeral segundo, literal e, del decreto 690 de 2003, que señala como excluidos de la competencia del Defensor del Cliente, aquellos asuntos que se refieren a cuestiones que se encuentran en trámite o han sido resueltas en vía judicial, arbitral o administrativa.

Volviendo al procedimiento que debe adelantarse para presentar una reclamación ante la Defensoría del Cliente, el decreto 690 de 2003 establece:

- a. El interesado iniciará su reclamación con la formulación de su queja ante el Defensor del Cliente, mediante documento que consigne sus datos personales, nombre, identificación, domicilio, la descripción de los hechos y los derechos que considere vulnerados. La queja podrá ser presentada a través de:
 - Presentación personal en las oficinas de la Defensoría.
 - Presentación personal en las oficinas o dependencias de la entidad.
 - Por correo ordinario enviado a las oficinas o dependencias de la entidad o de la Defensoría.
 - Por fax enviado al número señalado para estos efectos.

- Por mensaje de datos enviado a la dirección electrónica del defensor, o diligenciado a través de la página web de la entidad.
- b. En el evento en que el Defensor del Cliente advierta, en su criterio, que la queja interpuesta corresponde a aquellas en interés general o colectivo, deberá dar traslado de la misma a la Superintendencia Bancaria para su trámite.
- c. Una vez recibida la queja, el Defensor del Cliente decidirá si el asunto que se le somete es de su competencia o no. El análisis de admisibilidad de la queja estará compuesto por la revisión de la totalidad de los requisitos formales (datos personales del cliente, descripción de los hechos y derechos que se consideren vulnerados) y por la verificación de competencia para adelantar el trámite.

Si el Defensor estimase que no es competente, negará su admisión, comunicando su decisión a la entidad involucrada y al cliente, dentro del término de cinco días hábiles contados desde el día siguiente en que sea recibida la queja en su oficina o en las agencias o sucursales de la entidad, o en el momento en que ingrese el mensaje de datos en el sistema de información designado para el efecto.

Inadmitida una queja, el cliente o usuario podrá dirigirse a las autoridades administrativas o judiciales que considere competentes, y esta no podrá ser presentada de nuevo ante el Defensor, mientras se mantengan las condiciones que dieron lugar al rechazo.

- d. Si el Defensor entendiese que para la admisión de la queja necesita conocer datos que debe facilitarle la entidad involucrada o el cliente o usuario, procederá a comunicarles a fin de que alleguen la información que le permita determinar sobre su admisión. En este evento, la entidad o el cliente o usuario deberán dar respuesta dentro de un término de quince días hábiles, contados desde el día siguiente en que se les remita la solicitud de información y una vez recibida la contestación, el Defensor del Cliente deberá resolver sobre la admisión dentro del término de cinco días hábiles, contados desde el día siguiente en que reciba la respuesta.
- e. Se entenderá que la queja ha sido desistida si el cliente o usuario no aporta la información requerida por el Defensor del Cliente dentro del término mencionado en el numeral anterior. Ello, sin perjuicio que posteriormente pueda tramitar su queja con la información completa.

- f. Admitida la queja el Defensor dará traslado de ella a la respectiva entidad, a fin de que allegue la información y presente los argumentos en que fundamenta su posición. En este evento, la entidad deberá dar respuesta completa dentro de un término de quince días hábiles, contados desde el día siguiente al que se le remita la solicitud de información, término que se ampliará hasta por otros cinco días hábiles, en caso de requerirse información de terceros ajenos a la entidad vigilada.
- g. Si después de iniciado el trámite de la queja el Defensor tuviese conocimiento de la ocurrencia, previa a la presentación de la queja, de alguna de las circunstancias excluidas de su competencia, o que una vez efectuada dicha presentación hubiese sobrevenido cualquiera de las circunstancias aludidas, el Defensor dará por terminada su actuación, comunicando su decisión a la entidad vigilada y al cliente o usuario.
- h. El Defensor deberá estudiar la información aportada por las partes y tomará la decisión en un término que en ningún caso podrá ser superior a quince días hábiles, contados desde el día siguiente en que cuente con todos los documentos necesarios para resolver la queja.
- i. La decisión que profiera el defensor deberá ser motivada y comunicada tanto al cliente o usuario, como a la propia entidad vigilada.
- j. El trámite de la queja se suspenderá de inmediato en el supuesto en que el interesado opte por acudir a la vía judicial. Esta suspensión es de carácter definitivo y el Defensor no podrá conocer de nuevo el caso, porque los asuntos que se encuentran en trámite judicial, están excluidos de la competencia del Defensor del Cliente.
- k. El cliente o usuario podrá desistir de su queja en cualquier momento, así mismo la entidad vigilada podrá rectificar su situación con el cliente o usuario en cualquier momento anterior a la decisión por parte del defensor del cliente. En ambos supuestos, se pondrá tal situación en conocimiento del defensor del cliente.
- l. En el evento del numeral anterior, si la rectificación fuese a satisfacción expresa del reclamante o si se produce el desistimiento expreso del mismo, se procederá al archivo de la queja dando informe a ambas partes.

- m. La decisión que profiera el Defensor será motivada y comunicada tanto al cliente, como a la entidad.
- n. Si el cliente o usuario no está satisfecho con la decisión, podrá someter su queja ante la Superintendencia Bancaria.

El anterior procedimiento, se entiende sin perjuicio de las acciones judiciales que pueden presentar tanto clientes y usuarios como las mismas entidades vigiladas a efectos de resolver sus controversias contractuales y de aquellas quejas que en interés general o colectivo se presenten ante la Superintendencia Bancaria.

4.13.2 Decisión adoptada: contenido y efectos

4.13.2.1 Contenido de la decisión. El concepto del Defensor del Cliente sobre aquellos asuntos que ha conocido debe ser motivado, es decir, se deben exponer las razones y fundamentos que determinaron su decisión. Tal concepto debe estar fundamentado en los hechos y el Derecho y busca conseguir una solución equitativa para las partes, que mantenga la confianza mutua y la armonía en la relación.

El ordenamiento legal colombiano establece que la decisión debe consignar cuando menos:

- a. Identificación del Defensor del Cliente.
- b. Identificación de las partes y de la calidad en que actúan.
- c. Relación sucinta de los hechos objeto de la queja.
- d. los motivos que fundamentan su decisión, para los cuales deberá tener en cuenta las normas aplicables al caso, las estipulaciones contractuales, las costumbres comerciales y las prácticas bancarias.
- e. La advertencia de que su decisión no obliga a las partes, sin perjuicio de que éstas expresamente acuerden lo contrario y, que en caso de no aceptarla podrán ejercer las actuaciones administrativas y las acciones judiciales que consideren conducentes.

4.13.2.2 Efectos de la decisión. En la concepción original de la Defensoría, el Código de la Buena Práctica Financiera para con el Cliente de Asobancaria, establecía que la entidad estaba obligada a cumplir con el contenido de la resolución dictada por la Defensoría, siempre y cuando el cliente aceptara tal decisión. Durante el tiempo en que este Código fue la única reglamentación de la figura, las entidades adscritas a Asobancaria

aceptaron tal disposición y nunca se quejaron o protestaron por las decisiones adoptadas por el defensor.

Posteriormente, la ley 795 y el decreto 690 de 2003 consagraron la discrecionalidad de la decisión para la entidad, entonces su aceptación es voluntaria. La decisión adoptada por el Defensor del Cliente, NO obliga a las partes. A menos que sean aceptadas expresamente por estas, momento en el cual tendrá carácter vinculante.

Esta nueva regulación permite también, que las entidades puedan, en sus normas de buen gobierno o en sus reglamentos internos, establecer que las decisiones favorables al cliente que sean expresamente aceptadas por este, sean de obligatorio cumplimiento para la entidad. Pero esta posibilidad no fue acogida por las entidades, quienes prefirieron mantener la potestad de aceptar o no la decisión del Defensor.

Hoy en día, las decisiones del Defensor del Cliente son elementos de juicio para las entidades, no constituyen órdenes sino parámetros y criterios para actuar. El legislador no atribuyó ningún poder coercitivo a las soluciones propuestas por el Defensor.

Esta discrecionalidad para aceptar o no la decisión del Defensor ha generado una serie de inconvenientes en el desarrollo normal de su finalidad. Las entidades objetan más a menudo las resoluciones de la Defensoría y en muchos casos rechazan sus decisiones, aunque estén conforme a los hechos y al derecho, debido a las consecuencias que generaría adoptar tal decisión.

Frente a esta potestad de las entidades, consideramos que el legislador fue muy condescendiente. El hecho de negar la obligatoriedad de la decisión cuando estuviera a favor del cliente y éste la aceptara, ha causado que se desdibuje la función del Defensor, como protector y garante de los derechos de los clientes.

Proponemos que la decisión del Defensor del Cliente sea de obligatorio cumplimiento para la entidad, cuando esté a favor del cliente y éste acepte su contenido. Pero no puede ser una decisión ajena al derecho y a los hechos. Para que realmente cumpla con sus características esenciales de justicia, imparcialidad y veracidad, debe sustentarse en hechos ciertos y comprobables, en el marco legal colombiano y el reglamento de la entidad.

Al buscar que la decisión del Defensor, cuando es a favor del cliente, sea obligatoria para la entidad, surge una pregunta, ¿qué sucedería si al adoptar esta decisión se comete algún error?. Es importante señalar que el Defensor del Cliente debe ser una persona preparada y con un alto nivel de experiencia en el sector financiero, esto con el fin de evitar equívocos en la toma de sus decisiones. Pero si por algún motivo su respuesta ante una queja es abiertamente contraria al derecho y a los hechos, esta no puede obligar a la entidad, porque la finalidad al crear la Defensoría es proteger los derechos de los clientes, pero esto no puede llevarse a cabo en detrimento de los derechos e intereses de la entidad.

4.14 RÉGIMEN SANCIONATORIO

El incumplimiento de las obligaciones a cargo del Defensor del Cliente será sancionado por la Superintendencia Bancaria con la imposición de las sanciones a que se refiere el artículo 208, numeral 3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

El artículo 208, expone las reglas generales del régimen sancionatorio, este artículo fue modificado por la ley 795 de 2003, y establece los principios que deben orientar la facultad sancionatoria administrativa de la Superintendencia Bancaria. Estos principios son:

- a. **Principio de contradicción:** La Superintendencia Bancaria tendrá en cuenta los descargos que hagan las personas a quienes se les formuló pliego de cargos y la contradicción de las pruebas allegadas regular y oportunamente al proceso administrativo sancionatorio.
- b. **Principio de proporcionalidad:** mediante el cual la sanción deberá ser proporcional a la infracción.
- c. **Principio ejemplarizante de la sanción:** la sanción que se imponga debe persuadir a los demás directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales o funcionarios o empleados de la misma entidad vigilada en la que ocurrió la infracción y demás entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, de abstenerse de vulnerar la norma que dio origen a la sanción.
- d. **Principio de la revelación dirigida:** la Superintendencia Bancaria podrá determinar el momento en que se divulgará la información en los casos en los cuales la revelación de la sanción puede poner en riesgo la

solvencia o seguridad de las entidades vigiladas consideradas individualmente o en su conjunto.

Las sanciones que la superintendencia Bancaria puede imponer a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros funcionarios o empleados, entre ellos el Defensor del Cliente, de una institución sujeta a su vigilancia son:

a) Amonestación o llamado de atención;

b) Multa pecuniaria a favor del Tesoro Nacional. Cuando se trate de las sanciones administrativas personales, estas se imponen cuando los funcionarios o empleados de las instituciones incurren en ciertos eventos, como lo son:

- Incumplir los deberes o las obligaciones legales que les correspondan en desarrollo de sus funciones.
- Ejecutar actos que resulten violatorios de la ley, de las normas que expida el Gobierno Nacional de acuerdo con la Constitución y la ley en desarrollo de sus facultades de intervención, de los estatutos sociales o de cualquier norma legal a la que estos en ejercicio de sus funciones o la institución vigilada deban sujetarse.
- Incumplir las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en ejercicio de sus atribuciones, cuando dicho incumplimiento constituya infracción a la ley.
- Autorizar o no evitar debiendo hacerlo, actos que resulten violatorios de la ley, de los reglamentos expedidos por el Gobierno Nacional de acuerdo con la Constitución y la ley en desarrollo de sus facultades de intervención, de los estatutos sociales, o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones.

c) Suspensión o inhabilitación hasta por cinco (5) años para el ejercicio de aquellos cargos en entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria que requieran para su desempeño la posesión ante dicho organismo;

d) Remoción de los administradores, directores, representantes legales o de los revisores fiscales de las personas vigiladas por la Superintendencia Bancaria. Esta sanción se aplica sin perjuicio de las que establezcan normas especiales;

e) Clausura de las oficinas de representación de instituciones financieras y de reaseguros del exterior.

Las entidades también pueden ser sancionadas por la Superintendencia Bancaria, cuando no cumplan con los deberes y obligaciones que tienen con el Defensor. Se pueden sancionar por no designar al Defensor del Cliente, por no efectuar las apropiaciones necesarias para el suministro de los recursos humanos y técnicos que requiera para su adecuado desempeño o por no proveer la información que necesite el Defensor para el ejercicio de sus funciones.

4.15 VENTAJAS DEL DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO

En el tema de la defensa de los derechos de los usuarios del sector financiero, la experiencia demuestra que contar con un Defensor del Cliente, independiente e imparcial en la resolución de conflictos, ha generado una serie de beneficios, no sólo para los usuarios, sino también para la Entidad.

En primer lugar, la labor desempeñada por el Defensor del Cliente en la resolución de quejas, hace de éste trámite un proceso dinámico, donde el cliente tiene la garantía de que la solución será presentada en el corto plazo, señalado por la ley para ello. Además, el poner en conocimiento la reclamación ante el Defensor, no implica para el cliente ningún gasto, debido a que el servicio se presta sin costo alguno.

En segundo término, la Defensoría es el espacio diseñado para que los conflictos que surjan entre las entidades y sus clientes, se diriman dentro de parámetros de armonía y justicia, ya que lo que realmente se busca es un arreglo amistoso. Además, el hecho de que el Defensor sea una figura independiente, garantiza a quien reclama un trato justo e imparcial durante el trámite de su queja.

En cuanto a la entidad, la Defensoría ha permitido que se genere un ambiente de confianza en su clientela, sus relaciones se han fortalecido y la imagen que actualmente proyecta, demuestra un especial interés en proteger los derechos de sus clientes.

Otra de las ventajas de contar con un Defensor del Cliente, es que su experiencia ha contribuido a que las entidades diseñen una serie de medidas y políticas, encaminadas a mejorar la calidad del servicio prestado y la atención al cliente.

Como vemos, el Defensor de Cliente Financiero, es una figura que realmente genera una serie de beneficios para el sector, desde sus orígenes se ha trabajado incansablemente para mejorar las relaciones entre los clientes y las entidades, y así lograr que la confianza existente entre estos aumente. Podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que realmente es un mecanismo eficaz en la protección de los derechos de los usuarios.

5. DERECHO COMPARADO

Una vez identificadas las principales características del Defensor del Cliente Financiero en nuestro país y el tratamiento legal y jurisprudencial que se le ha dado, es muy importante analizar el desarrollo que ha tenido esta figura a la luz de otros ordenamientos legales.

Esto, para reconocer cuales son las principales semejanzas y diferencias y poder así, hacer algunas propuestas con base en la experiencia de otros países, que podrían hacer más efectiva la labor del Defensor del Cliente Financiero en Colombia.

5.1 DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO EN ESPAÑA

En España, las tres principales causas que dieron lugar a la creación del Defensor del Cliente Financiero son⁶³:

- a. Salvaguardar la confianza de la clientela.
- b. El especial interés de la banca en profundizar en la calidad del servicio.
- c. La innegable conveniencia. La existencia de este mecanismo de resolución de conflictos, ahorra tanto para la entidad, como para el cliente tiempo y dinero en procesos administrativos o judiciales.

En este país, la Defensoría del Cliente existe desde 1987, cuando la orden del Ministerio de Economía y Hacienda, del 3 de marzo de este año, modificada por la orden del 12 de diciembre de 1989, de conformidad con lo previsto en el artículo 48.20 de la ley 26 de 1988, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, establece la regulación aplicable en materia de buenas prácticas y usos bancarios, y extiende el ámbito de competencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España a las que pudieran formular los clientes de todas las entidades de crédito sobre las actuaciones de las mismas.

Estas órdenes, hacen que se expida la Circular Número 8 de 1990 del Banco de España, donde se introduce como novedad al trámite de las reclamaciones, su previa formulación ante el Defensor del Cliente u

⁶³ GÓMEZ DÉGANO, José Luis. El Defensor del Cliente de los Bancos y Entidades de Crédito en España. Bogotá: Ponencia presentada en el seminario Defensor del Cliente Financiero, 1996.

órgano equivalente de la entidad de crédito, cuya general implantación se estima de gran interés.

El establecimiento de este nuevo trámite, señala la Circular, encuentra su justificación, de un lado, en la propia experiencia del Servicio de Reclamaciones, la cual ha puesto de manifiesto un elevado número de allanamientos de las entidades ante las pretensiones de los reclamantes, y de otro, en la estimable proporción de reclamaciones resueltas a satisfacción de los clientes, por los defensores del cliente que ya vienen operando en algunas entidades. En definitiva, se tiende con ello a agilizar la resolución de numerosas reclamaciones que con gran probabilidad serán atendidas sin necesidad de una ulterior y más compleja actuación administrativa, que en cualquier caso resultará beneficiada por este trámite previo, al recibir la reclamación más documentada.⁶⁴

5.1.1 Funciones de la defensoría. En primer lugar, la labor del Defensor del Cliente está orientada a conocer y resolver las reclamaciones y cuestionamientos de los clientes, en relación con los servicios prestados por las entidades. Pero sus funciones no se agotan con esto, el Defensor debe también, asesorar a las entidades, formulando propuestas y recomendaciones útiles para mejorar las relaciones entre las entidades y sus clientes. Los demás deberes y obligaciones de la Defensoría, se encuentran consagrados en los reglamentos internos de cada entidad.

5.1.2 Reclamaciones. Los clientes pueden dirigirse al Defensor, cuando consideren que han sufrido por parte de la entidad un trato injusto o incorrecto. Las quejas deben presentarse mediante un documento, a través de presentación personal, correo electrónico o fax, donde conste los datos que identifican al reclamante, la dirección a la que debe dirigirse la respuesta y una descripción de los hechos que la motivan. La tramitación de cualquier asunto es gratuita y puede hacerla cualquier cliente de la entidad.

Una vez admitida la queja, el Defensor realiza una audiencia, donde escucha los argumentos y contrargumentos de las partes, es en ésta

⁶⁴ Banco de España, Circular 8 del 7 de septiembre de 1990, dirigida a entidades de crédito, sobre la transparencia de las operaciones y la protección a la clientela.

audiencia donde se centra la actuación del Defensor, quien puede solicitar a la entidad o al cliente pruebas y datos que considere necesarios para resolver el caso.

Una vez realizada la audiencia y dentro de un plazo razonable, el Defensor debe dictar una resolución motivada, sustentada en las leyes aplicables al caso y las buenas prácticas bancarias.

El fallo del Defensor, es obligatorio para la entidad, pero discrecional para el cliente. "Los efectos de esta resolución son dispares para el cliente y para la entidad, según se ha indicado, ya que mientras aquél no está obligado a aceptar la decisión del defensor, queda en libertad para ejercer las actuaciones administrativas o las acciones judiciales que estime oportunas, la entidad resulta obligada a pasar por ella siempre que lo haga el cliente"⁶⁵.

5.1.3 Diferencias y semejanzas con Colombia. Con relación a la Defensoría del Cliente Financiero en España, se presentan dos grandes diferencias. La primera, se refiere a la audiencia que se celebra en España, donde el Defensor escucha los alegatos de cada una de las partes en el conflicto y se presentan las pruebas encaminadas a obtener pleno convencimiento del Defensor, para que resuelva. En Colombia esta audiencia no se lleva a cabo, si hacen falta datos para comprobar la veracidad de los hechos, estos son solicitados por el Defensor y se presentan por escrito.

En cuanto a la segunda diferencia, se refiere a la obligatoriedad de la decisión adoptada por el Defensor. En España al igual que en la mayoría de países, la decisión es obligatoria para la entidad cuando es aceptada por el cliente. Por el contrario, en nuestro país la decisión no obliga ni a la entidad, ni al cliente, y esto ha generado que se pierda cierta legitimidad de la figura.

5.2 DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO DE CANADÁ

Desde el año de 1996, se constituyó la Defensoría del Cliente Bancario en Canadá, su principal función es mejorar las relaciones existentes entre el usuario y el banco; esto, enmarcado dentro de un ámbito ético, donde las políticas diseñadas estén dirigidas a la protección de los derechos de los

⁶⁵ GÓMEZ DÉGANO, José Luis. Op cit.

clientes. Hoy en día las entidades bancarias son más concientes de la necesidad de perfeccionar el servicio y atender mejor a sus clientes.

Las autoridades bancarias canadienses reconocen la especial trascendencia que representa para el sector bancario, el contar con un Defensor del Cliente, aun cuando el sector goza de estabilidad y confianza, "Aunque Canadá cuenta con un sistema bancario muy eficiente, conformado por instituciones sólidas y con gran capacidad para ofrecer productos y servicios de calidad, no se encuentra exento de cometer errores e injusticias con sus clientes, por lo que siempre resulta importante contar con la presencia de un Ombudsman" ⁶⁶.

5.2.1 Características del Ombudsman financiero en Canadá. El Ombudsman Financiero canadiense es una institución independiente, que se rige por un Consejo Directivo, integrado por cinco funcionarios bancarios y seis miembros que no pertenecen a ninguna institución financiera, esto con el fin de garantizar realmente su imparcialidad.

El esquema del Ombudsman canadiense, tiene como nota característica, la de incentivar a los bancos para que resuelvan sus propios problemas con los clientes, por esto, todas las instituciones bancarias tienen su propio Defensor interno, quien se encarga de tramitar cualquier reclamación como requisito de procedibilidad, para poder presentarla posteriormente ante el Ombudsman Bancario.

Otra novedad del Defensor del Cliente Bancario en Canadá, es la posibilidad que tiene éste de recomendar el pago de una compensación al cliente, por concepto de los daños que se le han ocasionado. Esta regla, ha tenido un impacto positivo, ya que constituye un punto de presión para las entidades del sector.

5.2.2 Reclamación. Para que el asunto pueda ser conocido por el Ombudsman Bancario, es necesario, primero, que el cliente haya agotado todas las instancias procedentes ante su propia institución bancaria; si el banco no resuelve tal reclamación, el cliente puede acudir ante el Ombudsman para solicitar sus servicios.

⁶⁶ LAUBER, Michael. El Ombudsman Financiero y los Consumidores de Servicios Financieros. Ponencia presentada en el Primer Seminario Internacional de Ombudsman Financieros del Mundo, Mérida, 2000.

Las características principales del esquema son⁶⁷:

- Informalidad en el proceso.
- Una gran labor de investigación.
- Los clientes no requieren de un abogado o de otro tipo de asesor.
- No tiene costo para el cliente.
- El proceso no puede ocasionar ningún perjuicio al cliente.
- Las partes preservan sus derechos en todos los casos.

El Defensor del Cliente Bancario, no sólo atiende las reclamaciones que el usuario pueda tener en contra del banco, sino también las relacionadas con sus subsidiarias. Esta reclamación debe presentarse dentro de los 180 días posteriores al hecho que genera el reclamo.

En cuanto a la resolución del Defensor, ésta debe presentarse al cliente por escrito y debe estar correctamente motivada. La decisión del Defensor, en ningún caso obliga a las partes, pero el Defensor está facultado para publicar el nombre de cualquiera de los bancos que no acate sus resoluciones, así como el número de quejas que existen en contra de cada institución.

Si el usuario no está de acuerdo con la decisión, porque no satisface sus intereses, tiene la opción de entablar un proceso judicial.

5.2.3 Semejanzas y diferencias con Colombia. La Defensoría del Cliente Bancario en Canadá tiene una serie de características novedosas, que la diferencian del resto de Defensorías Financieras. Lo primero, es la participación en el Consejo que la Administra de particulares ajenos a las entidades bancarias, con el fin de garantizar su independencia e imparcialidad. En Colombia, el Defensor es nombrado por la misma entidad, pero la ley ha diseñado otra serie de instrumentos encaminados a garantizar la independencia del Defensor.

Otra nota característica del Defensor del Cliente Bancario en Canadá es la facultad que tiene para recomendar una compensación apropiada para

⁶⁷ Ibid.

el cliente; en Colombia, por el contrario, el Defensor no puede establecer perjuicio o sanción alguna para la entidad.

Por último, ni en Colombia ni en Canadá la decisión adoptada por el Defensor obliga a las partes, pero en Canadá se han diseñado ciertas medidas coercitivas, que buscan dotar de fuerza moral a la decisión.

5.3 DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO EN PERÚ

La Asociación de Bancos del Perú ASBANC, es el gremio responsable de proponer iniciativas encaminadas a mejorar el desarrollo de la actividad financiera en el Perú. Dentro de esta labor, busca fomentar la confianza de los clientes en el sistema financiero y la prestación de un mejor servicio.

Bajo ésta finalidad, implementó en el año 2002 la institución del Defensor del Cliente Financiero, como una instancia independiente de resolución de conflictos, que permite que las relaciones entre los clientes y las entidades prestadoras del servicios financieros, se desarrollen en un marco de buena fe, equidad y confianza recíproca.

El Defensor del Cliente Financiero en el Perú tiene como función, tutelar y proteger los derechos e intereses de los clientes de las entidades financieras derivados de sus relaciones con los mismos.

5.3.1 Misión y funciones de la defensoría. La misión del Defensor Financiero es resolver y prevenir de manera ágil, técnica e imparcial los conflictos que se pueden suscitar entre los clientes y las entidades financieras en el desarrollo de sus relaciones.

En cuanto a su función, el Reglamento del Defensor del Cliente Financiero, establece en el artículo sexto, como su principal tarea, la tutela y protección de los derechos e intereses de los clientes de las Entidades Financieras derivados de sus relaciones con los mismos.

En cumplimiento de esta función, le corresponde al Defensor:

- a. Conocer, estudiar y resolver los reclamos que los clientes le planteen en relación con las operaciones, contratos o servicios bancarios y, en general, con todas las relaciones entre las Entidades Financieras y sus clientes, que a juicio de éstos, hubiesen recibido un tratamiento que ellos estimen negligente o injusto.

- b. Conocer, estudiar y resolver las cuestiones que las propias Entidades Financieras le sometan respecto a sus relaciones con sus clientes cuando las mismas Entidades Financieras lo consideren oportuno.
- c. Intervenir como mediador entre clientes y Entidades Financieras con el objeto de llegar a un arreglo amistoso.
- d. Presentar, formular y realizar ante las Entidades Financieras informes, recomendaciones y propuestas en todos aquellos aspectos que sean de su competencia y que, a su juicio, puedan favorecer las buenas relaciones y muestras de confianza que deben existir entre las Entidades Financieras y sus clientes.

En cuanto al nombramiento del Defensor, este mismo reglamento establece que la entidad designará por unanimidad al Defensor, y el cargo deberá ser ocupado por una persona de notorio prestigio e independencia, con reconocida solvencia moral y credibilidad, con formación técnica adecuada y reconocida competencia en el ejercicio de sus actividades profesionales.

El tiempo de duración del cargo será de tres años, y podrá ser reelegido por periodos iguales de tiempo cuantas veces lo consideren oportuno las Entidades

5.3.2 Reclamaciones. En primer lugar el cliente debe presentar su reclamo ante la entidad financiera, para que sea ella misma la que en primera instancia trate de darle solución al problema. Si ésta solución no satisface al cliente, o si pasados 30 días después que se presentó ante la entidad, no ha sido atendida, el cliente puede presentar por escrito su queja ante el Defensor del Cliente Financiero.

Una vez analizado el caso, el Defensor presenta al cliente una posible solución al conflicto. El cliente puede decidir si acepta la resolución del Defensor, a través de comunicación escrita, y si acepta, la entidad está obligada a acatar la decisión de la Defensoría, y se da fin de manera definitiva al reclamo.

Si por el contrario el cliente no está de acuerdo con la respuesta otorgada por el Defensor, ésta no surtirá efectos y podrá recurrir a otras instancias administrativas como la Superintendencia de Banca y Seguros del Perú.

En cuanto al procedimiento mediante el cual se tramita la reclamación al interior de la Defensoría, el reglamento de la figura, señala⁶⁸:

- a. El reclamo deberá ser presentado o enviado por el titular, por escrito, a la oficina del Defensor del Cliente Financiero.
- b. La presentación y tramitación de reclamos ante el Defensor son totalmente gratuitas.
- c. El Defensor del Cliente podrá, antes de dictar su resolución, hacer las gestiones necesarias y hacer las propuestas oportunas a las partes, encaminadas a conseguir un arreglo amistoso.
- d. La defensoría podrá solicitar a las partes la información que considere necesaria para emitir una mejor resolución, señalando el plazo que se concede para atender la solicitud.
- e. Una vez emitida la resolución, el cliente tendrá quince días calendario para aceptar por escrito su contenido. De ser aceptada, la resolución se vuelve obligatoria para la entidad financiera, sin posibilidad de interponer contra ella impugnación alguna.
- f. Cuando corresponda, se indicará en la resolución el plazo del que dispondrá la entidad financiera para dar cumplimiento a la misma. Este plazo no podrá exceder los tres meses, salvo que excepcionalmente dadas las circunstancias del caso, la resolución establezca un plazo mayor.
- g. El plazo para emitir pronunciamiento final sobre un reclamo debe ser el más breve posible, no pudiendo exceder los dos meses. Excepcionalmente, por la complejidad del caso y por única vez, éste podrá extenderse hasta por igual periodo.

5.3.3 Diferencias y semejanzas con Colombia. En Perú, al igual que en nuestro país, el Defensor del Cliente surge dentro de un esquema de autorregulación, son las mismas entidades quienes al analizar el tema de los derechos de los usuarios y la confianza en el sector financiero, deciden implementar esta figura.

En el Perú, el Estado no ha entrado a legislar sobre esta figura, ni ha ordenado a las Entidades del sector contar con un Defensor; por el contrario, en nuestro país el Congreso ordenó implementar la Defensoría como una obligación de las entidades a través de la ley 795 de 2003, debido a la especial importancia que para el sector revestía la Defensoría.

⁶⁸ <http://www.asbanc.com.pe/DefensorDelClinteFinanciero/Defensor.htm>

La duración del cargo en Perú es de tres años, mientras que en Colombia, es de dos años, aunque en los dos países la reelección es permitida, sin límites al número de oportunidades en que se lleve a cabo.

En cuanto al procedimiento, encontramos dos diferencias marcadas. En primer lugar, como en el Perú el Defensor funciona como una instancia dentro de la Asociación Gremial y no como un ente de la entidad, se exige como requisito de procedibilidad, para que conozca el Defensor de la reclamación, que el cliente agote todas las instancias dentro de la entidad; en cambio en nuestro país la Defensoría sí funciona al interior de cada entidad.

La segunda diferencia en cuanto al procedimiento, hace referencia al término señalado para que el Defensor resuelva la reclamación; en Colombia, la decisión deberá ser adoptada por el Defensor dentro de un término de quince días, contados desde el día en que cuente con los documentos necesarios para resolver la queja. En Perú, el Defensor está obligado a resolver el conflicto dentro de dos meses contados a partir del día en que el asunto entró a su oficina, este término podrá ser ampliado por un período similar. Término que consideramos demasiado extenso, si recordamos que una de las principales finalidades de la defensoría es dotar al sector financiero de agilidad y dinamismo en la resolución de los conflictos que surjan en su interior.

Otra marcada diferencia de esta figura, en uno y otro país, hace referencia a los efectos de la resolución del Defensor; en Colombia tal decisión es discrecional tanto para la entidad como para el cliente. Por el contrario, en Perú, la decisión adoptada por el Defensor, es de obligatorio cumplimiento para la entidad, siempre y cuando el cliente este de acuerdo con su contenido.

5.4 DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO EN EL REINO UNIDO

El Defensor del Cliente Financiero en el Reino Unido, se origina principalmente en el sector asegurador; hace aproximadamente veinticinco años, las compañías de seguros, reconocieron la importancia de brindar a sus clientes un mejor servicio y atención, por lo que decidieron crear un adjudicador independiente al que denominaron Ombudsman, éste tenía cinco características esenciales:

- a. Su competencia se limitaba a aquellos asuntos en relación a los que el cliente hubiera agotado todas las instancias posibles de aclaración con la propia aseguradora.
- b. El servicio se brindaba de forma gratuita para el cliente, no así para la aseguradora.
- c. El control sobre el Ombudsman y sobre el esquema en general se delegaba en un organismo independiente.
- d. Las aseguradoras que formaban parte del esquema debían acatar las resoluciones del Ombudsman, en tanto que el cliente dejaba a salvo sus derechos en caso de que la resolución no le favoreciera.
- e. El Ombudsman no sólo estaba facultado para emitir una decisión con base en la ley y en los términos del contrato, también podía basarse en los criterios de justicia y equidad derivados de las circunstancias particulares de cada caso⁶⁹.

Después de cierto tiempo, esta novedosa idea del sector asegurador, se fue difundiendo hacia el sector bancario. A partir del año 1986 entró en funcionamiento la Defensoría del Cliente Financiero en Inglaterra, desde entonces su aceptación dentro de los usuarios de sector bancario ha ido aumentando, debido a los altos beneficios que representa.

Después de un tiempo de funcionamiento por separado, de los diferentes esquemas financieros del Ombudsman, se integraron bajo una sola institución:

“Antes existía la figura del Ombudsman para diversos sectores. Sin embargo, en el año 2000 se llevó a cabo ciertas reformas en el sistema financiero del Reino Unido tendientes a concentrar la supervisión de todas las actividades que conforman el sector (banca, valores, seguros, fondos de retiro, etc.) en una sola autoridad, Financial Services Authority, que se encarga de supervisar la operación de todas las entidades financieras autorizadas, respetando en todos los casos sus particularidades inherentes” ⁷⁰.

⁶⁹ MERRICKS, Walter. Desarrollo del Ombudsman Financiero en el Reino Unido. Ponencia presentada en el Primer Seminario Internacional de Ombudsman Financieros del Mundo. Mérida, 2000.

⁷⁰ CARRERA, Marco. El Ombudsman Financiero en el Mundo. http://www.condusef.gob.mx/investigacion/ci3_ombudsman.htm

5.4.1 Reclamaciones. Antes de acudir a la Defensoría, el cliente debe primero buscar la forma de resolver su problema con el banco, si no logran llegar a un acuerdo con éste puede entonces acudir ante el Ombudsman, quien tiene la facultad para investigar sobre la reclamación y emitir una recomendación.

La queja debe presentarse por escrito y tiene que estar acompañada de los documentos que la sustentan. El Defensor está llamado a buscar una solución favorable y satisfactoria para las partes; después de la correspondiente investigación, emite una resolución preliminar, que puede ser aceptada o rechazada por las partes. Si es rechazada, se puede pedir que se revise, y la respuesta tiene carácter de decisión final.

El servicio prestado por el Defensor del Cliente, es totalmente gratuito y las decisiones adoptadas son obligatorias para el banco y discrecionales para el cliente.

5.4.2 Diferencias y semejanzas con Colombia. La finalidad del Defensor del Cliente en el Reino Unido y en Colombia es la misma, proteger los derechos de los usuarios y aumentar la confianza del cliente en su banco.

Las diferencias son más notorias en el procedimiento que se adelanta para tramitar una queja. En el Reino Unido se puede pedir una revisión de la decisión, en Colombia si no se está de acuerdo con la decisión no se pide revisión, simplemente se acude a otras instancias de tipo administrativo o jurisdiccional, para que se analice el caso.

En el Reino Unido al igual que en la mayoría de países que hemos analizado, la decisión adoptada por el Defensor es obligatoria para la entidad, cuando el cliente decide aceptarla. En nuestro País, la decisión no obliga al cliente, ni a la entidad, ni siquiera en aquellos casos en los que el cliente acepta su contenido.

6. CONCLUSIONES

En Colombia la dirección general de la economía está a cargo del Estado, quien en cumplimiento de lo consagrado en nuestra Carta Política, debe diseñar políticas efectivas encaminadas a lograr el desarrollo sostenible de la Nación y el bienestar de todos los colombianos.

Dentro de los principales objetivos de la intervención del Estado en la economía, se encuentra la necesidad de protección de aquellos agentes económicos, que por su posición en el mercado, pueden verse vulnerados en sus derechos y libertades.

El sector financiero, por su importante papel en la economía del país, no es ajeno a la intervención gubernamental. El Estado interviene para proteger al usuario y vigilar que las relaciones contractuales entre las instituciones financieras y sus clientes, se desarrollen en condiciones adecuadas de transparencia y seguridad.

Las reglas relativas a la competencia y a la protección del consumidor, dentro del sector financiero del país, buscan garantizar la sana competencia. El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, prohíbe las prácticas comerciales restrictivas, la competencia desleal y el abuso de la posición dominante; además, exige veracidad en la promoción y publicidad de los servicios ofrecidos por las instituciones financieras.

Dentro del esquema legal financiero, diseñado para proteger al usuario, surge el Defensor del Cliente Financiero, como resultado de políticas orientadas a mejorar las relaciones existentes entre las entidades y sus clientes, salvaguardar la confianza de los clientes en las instituciones del sector y perfeccionar la calidad del servicio.

Son dos las principales funciones del Defensor del Cliente Financiero. Por un lado, es el canal de comunicación entre los clientes y la entidad financiera, su trabajo como vocero, consiste en proponer recomendaciones que mejoren las relaciones contractuales existentes y la calidad en el servicio. En cuanto a su labor en la resolución de quejas, el Defensor debe conocer y resolver las reclamaciones que presenten los clientes cuando consideren que sus derechos han sido vulnerados o han recibido un trato injusto.

La Defensoría del Cliente Financiero ha generado una serie de ventajas para el sector, entre las que cabe resaltar: la agilidad y dinamismo en el trámite de resolución de quejas y la creación de un ambiente de confianza entre el cliente y la entidad.

Es arduo el trabajo encaminado a construir espacios de confianza y armonía entre los clientes y las entidades financieras, los mecanismos existen, pero ahora es importante que el cliente los reconozca como medios e instrumentos útiles en la protección de sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo. Derecho de la Competencia. Bogotá: Ed. Legis, 1998.

Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC). Volumen I. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 1997.

Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC). Volumen II. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 1998.

Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC). Volumen III. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 1999.

Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC). Volumen IV. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 2000.

Código de la Buena práctica Financiera para con el Cliente. Asobancaria. Capítulo VII.

Constitución Política de Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional. Sentencia C- 1150 del 2 de diciembre de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia C-074 del 25 de febrero de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia C-398 del 7 de septiembre de 1995. M.P. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997. M.P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997. M.P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-560 del 6 de diciembre de 1994. M.P. Doctor José Gregorio Hernández Galindo.

Decreto – Ley 196 de 1971.

Decreto 1071 de 1999.

Decreto 2153 de 1992.

Decreto 690 de 2003.

Estatuto del Consumidor. Decreto 3466 de 1982.

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Decreto 663 de 1993.

Estatutos Asobancaria.

Exposición de Motivos de la Ley de Intervención Económica presentada ante el Honorable Congreso de República, por el Doctor Juan Camilo Restrepo, Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Doctor Jaime Alberto Cabal, Ministro de Desarrollo Económico y Social. Gaceta del Congreso Número 390 , octubre 29 de 1999.

FAIREN GUILLÉN, Víctor. El defensor del pueblo, Ombudsman. Tomo uno, parte general. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

Génesis y Desarrollo de Asobancaria de Colombia. Revista Bancaria Nacional No. 276. septiembre de 1991.

IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. Revista Universitas 94. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 1998.

JAECKEL K., Jorge. Apuntes Sobre Competencia Desleal. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Bogotá: CEDEC Vol. II, 1998.

LASTRA FUSCALDO, Javier. Consideraciones Generales Sobre la Inspección, Vigilancia y Control de Servicios de Telecomunicaciones en Convergencia y la Adopción de la Figura del Defensor del Usuario. www.superservicios.gov.co/telecom/convergencia_servicios_domiciliarios.doc

Ley 155 de 1959.

Ley 178 de 1994.

Ley 256 de 1996.

Ley 333 de 1996.

Ley 35 de 1993.

Ley 45 de 1990.

Ley 488 de 1998.

Ley 550 de 1999.

Ley 795 de 2003.

LÓPEZ CAMARGO, Javier. Constitución económica, mercado y derecho del consumo. Revista CONTEXTO. Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Económico No. 10. Mayo 2001.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El Régimen General de la Libre Competencia. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC Vol. III, 1999.

NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá: Editorial Temis, 1997.

NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. Libertad de Competencia y Reforma Financiera. Revista de Derecho Económico, Asociación de Derecho Económico, año VII número 16, 1992.

Nueva Enciclopedia Larousse. Primera edición. Tomo tercero. Editorial Planeta.

OVIEDO SOTO, Tarcisio. El Ombudsman como organismo de control de la administración. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. No. 196 . Julio – Diciembre 1994.

OVIEDO SOTO, Tarcisio. El Ombudsman en Europa y América. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. No. 197. Enero – Junio, 1995.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 1997.

Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley “Por el Cual se Ajustan Algunas Normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se Dictan otras Disposiciones”. Gaceta del Congreso No. 171, viernes 17 de mayo de 2002. Bogotá D.C.

Semana Económica No. 411. ASOBANCARIA. 20 de Junio de 2003.

SERNA JARAMILLO, Carlos Mario. El papel del Sector Financiero Colombiano Frente a la Protección de los Derechos de los Usuarios. Bogotá: Ponencia, Seminario Defensor del Cliente Financiero, 1996.

Superintendencia Bancaria. Circular externa 007 de 1996, que fue complementada por la Circular externa 007 de 1998. Capítulo sexto del título I, denominado “Reglas Relativas a la Competencia y Protección al Consumidor”.

Superintendencia Bancaria. Circular externa 007 de 1998.

Superintendencia Bancaria. Circular Externa 016 de 2003, que adiciona el numeral 5º. del Capítulo Sexto del Título I de la Circular 007 de 1996.

Superintendencia Bancaria. Concepto No. 2001034003-1, agosto 13 de 2001.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, radicación No. 2001-0364, M.P. Dra. Ligia Olaya de Díaz.

VALDEZ SÁNCHEZ, Roberto. La Transacción: Solución Alternativa de Conflictos. Legis, 1997.

VELILLA MORENO, Marco Antonio. Introducción al Derecho de los Negocios. Bibliotheca Millennium, Colección Derecho Económico y de los Negocios, 2001.

www.asbanc.com.pe/DefensorDelClinteFinanciero/Defensor.htm

www.asobancaria.com
www.bancosol.com.bo/images/editorial_finrural.PDF
www.condusef.gob.mx/
www.dian.gov.co/defensor.html
www.elcronistaregional.com/opinion/2004/08/20/2760
www.el-nacional.com/defensora/resena.asp
www.iepala.es/DDHH/ddhh148.htm
www.iombudsman.org.nz/
www.lasasesorias.com/es/publica/tributaria/defensorcontribuyente.html
www.ombudsman-insurance.ie/
www.saladeprensa.org/art432.htm
www.superbacanria.gov.co
www.transparency.org/tilac/biblioteca/consultas/dnld/capitulo10.pdf