

F1
103

DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO



ASOCIACION BANCARIA
Y DE ENTIDADES FINANCIERAS
DE COLOMBIA

Instituto de Planeación y vivienda
Centro de Documentación

ABRIL 30 DE 1996

Defensor del cliente Financiero –Ombudsman–

Julio de 1996

**ASOCIACION BANCARIA
Y DE ENTIDADES FINANCIERAS
DE COLOMBIA, ASOBANCARIA**

Presidente

César González Muñoz

Vicepresidente

Carlos Mario Serna Jaramillo

***Gerente de Riesgo
y Operación Bancaria***

Ricardo Nieto Molano

Gerente de Información

María Constanza Mejía Meneses

Coordinadora de Publicaciones

María Alejandra Guerrero

Venta al público: \$18.000

© Asobancaria

Edición

Asociación Bancaria y de Entidades
Financieras de Colombia, Asobancaria

Cra. 9ª N° 74-08 Piso 9ª Tel. 211 4811 Ext. 440
Fax: 211 9915 - 217 5594

Diseño e impresión

Artes Gráficas Asobancaria

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro
ni su transmisión en ninguna forma o por cualquier medio,
ya sea electrónico, por fotocopia, por registro u otros medios,
sin el permiso previo y por escrito del editor.

CONTENIDO

PRÓLOGO	7
El defensor del cliente de los bancos y entidades de crédito en España <i>José Luis Gómez-Dégano</i>	9
Defensor del cliente sector financiero alemán <i>Leo Parsch</i>	33
La protección al inversionista en la Bolsa de Bogotá <i>Rafael Acosta Chacón</i>	41
La Superintendencia Bancaria y la protección del cliente de servicios financieros <i>Miguel Antonio Arango</i>	53
El papel del sector financiero colombiano frente a la protección de los derechos de los usuarios <i>Carlos Mario Serna Jaramillo</i>	57

PRÓLOGO

El presente libro constituye el compendio de las conferencias dictadas durante el seminario Defensor del Cliente Financiero, realizado en Santafé de Bogotá el día 30 de abril de 1996.

La compilación busca difundir los conceptos más importantes relacionados con la figura del Defensor del Cliente (Ombudsman), basados en diversas experiencias tanto nacionales como internacionales. Esto permitirá que el sector financiero colombiano cuente con una herramienta para el desarrollo e implantación del Ombudsman en el país.

En este libro los lectores encontrarán una presentación de los avances de las entidades financieras colombianas en materia de iniciativas concretas referidas a la autorregulación en el campo de la resolución de los conflictos con sus clientes y usuarios; también se describen los esfuerzos del sector financiero orientados a salvaguardar la confianza de la clientela, profundizar en el servicio de calidad y alcanzar innegables beneficios tanto para las entidades como para sus clientes al contar con un mecanismo, paralelo al legal, para resolver conflictos.

EL DEFENSOR DEL CLIENTE DE LOS BANCOS Y ENTIDADES DE CRÉDITO EN ESPAÑA

–JOSÉ LUIS GÓMEZ-DÉGANO*–

I. Génesis

1. En la génesis de la figura del defensor del cliente de los bancos y entidades de crédito es fácil advertir la concurrencia de diversas ideas:

- a) *La popularización o proselitismo de la institución del ombudsman y su progresiva generalización*

Como es sabido, el *ombudsman* surge en Suecia en 1809, se introduce luego -1919- en Finlandia, experimenta una verdadera eclosión tras la segunda guerra mundial y con variadas denominaciones, alcances y significados se extiende a numerosos países, hasta el punto de haberse hablado de una verdadera *ombudsmanía*. Acaso sea «un signo de los tiempos, como es un signo de identidad de los Estados sociales y democráticos de derecho» (Ruiz-Jiménez).

* *Defensor del cliente financiero en España.*

Nada tiene, pues, de extraño la recepción del instituto en España por el artículo 54 de la Constitución de 1978, con el nombre de defensor del pueblo, del que no existe precedente en el anterior derecho constitucional español, como comisionado de las Cortes Generales, que puede supervisar la actividad de la Administración y dar cuenta a aquéllas. Su finalidad es velar por la tutela no sólo de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por los resortes jurídicos más fuertes, sino también de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, menos protegidos; y se configura como una magistratura de persuasión, de forma que su actividad basada en la *auctoritas* no tiene valor decisorio -carece de *potestas*-; esto es, únicamente goza de eficacia persuasoria en cuanto puede mover o inducir a otras instancias o poderes públicos a adoptar las medidas o disposiciones pertinentes en orden a la protección de los derechos constitucionales.

b) La defensa del consumidor

La mayor y más directa relevancia para la gestación del defensor del cliente de los bancos supone la exigencia creciente, por parte de la sociedad, de la efectividad de los derechos reconocidos en las leyes y de mayor calidad en la prestación de bienes y servicios por toda clase de entidades públicas y privadas.

El fenómeno de la «rebelión de las masas» –en la conocida expresión de Ortega y Gasset– y el desarrollo de la sociedad de consumo han supuesto una importante elevación del nivel de vida material para un considerable conjunto de personas en la mayor parte de los países, junto a una fuerte concientización de la comunidad política respecto de los derechos que asisten a sus miembros, que no ha cesado de reafirmarse con una constante reivindicación activa desde las añejas declaraciones francesa y americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Pero, paradójicamente, el progreso material de la sociedad de consumo no se ha correspondido con un correlativo aumento de la formación espiritual, intelectual y moral de los individuos integrantes de la misma.

Ello plantea al legislador la necesidad de velar por la protección de los titulares de unos derechos para los consumidores de unos bienes o usuarios de unos servicios que, si bien se muestran rigurosos a la hora de pedir o reclamar, se encuentran en situación de «debilidad» o «desigualdad» para conseguir su propósito ante estructuras políticas, administrativas, judiciales y sociales técnicamente organizadas y ordenamientos jurídicos complejos.

El artículo 51, 1 y 2 de la Constitución española responde a esa preocupación, a cuyo tenor los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, al proteger mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. También promoverán su información y educación, fomentarán sus organizaciones y las oirán en las cuestiones que puedan afectarles.

A este mandato constitucional le ha dado cumplimiento la Ley 26 de julio 19 de 1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios, para cuya redacción –según su Preámbulo– se han contemplado los principios y directrices vigentes en esta materia en la Comunidad Europea que aspira a «dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa que no excluye ni suplanta otras actuaciones, y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos, tales como la legislación mercantil, penal o procesal».

De ahí la aparición en los más variados ámbitos de la vida social y económica de una serie de llamados defensores o protectores de carácter sectorial –del soldado, del inversor, del asegurado, del lector–, que de alguna forma hacen alusión a la idea del defensor del pueblo, aunque a veces resulten notoriamente diferenciados de ella –como sucede en el caso del defensor del cliente de los bancos y entidades de crédito, según se verá–, a quienes se les confía en determinadas parcelas la misión de velar por los derechos e intereses de ciudadanos, administrados, consumidores o usuarios y de propiciar su protección.

c) Necesidades específicas del sector financiero

Junto con las consideraciones generales expuestas, merecen remarcarse algunas de las razones que inciden en particular en la creación del Defensor del Cliente de los Bancos y Entidades de Crédito.

- Salvaguardia de la confianza de la clientela

Un cliente que sabe que en todo momento puede obtener una información inmediata, objetiva e imparcial sobre la -para él complicada- normativa bancaria y su aplicación a las operaciones que ha concertado con la entidad de crédito, así como sobre sus derechos derivados de ellas y que tiene a su disposición los servicios de un órgano o persona independiente encargada de la tutela de tales derechos, es un cliente que ve notablemente asegurada su

confianza en la entidad y en su sistema de relaciones. Y no hay que olvidar que la confianza es la base del crédito, que evidentemente es la materia típica y genuina de la operación y subsiguiente contrato financiero. La confianza se halla en la propia etimología de la palabra: crédito, de *credere*, que significa creer, tener confianza, y es equivalente a *fides* o fiducia.

Aunque se admitiera la tesis según la cual desde un estricto punto de vista jurídico formal causal «es posible confianza sin crédito y operación de crédito sin confianza» (Garrigues), en la vida real, en el orden de los motivos determinantes del negocio, la confianza ocupa sin duda un lugar destacado. Todos los contratos mercantiles están dominados por el principio de la buena fe, la cual se consagra legislativamente en el artículo 57 del Código de Comercio español. Pero el uso social ha hecho que el contrato bancario sea, en mayor medida que ningún otro, un contrato de buena fe, fundado en la confianza recíproca, como no puede dejar de reconocer el propio Garrigues. Sin confianza en las entidades de crédito, no se concibe ninguna actividad bancaria o financiera. Desde esta perspectiva, pues, del reforzamiento de la confianza del público, en general, y de la clientela, en particular, el defensor del cliente se muestra como instrumento de inestimable valor.

- Interés de la banca en profundizar en el servicio de calidad al cliente

En este sentido el defensor, a través de sus intervenciones, ofrece a la alta dirección de las entidades crediticias un eficaz medio de control externo de las actuaciones de las oficinas y sucursales en su trato con la clientela que, por una parte, estimula la corrección de estas actuaciones y, por otra, al contribuir a su verificación, facilita la adopción, en su caso, de las medidas de rectificación adecuadas.

- La innegable conveniencia -por no decir necesidad-, tanto para los bancos y entidades de crédito como para sus clientes, de contar con un mecanismo fácil, ágil, gratuito para éstos y económico para aquéllos, de evitación o resolución de incidencias o conflictos derivados de sus mutuas relaciones, que obvie los gastos, dilaciones e inconvenientes de toda clase de un eventual procedimiento administrativo o proceso judicial.

Se trata así, respecto de una contratación en masa, como la que se origina en la actividad bancaria o financiera, de eludir o paliar los perjuicios resultantes de la masificación de la conflictividad, que intenta drenarse mediante soluciones

alternativas a una intervención gravosa de las autoridades administrativas o los tribunales de justicia (Herrero de Miñón).

2. Reconocimiento de la institución del defensor del cliente de las entidades de crédito

De acuerdo con los presupuestos apuntados, algunas entidades de crédito españolas, *motu proprio*-incitadas por el ejemplo de institutos como el *ombudsman* inglés, creado inicialmente a finales de 1985 por un grupo de compañías de seguros y con posterioridad por 17 bancos con posibilidad de nuevas incorporaciones establecieron, la figura del defensor del cliente que recibe el espaldarazo normativo al hilo de la regulación del servicio de reclamaciones del Banco de España.

Instituido por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 3 de marzo de 1987 para el conocimiento de las reclamaciones de los clientes de las entidades de depósito, de conformidad con lo previsto en el art 48.2 de la Ley 26 de julio 29 de 1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, y en virtud de la orden del mismo ministerio de 12 de diciembre de 1989, dicho servicio amplía el ámbito de su competencia con el encargo de recibir y tramitar las que, relativas a operaciones concretas que les afectan, formulen los clientes de todas las entidades de crédito sobre actuaciones de éstas que puedan quebrantar las referidas normas de disciplina o las buenas prácticas y usos bancarios. Y esta última orden introduce también, como principal novedad del procedimiento de tramitación de las reclamaciones en el servicio del Banco de España su previa formulación ante el defensor del cliente.

En este mismo sentido se produce la circular 8 de septiembre 7 de 1990, del Banco de España, en la cual se desarrolla lo previsto en la orden de referencia, en la que se precisa que se considerará que existe defensor del cliente cuando una entidad o conjunto de entidades tenga establecida o se someta formalmente a institución u órgano creado con finalidad de salvaguarda de los derechos e intereses de sus clientes y debidamente comunicado al Banco de España.

«El establecimiento de este nuevo trámite, -añade 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 –concluye el Banco de España– 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».

Por ser muy expresivo del parecer y de la postura del Banco de España en la generación del defensor del cliente de las entidades de crédito, merece transcribirse el siguiente párrafo de la memoria de su Servicio de Reclamaciones correspondiente al año 1990:

«Tratando de que la naciente figura del defensor del cliente tuviera la mayor aceptación posible y a fin de concretar los requisitos que habrían de definirla, el Banco de España ha mantenido oportunos contactos con el Instituto Nacional de Consumo, entidades de crédito afectadas, organizaciones de consumidores, etc. Como consecuencia de los mismos, el Banco de España ha optado por un criterio abierto, eludiendo definir taxativamente una larga serie de requisitos que pudieran dificultar la creación de esta figura. Se ha pretendido con ello compaginar la defensa de los intereses de los clientes –que creemos resultarán claramente beneficiados cuando se logre su general implantación– con el otorgamiento a las entidades de un cierto margen de libertad en su configuración o designación, en orden a facilitar la creación de estas figuras... Al respecto cabe recordar que la normativa de disciplina bancaria no impone la obligación de crear estas figuras, extremo que queda a su libre decisión. Se ha pretendido, pues, que con este margen de libertad el mayor número de entidades procedan a crearlas, habida cuenta que se estima altamente beneficioso para la mejor comprensión, trato y en definitiva entendimiento entre las entidades y sus clientes».

II. Concepto y naturaleza jurídica

1. Concepto

Una primera aproximación al concepto del defensor del cliente de los bancos y entidades de crédito la proporcionan sus respectivos reglamentos al afirmar que es función del defensor la tutela y protección de los derechos e intereses de los clientes de dichas entidades financieras derivados de sus relaciones con las mismas, así como procurar que tales relaciones se desarrollen en todo momento de conformidad con los principios de buena fe, equidad y confianza recíproca. Empero, esta noción, que evoca las aspiraciones tuitivas del defensor del pueblo y la protección del consumidor,

deviene a todas luces insuficiente para dar una versión precisa de lo que, según su regulación y sus posibilidades de actuación, constituye la figura y su verdadera naturaleza jurídica, cosa por lo demás no fácil, dada la peculiaridad del instituto.

Para lograrlo nada mejor, quizás, que examinar de acuerdo con esa regulación sus características más sobresalientes y atenerse a la resultancia de su concurso.

2. Características

- a) Es una institución de naturaleza privada, por ser emanada de los bancos o entidades de crédito que la establecen y en cuanto su actividad opera en el ámbito de las relaciones *inter privados*, clientes-entidades, sin perjuicio del efecto procedimental administrativo que el ordenamiento financiero atribuye a su intervención, según se apuntó; esto de ningún modo implica que se trate de una primera instancia de la reclamación administrativa ante el Banco de España, sino tan sólo un requisito para la admisibilidad de ésta.
- b) Su función –esencial para la comprensión de lo que es el defensor– se desarrolla principalmente en un doble aspecto:
 - De mediación y arbitraje impropio entre cliente y banco o entidad de crédito - de la forma que luego se verá-, lo que le separa netamente del *ombudsman* y sitúa al defensor en «la vía de privatización de las formas de resolución de la conflictividad social» (Guasp).
 - De formulación de informes, recomendaciones y propuestas a las propias entidades, que pudieran ser beneficiosos para éstas y sus clientes, lo que le aproxima de algún modo al *ombudsman*.
- c) Ostenta facultades de resolución, por lo cual no ve limitada su capacidad de obrar sólo persuasivamente, como ocurre con el defensor del pueblo; esto es, a instar de las entidades financieras el cumplimiento de la normativa legal o el respeto a los buenos usos y prácticas bancarias, sino que, llegado el caso, resuelve sobre las controversias que se someten a su consideración. Esto no quiere decir que la persuasión no cumpla un papel instrumental apreciable en las tareas del defensor del cliente.
- d) Constituye un cargo profesional independiente; en esto conviene hacer especial hincapié, pues podría cuestionarse en razón de la designación y el

sostenimiento económico de la institución por los bancos o entidades de crédito correspondientes, no obstante hallarse suficientemente garantizada.

Así se desprende:

- De la expresa declaración de su reglamentación y de la autonomía del defensor respecto de las entidades que le designan.

En esta línea se previene que el defensor ejercerá sus funciones con absoluta independencia y no podrán ser designadas para el cargo personas vinculadas a los bancos o a sociedades dependientes de éstos como administrador, empleado, o por contratos de servicios o trabajos retribuidos, ni establecerse dicha vinculación durante el ejercicio de sus funciones. Por su parte, las entidades están obligadas a tomar las medidas necesarias para asegurar la independencia de la actuación del defensor.

- De la índole misma de la institución

La previsión reglamentaria no es una mera declaración retórica puesto que existe algo tan elemental que el derecho no puede desconocer: la naturaleza de las cosas.

No procede aquí explayarse en la conocida doctrina de «la naturaleza de las cosas». Pero las cosas, valga la obviedad, son como son. Tal evidencia no requiere formulación alguna y, como escribe Hernández Gil, «la repudiación que hizo de esta fórmula Windscheid por entender que el legislador todo lo puede supone desconocer que el freno de la naturaleza de las cosas recae en primer término sobre el autor de la ley». Sólo el absurdo mundo de voluntarismo y positivismo en que nos movemos –recuerdan García de Enterría y González Pérez– explica que la naturaleza de las cosas, con raíces del iusnaturalismo racionalista, haya tenido que ser revalorizada en la reciente doctrina.

El Derecho no puede arremeter contra la naturaleza de las cosas, ni por tanto, contra la de las instituciones jurídicas en su más amplio sentido. Y grave atentado a la institución del Defensor del Cliente sería desnaturalizar su figura al negarle la independencia: un instituto encargado sustancialmente de evitar o resolver conflictos entre partes contrapuestas únicamente es concebible desde la imparcialidad y sin más sujeción que la derivada de parámetros jurídicos, incluida la equidad y su espacio de autonomía.

La independencia pertenece, aunque no se explicitara, a la normatividad intrínseca de la figura y representa el soporte básico de su objetividad y, por ende, de su necesaria *autoritas*.

- De la cualificación de la personalidad de los llamados a desempeñar el cargo, que por sus condiciones aseguran asimismo esa *autoritas* en el ejercicio de las facultades resolutorias -*potestas*- que le confieren sus reglamentos.
- Por último, abunda en la independencia del defensor y en su credibilidad por el público la eficacia asimétrica de sus resoluciones, pues si son vinculantes para los bancos y entidades de crédito, no lo son para los clientes disconformes con éstas, según se examinará más abajo.

Las características descritas articulan, pues, una institución de naturaleza *sui generis*, respecto de la que puede decirse gráficamente -aunque las comparaciones son siempre odiosas y más en este caso, dada la disimilitud de las figuras- que si, por un lado, es menos que un *ombudsman*, por cuanto no persigue de oficio investigar o fiscalizar las entidades de crédito para determinar si han incurrido en infracciones legales o deficiencias de funcionamiento; por otro, es más que un *ombudsman* en la medida en que su función, según se dijo, no sólo se ampara en la *autoritas*, sino que además dispone de *potestas* para resolver las incidencias surgidas entre las entidades de crédito y sus clientes en el tráfico bancario o financiero.

Esta concepción inicial de la figura no ha experimentado ningún cambio sustancial todavía, y se mantiene en la actualidad, cosa comprensible si se repara en que es un ente de reciente creación -el primer defensor del cliente de banco en España fue nombrado en 1986-, cuya andadura hasta la fecha ha dado respuesta cumplida al reto de las motivaciones que lo originaron y siguen justificando su existencia.

III. Regulación

El defensor del cliente de los bancos o entidades de crédito se regula en especial por un reglamento estatuido por la entidad o entidades de que se trata, en el supuesto de ser varias las adheridas para su utilización.

Los reglamentos -dentro del margen de libertad conferido a las entidades- responden a un mismo tipo jurídico, y sus normas estatutarias son encajables entre las fuentes del

derecho que el profesor Garrigues incluía en la rúbrica de “otras fuentes peculiares del tráfico mercantil”, diferenciadas de la ley y los usos de comercio. Originariamente tienen sin discusión, naturaleza contractual, si bien al socaire de su conexión con la reglamentación del Banco de España y la legislación protectora de consumidores y usuarios ha de entenderse que pueden adquirir valor de derecho objetivo. En ellos se recogen los distintos extremos que rigen el instituto, su organización y funcionamiento que se exponen a continuación en términos generales, puesto que los diferentes reglamentos ofrecen peculiaridades que sin embargo no desvirtúan la fisonomía de la figura.

IV. Designación, duración y terminación del cargo

1. Designación. Perfil profesional y personal del defensor del cliente

El Defensor se nombra por la entidad o entidades que tienen implantada la institución y el cargo deberá recaer en personas de notorio prestigio, honorabilidad e independencia, que ostenten o hayan ostentado la condición de catedrático o magistrado o sean juristas de reconocida competencia en el ejercicio de otras actividades profesionales.

Las notas que deben caracterizar al defensor del cliente y delimitan su perfil son por tanto: la cualidad de jurista -aunque algún reglamento no la exija expresamente-, sus reconocidos prestigio y pericia y su clara independencia, aunque parezca ocioso insistir sobre este último particular.

2. Duración del cargo

El nombramiento del defensor es de carácter temporal. Se le designa para un número determinado de años -verbigracia, tres-, renovable por iguales períodos de tiempo cuantas veces lo consideren oportuno los respectivos bancos o entidades de crédito.

3. Terminación del cargo

Como causas de cese del defensor se señalan las siguientes:

- a) Expiración del plazo o plazos de nombramiento, salvo acuerdo de renovación.
- b) Incapacidad sobrevinida

- c) Condena por delito en sentencia firme
- d) Renuncia
- e) Acuerdo de los bancos o entidades nominadores, fundado en la actuación manifiestamente negligente en el desempeño de sus funciones.

V. Competencia

El reglamento que rige cada defensor señala su competencia o atribuciones, y fija positivamente las materias que le estén asignadas, y negativamente las materias que le son excluidas. Por lo común, se consideran las siguientes:

1. Materias atribuidas

En cumplimiento de su función corresponde al defensor:

- a) Conocer y resolver las reclamaciones que los clientes le planteen referentes a toda clase de operaciones, contratos o servicios de carácter financiero en sus relaciones con los bancos y entidades de crédito y en que, a juicio de aquéllos, hubiesen tenido un tratamiento negligente o injusto. Conviene hacer una precisión sobre el particular: la competencia del defensor se contrae con las relaciones mercantiles típicas del tráfico bancario o financiero y no con las de otra índole impropia, de semejante tráfico.

A título enunciativo, la competencia se extiende a las incidencias surgidas respecto de las operaciones activas, operaciones pasivas, transferencias, cheques, letras de cambio, pagarés y otros efectos, valores y operaciones con deuda del Estado, tarjetas de crédito, operaciones en divisas y billetes extranjeros y otras cuestiones tan variadas como las originadas por el pago de impuestos o cuotas de la seguridad social a través de las entidades, avales y garantías.

- b) Conocer y resolver las cuestiones que los bancos o entidades le sometan respecto de sus relaciones con sus clientes cuando lo consideren oportuno.
- c) Presentar o formular a los bancos o entidades informes, recomendaciones y

propuestas en todos aquellos aspectos que sean de su competencia y puedan favorecer las buenas relaciones y muestras de confianza que deben existir entre las entidades y sus clientes.

2. Materias excluidas

Suelen quedar excluidas de la competencia del defensor:

- a) Las relaciones entre las entidades y sus empleados, accionistas o partícipes.
- b) Las cuestiones que se refieran a las decisiones de las entidades relativas a conceder o no un crédito o a efectuar o no cualquier otro contrato o una operación o servicio concreto, así como sus pactos o condiciones: el defensor no interfiere para nada en la política comercial de las entidades.
- c) Las que tengan por objeto cuestiones que se encuentren en tramitación o hayan sido ya resueltas en vía judicial o arbitral, o por el Banco de España, o persigan impedir, dilatar o entorpecer el ejercicio de cualquier derecho de los bancos o entidades contra sus clientes.
- d) Las reclamaciones cuyo importe exceda de la cuantía fijada por el reglamento o formen parte de una reclamación cuyo monto total supere dicha cifra (actualmente diez millones de pesetas, es decir, unos 70 u 80 millones de pesos colombianos).

Así pues, dentro de sus competencias *ratione materiae* en los términos descritos, las actuaciones del defensor cubren las incidencias surgidas en las relaciones de los bancos o entidades que le han designado con sus respectivos clientes, sin excepción subjetiva alguna.

VI. Estructura

1. Estructura organizativa interna

Lo más frecuente es que el defensor tenga carácter unipersonal, pero a veces adopta un diseño colegiado con carácter de comisión presidida por el defensor del cliente.

En cualquier caso, el defensor o la comisión gozan de libertad para organizar su oficina dentro de los límites del presupuesto de gastos que, para el normal funcionamiento de sus servicios, le aprueban anualmente las entidades que establecen la figura.

Como es lógico, la organización ha de armonizar la eficacia con la economía, lo que lleva a la máxima simplificación posible. Una oficina del defensor del cliente debe constar del defensor, un letrado adjunto que le auxilia en su función y una secretaría, atendida por un oficial y un auxiliar administrativos para desempeñar las tareas propias de este servicio.

2. Estructura sectorial

Coordinadores de las entidades

La normativa española sobre el sector financiero se acomoda a la de la Comunidad Europea.

A efectos de dicha normativa, de acuerdo con la directiva 77/780, de 12 de diciembre, de la Comunidad Europea, se entiende por "entidad de crédito, toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza" -apartado 1 del art. 1º del R. D. Legislativo 1298 de 1986, de 28 de junio, según la redacción de la Ley 26 de 1988-.

Así mismo, se conceptúan entidades de crédito: "a) el Instituto de Crédito Oficial, b) los bancos, c) las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorro, d) las cooperativas de crédito.

Conservarán igualmente su condición de entidades de crédito hasta el 31 de diciembre de 1996 las sociedades de crédito hipotecario, las entidades de financiación, las sociedades de arrendamiento financiero y las sociedades mediadoras del mercado de dinero" -apartado 2 del citado art 1º del R. D. Legislativo 1298 de 1986, redacción de la Ley 3 de 1994, de 14 de abril.

Pues bien, si se deja a un lado el Instituto de Crédito Oficial y la Confederación de Cajas de Ahorro que por su carácter especial no mantienen relaciones directas de tráfico bancario o financiero con el público y carecen por ello de defensor del cliente,

en principio, la estructura sectorial del defensor se corresponde con la tipología de las entidades de crédito mencionadas, aunque no existe óbice alguno para que una misma institución pueda asumir la defensa de la clientela de entidades de distinto tipo, como efectivamente ocurre con frecuencia, en especial en el caso de sociedades participadas. Por lo demás, caben dos clases de defensor del cliente: el que asiste a la clientela de una sola entidad de crédito y el que atiende a la de un colectivo de entidades puestas de acuerdo para su instauración.

El enlace entre el defensor del cliente y las entidades se establece por lo general mediante un coordinador designado por cada una de ellas. Persona de relieve en la entidad es su representante acerca del defensor y constituye una pieza clave para el funcionamiento de la institución.

A través de los coordinadores se obtienen los informes y cuantos antecedentes y datos han de suministrar las entidades para que el defensor pueda adoptar sus decisiones, pero deben aquéllos procurar que los directivos y empleados de éstas presten al defensor del cliente toda la colaboración que proceda. Además de la comunicación ordinaria motivada por los asuntos concretos referentes a incidencias con la clientela, defensor y coordinadores estudian y analizan la Memoria Anual que de su gestión debe rendir el primero y, periódicamente, la marcha general de las actividades del defensor del cliente y la repercusión de sus resoluciones en la operativa de los diferentes departamentos de las entidades de crédito. En definitiva, en el coordinador se residencia y personaliza la relación de las entidades de crédito con el defensor del cliente.

VII Actividad del defensor

Siempre se ha dicho que las funciones definen el órgano, por eso interesa sobremanera el examen de la labor primaria del defensor del cliente -orientada a la resolución de reclamaciones y cuestiones de clientes y entidades de crédito- desde la doble perspectiva, formal, de su actividad procedimental y material, de los parámetros jurídicos sustantivos aplicados en esa actividad.

El procedimiento en las reclamaciones y cuestiones se rige por los principios de rogación; el defensor sólo actúa a instancia de parte, bien sea el cliente o la entidad-, sumariedad; los trámites se limitan a los imprescindibles para el conocimiento del asunto-, rapidez; la duración no puede exceder de un plazo que según los reglamentos en general es de dos meses; confidencialidad -la información recibida de las partes es

de uso reservado para facilitar el enjuiciamiento del asunto por el defensor-; gratuidad
-la presentación y tramitación de las reclamaciones tiene carácter gratuito-; y escritura
-todas las comunicaciones y actuaciones del procedimiento se realizan por escrito.

Como todo procedimiento, puede esquematizarse en las siguientes fases:

1. **Iniciación**

- a) *Reclamaciones.* Los clientes pueden dirigirse al defensor cuando estimen que en un contrato, operación o servicio hayan sufrido un tratamiento negligente, incorrecto, o no ajustado a derecho.

Algún reglamento exige que el cliente haya agotado previamente la vía de reclamación ordinaria ante los órganos competentes de la entidad.

La reclamación al defensor del cliente se formula mediante un simple escrito firmado, sin sujeción a formalidad alguna, enviado a la dirección al efecto señalada y en el que se hagan constar los datos identificativos del reclamante, su domicilio y una sucinta relación de los hechos que la motivan.

Cuando no se requiera la reclamación previa ante la entidad, los reglamentos establecen el plazo de presentación de un año contado desde el día en que se hubiese producido o descubierto el hecho o hechos determinantes de la reclamación y, en todo caso, antes de transcurrir cinco años desde la realización de los mismos.

Las reclamaciones presentadas fuera de plazo son rechazadas de plano.

Al escrito se acompañarán los documentos y justificantes que estime convenientes el interesado, quien puede comparecer por sí, o por otra persona con representación debidamente acreditada.

- b) *Cuestiones.* Las entidades están facultadas para someter al defensor, también por escrito, cualquier cuestión susceptible de reclamación por el cliente, cuando ésta no haya sido interpuesta. Planteada la cuestión, el cliente no podrá interponer una reclamación por los mismos hechos, sin perjuicio de formular las alegaciones y presentar las pruebas que le interesen durante la tramitación de aquélla.

- c) *Suspensión de acciones.* La presentación de una reclamación o cuestión produce, como efecto inmediato, que cliente y entidad deben abstenerse de ejercitar cualquier acción administrativa o judicial hasta que el defensor les comunique su resolución. Si se incumpliese este requisito, el defensor archivará las actuaciones.

2. Admisión a trámite

Tan pronto reciba una reclamación o cuestión el defensor acusa recibo de las mismas y de oficio, decide si el asunto que se le somete es o no de su competencia. Y si estimare que no lo es, denegará su admisión a trámite, sin que la misma reclamación o cuestión pueda serle sucitada de nuevo.

3. Desarrollo. Audiencia de las partes

La fase de instrucción de la reclamación o cuestión es también muy sencilla.

Tras la admisión a trámite, el defensor oye a las dos partes sobre el contenido de la reclamación o cuestión y puede solicitar de la entidad o el cliente los informes y datos que juzgue necesarios para la resolución del caso los cuales deberán remitirse en los plazos que aquél prudencialmente señale, pero sin la formalización de un verdadero período probatorio en el sentido procesal de la expresión.

4. Terminación

- a) *Normal*

Ofrece dos formas:

- *Arreglo amistoso.* El defensor, antes de dictar su resolución, puede –y debe hacer en lo posible– las gestiones necesarias y las propuestas oportunas a las partes encaminadas a conseguir un arreglo amistoso que, de lograrse efectivamente, vincula a éstas y cierra el caso. El defensor opera aquí como el mediador entre cliente y entidad de crédito que intenta una avenencia o acuerdo para zanjar sus diferencias en forma de conciliación. Su actuación es, pues, el trasunto de la obra pacificadora de un tercero en la conciliación de las partes.
- *Resolución.* De no conseguirse el arreglo amistoso, el defensor dictará resolución motivada, para lo cual tendrá en cuenta las normas jurídicas aplicables al

caso, los usos de comercio y la buena práctica bancaria, en busca de una solución equitativa al asunto planteado.

El contenido lógico de la misma es el de una resolución administrativa, arbitral o judicial –hechos, fundamentos o consideraciones jurídicas y decisión–, pero sin expresiones formalistas y sin utilizar términos técnicos, sino con un lenguaje directo asequible para cualquier interlocutor.

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.

Se está, entonces, ante una figura de arbitraje impropio –excluido de la Ley 36 de 1989, de 5 de diciembre, de arbitraje–, singular o unidimensional, por cuanto en el arbitraje típico la decisión del árbitro no puede ser desconocida por ninguna de las partes, sino que les liga jurídicamente (Guasp), en tanto que en la actuación del defensor el cliente puede aceptar o no la resolución que aquél le proponga. Por otra parte, el apartamiento de la citada ley priva a la resolución del defensor del carácter de laudo arbitral para limitar su actuación al ámbito de los negocios del derecho material o sustantivo de eliminación o solución de conflictos –previstos en el art 3.2 de la citada ley–, con la particularidad en este supuesto de que el contenido negocial lo determina el defensor con el peculiar alcance que se ha señalado. Por ello puede decirse que la institución del defensor implica conciliación para el cliente y arbitraje informal para la entidad de crédito.

b) *Anormal: allanamiento de la entidad, desistimiento del cliente*

La reclamación y la cuestión concluyen también cuando el banco se allana a la petición del cliente o éste retira su reclamación.

5. Ejecución

Las entidades procederán a dar cumplimiento a las resoluciones del defensor en el plazo que en éstas se señale y, en su defecto, en el plazo usualmente de un mes contado a partir de la aceptación de aquéllas por los clientes.

VIII. Parámetros sustantivos de la actividad del defensor del cliente

Sin perjuicio de la función mediadora conducente al arreglo amistoso entre cliente y entidad, frustrado tal arreglo y en trance de dictar resolución, las pautas que marcan la decisión del defensor son las ya indicadas. a) Las normas legales aplicables al caso; b) los usos de comercio y la buena práctica bancaria; c) la equidad.

1. En primer lugar, las disposiciones legales, entendida la expresión en su más amplio significado –esto es, cualquiera sea su rango– comprensivo de:

- a) Leyes en sentido formal o disposiciones de rango legal
- b) Los reglamentos
- c) Las órdenes ministeriales
- d) Las circulares del Banco de España

2. Usos de comercio y buena práctica bancaria

La importancia histórica de los usos de comercio como fuente del derecho mercantil resulta incuestionable. Aparecen en el artículo 2º del Código de Comercio español para suplir las lagunas del propio código.

«El derecho mercantil no nace legislativamente, sino por la fuerza del uso. El rápido curso del comercio exigía un derecho preferentemente clásico que se amoldase a los más ligeros matices de necesidades, siempre cambiantes: un derecho dinámico, vivo en la práctica; no un derecho estricto, muerto en los códigos» (Garrigues). Y esta importancia se acentúa en el derecho contractual bancario y financiero por el espacio exento de regulación legal que existe todavía, no obstante la intervención creciente de la autoridad pública.

La entidad y vivacidad del tráfico en masa de las operaciones bancarias y financieras, y la marcada tipicidad de sus contratos, lleva forzosamente a la formación de usos o prácticas emanados de los comportamientos repetidos y repetitivos de los agentes del sector. El significado de tales usos es vario, al operar unas veces en función

interpretativa o convencional y otras en función normativa o reguladora (Castro, Garrigues). Pero cabe también utilizar los usos como modelo o estándar de conducta, «señalando con ellos el tipo de conducta que debe tener una persona o bien el límite que en una actuación no debe sobrepasarse lícitamente» (Castro). A esta última función del uso apunta preferentemente la expresión de «la buena práctica bancaria».

El contraste de los comportamientos de las entidades de crédito con las disposiciones legales y los principios de buena fe, confianza y lealtad mutua, transparencia, reciprocidad y equilibrio de las prestaciones, diligencia y protección a consumidores y usuarios, permite discernir entre los que merecen el rechazo social y los que integran la denominada «buena práctica bancaria».

Ante la imposibilidad de unas relaciones positivas de éstos últimos, bastará indicar genéricamente que son la expresión ejemplar de la correcta conducta –ética y profesional– de las entidades de crédito, con ocasión de la realización de operaciones, contratos, servicios bancarios o financieros ajustados a las normas y principios del derecho que rigen los mismos. O, si se prefiere, de acuerdo con el servicio de reclamaciones del Banco de España –Memoria de 1991–, «la buena práctica bancaria será cualquier actuación –concreta o generalizada– de una entidad ... en tanto dé ajuste a los principios que se derivan de la recta aplicación de las normas de disciplina y de general aplicación, ponderando adecuadamente la equidad y los principios de interpretación de las normas».

Los usos de comercio y las buenas prácticas bancarias –algunos recogidos en los códigos o reglamentos tipo de buena conducta adoptados por las entidades, con significación a precisar caso por caso– son referente obligado y constante para la actuación de los defensores del cliente y se decantan en una serie de criterios seguidos por éstos y en gran parte recogidos en la autorizada doctrina del servicio de reclamaciones del Banco de España.

3. La equidad

El defensor del cliente ha de buscar con sus resoluciones una solución equitativa al problema objeto de la reclamación o cuestión planteada; apelación a la equidad, constante en sus reglamentos, que alude al precepto del artículo 3.2 del Código Civil español. El defensor debe, pues, moderar las consecuencias implacables del *ius exstrictum* para conseguir con su actividad unos resultados acordes con el *ius equum*.

«Supuesto de la aplicación de la equidad es la inadecuación –carencia de equidad– entre un caso concreto y la regla que parece regularlo; la inadecuación no resulta ni de la regla ni del caso, sino del hecho de que la regla positiva está limitada o corregida por un principio de justicia» (Castro), lo que engarza equidad con los principios generales del derecho (Castro y Díez Picazo).

De esta suerte, en las actuaciones del defensor del cliente es corriente, en méritos de la equidad, usar la templanza para rectificar los efectos automáticos de la aplicación rigurosa de las normas jurídicas o de la ley del contrato financiero.

El juego de los principios antes invocados y el de la proporcionalidad entre los actos u omisiones de los contratantes y los efectos que provocan, otorga un amplio margen a la ponderación de las circunstancias del caso y a la interpretación de las normas que abre múltiples posibilidades a la solución equitativa de los conflictos derivados de las operaciones, contratos o servicios de las entidades de crédito con sus clientes.

IX. Otras funciones del defensor

El conocimiento y la resolución de reclamaciones y cuestiones no agotan las funciones del defensor del cliente de las entidades de crédito.

En primer lugar, no puede silenciarse una actuación del defensor, con frecuencia recogida en los reglamentos, derivada de la facultad de dirigir requerimientos, notificaciones, preguntas generales o consultas a las entidades que merezcan la atención del defensor y que en su opinión resulten de interés para los clientes y que conecta con la función –ya anotada– de evacuar informes y formular propuestas y recomendaciones a las propias entidades, útil elemento auxiliar para las finalidades preventivas y tutelares asignadas a la figura. Así mismo, procede hacer una sucinta referencia al servicio de información verbal, telefónica o en la oficina, proporcionado a los clientes de las entidades.

En principio, las actuaciones ante el defensor se desarrollan por escrito y así se consigna expresamente en los reglamentos. No obstante, y a pesar del silencio de éstos al respecto, algún defensor facilita esa información, la cual, aparte del calor humano que entraña, realiza una beneficiosa labor en un triple aspecto: a) dar respuesta a las consultas de los clientes sobre sus derechos, lo que al tiempo permite ponerles al corriente también de sus obligaciones; b) hacer abortar múltiples reclamaciones

carentes de todo fundamento; c) asesorar, en su caso, sobre la forma de interponer una reclamación, para evitar defectos que compliquen inútilmente su tramitación.

X. Ventajas y desventajas de la instrucción del defensor

De lo expuesto es fácil colegir las innegables ventajas que para clientes y entidades del sector financiero supone la figura del defensor del cliente y sus mínimas desventajas, si alguna existe.

1. Para los clientes

a) Ventajas:

- La oportunidad de un procedimiento rápido y sencillo para tramitar cualquier clase de reclamación o queja frente a la entidad, a resolver por persona independiente.
- La total gratuidad de las aclaraciones del defensor.
- La ocasión de conseguir un arreglo amistoso de cualquier incidencia aparecida en el desenvolvimiento de su operación, contrato o servicio concertado con la entidad.
- La certeza de que las resoluciones del defensor, al no vincularle, no pueden causarle perjuicio alguno irreparable al dejar intactas sus acciones administrativas o judiciales.
- El beneficio de una información desinteresada sobre sus derechos, bien por vía de consulta, bien por vía de la ilustración de las resoluciones del defensor.

b) Desventajas:

Prácticamente ninguna, ya que, aun en el supuesto de solución adversa al cliente, la mínima demora que pueda sufrir el eventual ejercicio de sus pretensiones ante la autoridad administrativa o judicial resulta insignificante al lado de las ventajas del instituto.

2. Para las entidades del sector financiero

a) *Ventajas:*

- La transmisión de confianza a la clientela y su contribución a la buena imagen de la entidad.
- El ofrecimiento de una prestación de muy favorable acogida por los clientes por razón de las ventajas que les brinda.
- El refuerzo de los servicios de calidad o atención al cliente, al inducir a una mayor corrección en las actuaciones de las oficinas y empleados de la entidad y al facilitar a ésta una vigilancia o control externo, pero reservado, que puede ayudar a rectificar o perfeccionar dichas actuaciones.
- La privatización, facilitación y abaratamiento de la resolución de los conflictos con sus clientes.
- La eliminación en una proporción importante de reclamaciones de los clientes ante el Banco de España o la administración pública o los tribunales de justicia.

b) *Desventajas:*

No resulta apreciable ninguna desventaja, ya que el costo económico del sostenimiento del defensor del cliente se ve compensado con creces por las ventajas de éste y por el resarcimiento producido por el ahorro de gastos que conllevarían las reclamaciones administrativas y judiciales a que se verían abocadas las entidades, de no contar con la actuación del defensor.

Por otra parte, una hipotética actuación dolosa o negligente del defensor tiene adecuado correctivo con la aplicación de las causas de cese, y dentro de los límites que toda forma de arbitraje implica con el recurso al principio de tutela judicial constitucionalmente consagrado (artículo 24 de la Constitución española).

XI. Presente, estadísticas y futuro del defensor del cliente

Puede afirmarse con rigor que hoy la figura del defensor del cliente de las entidades de crédito se ha consolidado en España, como ponen de relieve su progresiva implantación y la efectiva consecución de las finalidades perseguidas con su creación.

En la actualidad existen en España once defensores del cliente independientes que, con su atención a las necesidades de las entidades que los designan y de sus sociedades participadas, en su caso, cubren un amplio espectro del sector financiero del país.

En lo que concierne al número de reclamaciones seguidas ante los defensores del cliente, es forzoso indicar que no se dispone de una estadística completa, ya que las entidades de crédito no siempre publican las memorias anuales donde se recogen los datos relativos a aquéllas, extremo que se refiere a su prudente arbitrio.

Para dar una idea de la eficacia de la intervención de los defensores del cliente en su función resolutoria de conflictos, pueden servir de orientación, al extrapolarlos, los siguientes datos del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, extraídos de sus Memorias de 1991 –primera en la que tiene virtualidad el reconocimiento legislativo de esa intervención–, 1992, 1993, 1994 y 1995:

De las reclamaciones rechazadas y remitidas a los defensores del cliente, por no haber cumplido el requisito de reclamación previa ante los mismos, retornaron al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, al no haber encontrado solución satisfactoria ante tales órganos, aproximadamente, un 15% en 1991; un 15% también en 1992; un 14% en 1993; un 19% en 1994 y un 14% en 1995.

Estas mismas Memorias reiteran el juicio positivo y la eficacia que les merece la institución del defensor, que tiene así asegurado su presente en España y, cabe aventurar, su porvenir, como confirma la circular 3 de 1996, de 27 de febrero, del Banco de España.

En un mundo que cambia tan rápidamente como el actual, es muy difícil, por no decir imposible, prever el futuro.

Pero a corto o medio plazo, resulta factible afirmar que el defensor tiene por delante en su actual concepción la perspectiva de una eficiente y prometedora tarea, como es

procurar que las relaciones de las entidades financieras con sus clientes discurran siempre encauzadas por los principios de buena fe, equidad y confianza.

La extraordinaria expansión de la actividad de las entidades de crédito, la aparición de nuevos productos financieros y su creciente sofisticación, y las demandas cada día más fuertes de la protección de usuarios y consumidores por la pujanza de sus organizaciones y su agresividad, abundan en la conveniencia de la figura del defensor.

Su talante abierto hacia los clientes y de instrumento serio y solvente de solución de la conflictividad jurídica que ofrece a las entidades de crédito, concita una concurrencia de intereses comunes a unos y otras que avala solidariamente la conservación del defensor.

Lo expresa de forma certera y convincente el eslogan publicitario con el que una entidad financiera da a conocer el defensor a sus clientes: «protegiendo sus derechos, garantizamos nuestra gestión».

DEFENSOR DEL CLIENTE SECTOR FINANCIERO ALEMÁN

—LEO PARSCH*—

Desde hace aproximadamente tres décadas se inició en la República Federal de Alemania un cambio notable en las relaciones existentes entre los clientes y las empresas, en particular en lo relativo a los derechos involucrados en la compra y venta de productos y servicios. Hasta entonces, se consideraba al cliente en el trato mercantil como un mero adquirente de bienes y servicios, papel bastante modesto con el que se había conformado; por ello evolucionó para convertirse en consumidor, y consciente de su condición, quiso ser tratado de forma equilibrada como contraparte contractual de las empresas, con la posición jurídica equivalente y, por tanto, con los derechos correspondientes. De esta forma se comenzaron a conformar asociaciones para la protección del consumidor, y así mismo el legislador alemán tampoco pudo ignorar las nuevas tendencias referentes a políticas de protección al consumidor.

Vale la pena mencionar, en lo particular al marco legislativo, la ley que regula las condiciones generales de la contratación, vigente desde 1976 y modificada varias veces. Esta ley tiene el propósito principal de restablecer la justicia contractual en favor del consumidor y aplicar amplios controles judiciales a los llamados impresos en letra menuda de las condiciones contractuales, los cuales eran fijados unilateralmente

* *Defensor del cliente financiero alemán.*

por las entidades bancarias. Los bancos privados siguieron muy de cerca este importante proceso de regulación contractual y reflejaron sus implicaciones en la relación con sus clientes, al tener presente que los consumidores constituyen un factor económico muy importante en los negocios de la banca individual. Se estima que los bancos privados en Alemania cuentan con más de 30 millones de personas naturales como clientes. De acuerdo con lo anterior, los bancos privados vieron la necesidad de actuar para mantener y mejorar sus relaciones con los clientes y de arreglar rápidamente las posibles discrepancias que se presentaran, pues es bien sabido que en la convivencia humana inevitablemente surgen conflictos y malentendidos. Así mismo, el hecho de que en otros países ya existieran entidades especializadas en el tratamiento de quejas formuladas por los clientes y relacionadas con la transparencia de las condiciones contractuales en las transacciones financieras internacionales, promovió las reflexiones y acciones de los bancos privados en Alemania sobre este tema.

Con base en lo anterior, en la República Federal Alemana se concluyó que en el evento de crear un organismo para el tratamiento de quejas de los clientes, éste no debería limitarse al sistema de pagos internacionales, sino que también debía tratar todos los asuntos bancarios del orden local. Para los clientes seguramente no habría sido apropiado el obtener un derecho de petición respecto de las controversias originadas en el ámbito del sistema internacional de pagos y el quedar al mismo tiempo desamparados en los asuntos de los negocios bancarios regulares, que para ellos son de mayor interés.

Con ese telón de fondo, la Asociación Bancaria alemana creó el 1 de julio de 1992, por iniciativa propia, sin el respectivo compromiso legislativo y al asumir los costos, un procedimiento de composición de las controversias entre los bancos privados y sus clientes. Con la concepción de este proceso se pretendía instaurar un organismo enmarcado en una política de protección al consumidor, con la finalidad de fortalecer la confianza en la relación entre el banco y el cliente. Así mismo, este procedimiento constituye a la vez una herramienta de *marketing* nada despreciable, por cuanto cualquier empresario debe estar consciente de que su éxito comercial depende en gran medida de la satisfacción del cliente.

El propósito del procedimiento de composición es obtener de forma rápida, sin despliegues burocráticos, sin riesgos y gastos para el cliente, una solución de divergencia entre los bancos y sus clientes, fuera de un proceso judicial. Un punto que hay que tener en cuenta es la composición del sistema bancario de la República

Federal Alemana, que está integrado por tres tipos de instituciones financieras: los bancos privados (que siguen el modelo de banca universal) y las instituciones financieras especializadas (como los bancos hipotecarios), al establecerse generalmente como sociedades anónimas; las instituciones financieras de carácter estatal (como las cajas de ahorro), la mayor parte de ellas bajo la responsabilidad de los municipios, ciudades y áreas metropolitanas; y por último, las instituciones financieras de carácter cooperativo.

En el procedimiento de composición en estudio sólo participan los bancos privados que están afiliados a la Asociación Bancaria alemana. No intervienen en este proceso los bancos de derecho público, ni los de estructura cooperativa. Los bancos cooperativos sostienen el punto de vista de que su campo de acción es de carácter fundamentalmente local y que los clientes casi siempre son miembros de la cooperativa, así que las posibilidades de formular quejas ante la junta directiva local o la revisoría fiscal son suficientemente amplias.

En un principio, las cajas de ahorro se mostraron bastante reservadas en cuanto a la introducción de un proceso de composición. No obstante lo anterior, unas cuantas cajas de ahorro, que no eran del nivel nacional, establecieron organismos de composición directa. Éstas se encuentran limitadas, ya que sólo pueden presentar propuestas de arreglo entre la entidad y el cliente. Este procedimiento no es comparable con el de los bancos privados, que sirve para la protección del consumidor; es decir, cualquier persona natural, y por tanto, cliente privado en el sentido clásico.

Cuando el asunto en discusión se pueda considerar relacionado con actividades industriales, comerciales o de profesionales independientes, por ejemplo, en el caso de comerciantes, artesanos, médicos y abogados, siempre y cuando no se trate de sus negocios bancarios privados, el procedimiento no se puede aplicar, lo cual implica tratar el caso en la corte.

Esta limitación del procedimiento cuenta con una excepción referida a los servicios de pagos internacionales, basada en la recomendación de la Comisión Europea de 1990 para aquellos casos en que las entidades bancarias de los involucrados están situadas en diferentes países miembros de la Comunidad Europea. Cuando se trata de transacciones financieras transfronterizas referentes a países que no son miembros de la Comunidad, esta excepción no se aplica.

En cuanto a la intención del procedimiento de conciliación, para arreglar divergencias entre los clientes privados y los bancos, de forma rápida y descomplicada, la organización del proceso es mucho menos severa en lo que se refiere a las formalidades del orden procesal que se aplica en los tribunales públicos. “Arreglar en vez de juzgar”, es el lema. El cliente bancario se dirige con su petición por escrito a la oficina de atención al cliente de la Asociación Federal de la Banca Alemana en Colonia; para hacerlo no se necesita ningún abogado u otra forma de asistencia. Luego, la oficina transmite la queja a la gerencia del banco relacionado con el caso y le establece la posibilidad de arreglar el asunto directamente con el cliente. La voluntad de los bancos de llegar a un acuerdo con el afectado en esta fase del proceso aumenta cada vez más. Esta evolución es muy favorable, ya que el arreglo de conflictos resulta de interés para todos los vinculados; esto se debería lograr siempre y lo más rápido posible. Si el banco soluciona el asunto, se termina el procedimiento de composición. En caso de que la divergencia no se arregle, la Oficina de Atención al Cliente le presenta al defensor del cliente el expediente, junto con la posición del banco acerca del caso para que éste decida.

El *ombudsman* representa la figura central del procedimiento. Puede que este título sea un poco confuso y no refleje en forma exacta su posición dentro de éste. En Suecia, de donde proviene la palabra, es una persona de confianza delegada por el parlamento para que controle la legitimidad o legalidad de la administración, detecte anomalías y proponga mejoras. Con la gran influencia de la institución en cuanto a su prestigio y efecto popular se refiere, la Asociación Bancaria Alemana adoptó la denominación *ombudsman*, aunque sea poco conocida, pero con el objeto de que no sirva solamente como buzón para clientes bancarios insatisfechos, o como consejero, portavoz o intermediario, en busca de compensación entre el cliente y el banco.

Investido por la Asociación Bancaria por el término de tres años, se le puede nombrar por otros tres; además dotado con la aptitud para la judicatura, cuenta con considerables competencias para tomar decisiones. El *ombudsman* es un mediador independiente y neutral que no está vinculado a la Asociación Bancaria, ni a ningún banco. Nadie puede ejercer presión sobre él, así que puede actuar de forma completamente independiente, y como el juez, está sometido tan sólo a su propia conciencia, es decir, no está ni de lado de los bancos, ni de los clientes, pues también necesita la confianza de ambos para poder cumplir con su deber.

Cuando la Oficina de Atención al Cliente le presenta un caso a la Asociación Bancaria, el *ombudsman* primero que todo tiene que comprobar la admisibilidad del caso

concreto. Un caso no es admitido por el *ombudsman* cuando el aparato judicial ya se ha encargado del proceso; la aclaración de algunas situaciones por parte del Estado necesita la práctica de pruebas con la ayuda de testigos, o el asunto por decidir no haya sido objeto de un pronunciamiento de la jurisprudencia de la instancia más alta. Hay que tener en cuenta que el procedimiento de composición no es una jurisdicción aparte o sustitutiva; arreglos que dentro del marco del procedimiento no se pueden decidir, son de competencia de la justicia ordinaria. Si la reclamación es admitida, el *ombudsman* procede a analizar la cuestión de su motivación.

Al igual que el proceso que se desarrolle amparado en el Código Civil, la reclamación puede estar parcialmente fundada o infundada. Además, existe la opción de que el *ombudsman* le proponga al cliente y al banco una transacción, tal como lo suele hacer un juez civil en casos semejantes. El *ombudsman* juzga en derecho, pues de no ser así, el procedimiento degeneraría hacia un proceso arbitrario e imprevisible, aunque dadas ciertas condiciones particulares puede resultar adecuado integrarle al mismo un elemento de equilibrio, como por ejemplo las condiciones de equidad. Además, tal manejo del procedimiento le brinda más énfasis a la idea de que banco y cliente estén vinculados por cierta relación confidencial.

Cuando un cliente se encuentra en apuros, esto genera percances en las relaciones jurídicas entre clientes y bancos; por ejemplo, en el caso de que el cliente ya no se viera en condiciones de cumplir con el contrato firmado, por circunstancias de fallecimiento del cónyuge, en caso de divorcio o de desempleo. En estas situaciones el *ombudsman* puede tener en cuenta ciertas ayudas, fuera de las consideraciones estrictamente jurídicas. También, en este tipo de intervenciones motivadas por razones sociales y humanas, existen ciertos límites, por cuanto los bancos no son organismos de caridad. Esto último no se considera lo suficiente en las discusiones que tratan el tema de ética en la economía; es decir, el hecho de que los bancos son empresas económicas que, aunque tengan una responsabilidad muy especial dentro de la sociedad, necesitan producir ganancias para poder cumplir con las obligaciones que se les han asignado.

Si la decisión del *ombudsman* es parcial o totalmente desventajosa para el banco, en todo caso se constituye como obligatoria para éste, siempre y cuando el objeto de reclamación no exceda un monto actual de 10.000 marcos alemanes (más o menos \$7 millones). Por el contrario, para el cliente la sentencia nunca es obligatoria y en el caso en el cual la demanda no haya sido exitosa y aún quiera seguir defendiendo su supuesto derecho contra el banco, lo demandará ante un tribunal ordinario al asumir

todos los riesgos relacionados con un proceso judicial, mientras que el procedimiento de conciliación no le implica ningún riesgo o costo.

El compromiso de los bancos con la sentencia se deduce de su declaración ante la Asociación Bancaria de vincularse al procedimiento, haber aceptado explícitamente la obligatoriedad de las sentencias y haber renunciado a un llamamiento a los tribunales. Este hecho es ventajoso para el cliente, por cuanto el banco debe cumplir de inmediato con el posible pago exigido en la sentencia. En la eventualidad de que el banco no cumpliera con el anterior postulado, el cliente no podría gestionar una ejecución forzada directamente de la sentencia, por cuanto en el sentido del orden procesal del Código Civil alemán, esa sentencia no constituye un título de ejecución. Lo que sí podría lograr el cliente a través de un juicio, es una sentencia contra el banco dictada por un tribunal.

El *ombudsman* debe atender una gran variedad de quejas, entre las cuales se pueden mencionar el tratamiento de los clientes por los empleados de bancos, la correspondencia del banco con sus clientes financieros, las transferencias nacionales e internacionales, la facturación de créditos en lo particular a cuotas, tasas de cambio, problemas resultantes de cuentas compartidas y finanzas, la terminación de los contratos por la entidad bancaria, transacciones y retiros vía cajero automático, subastas forzadas de inmuebles realizadas por el banco en vez de una posible venta libre, la terminación unilateral y anticipada de créditos hipotecarios, y el negocio bursátil con títulos valores como los puntos más importantes de su actividad.

Por estas razones, el procedimiento se convirtió en parte integral del sistema privado bancario en Alemania, y goza de un alto grado de aceptación tanto entre los clientes, como entre los bancos, y además con alta resonancia en la opinión pública y en los medios de comunicación.

Con este proceso las ventajas para el cliente son obvias, y prácticamente no existe clase de desventaja, pues ya no hay necesidad de tratar discrepancias con el banco en la corte y se puede elegir el camino de la conciliación fuera de la jurisdicción ordinaria, lo que no implica riesgo ni costo alguno. Hasta ahora, las decisiones tomadas por el *ombudsman* han sido favorables para el cliente en el 60% de los casos, y la oferta voluntaria del procedimiento de conciliación por parte de los bancos privados se entiende como la prestación de un servicio especial que fomenta la confianza entre las partes.

Para los bancos privados la gran ventaja del procedimiento se centra en el hecho de que las controversias con los clientes se pueden arreglar por fuera de un proceso judicial en forma rápida, sin muchas complicaciones y muy discretamente, de tal forma que los bancos se ahorran procesos costosos. Adicionalmente, los bancos tampoco son los preferidos de la nación y pueden llegar a ser tratados por los medios de comunicación en forma extensa y de manera confusa, lo que traería consecuencias bastante negativas más allá del caso concreto. Así mismo, el procedimiento tan sólo podría volverse desventajoso dentro del marco de la obligatoriedad de la sentencia hasta los 10.000 marcos alemanes, en el evento de que se entregarán sin amparo alguno al *ombudsman*, pero este temor es infundado.

En resumen, el procedimiento de arreglo amistoso constituye una práctica muy recomendable para el sector financiero; por el contrario, en la solución final siempre habría la posibilidad de discutir su accionar. Lo malo sería no tomar ninguna medida sobre este particular, por cuanto quedarse quieto en lo que se refiere al tema es erróneo.

LA PROTECCIÓN AL INVERSIONISTA EN LA BOLSA DE BOGOTÁ

— RAFAEL ACOSTA CHACÓN* —

La actividad bursátil está cimentada sobre principios éticos y una responsabilidad social que se proyectan básicamente frente a los inversionistas.

La proyección de esta base moral o ética y las responsabilidades sociales, desde el punto de vista jurídico, se concretan en la formulación de normas de conducta específicas, vía regulación estatal o vía autorregulación, pero no constituye un fenómeno exclusivamente jurídico.

La ética y la responsabilidad social son aspectos que no pueden centrarse en una normativa, sino que dependen de profundas convicciones internas de los empresarios y ejecutivos del sector.

Si la motivación de las acciones específicas obedece a arraigadas convicciones de corte moral o a consideraciones económicas o comerciales, es por tanto un aspecto subjetivo de los ejecutivos y dirigentes que, o bien reafirman la premisa propuesta en

* *Vicepresidente Jurídico de la Bolsa de Bogotá.*

el presente trabajo, o bien abonan el plausible hecho de que un mercado bursátil de libre competencia funciona: ser ético y correcto es un buen negocio.

El mercado bursátil ha ido cambiando de imagen y la percepción de los inversionistas sobre el mismo ha pasado del asesoramiento y prestación de servicios personalizados tradicionales, a la derivada de organizaciones comerciales de servicios masivos e impersonales, fuente de innumerables conflictos.

Esto, desde el punto de vista gerencial, ha planteado la necesidad de enfocar la administración bursátil hacia la gestión de los denominados «activos de reputación tradicionales»: confidencialidad, asesoría y confianza.

La ética en el negocio bursátil, como en todas sus facetas, resulta difícilmente definible, dado su valor relativo, tanto desde el punto de vista subjetivo como temporal.

Aun así, visto desde la subjetividad y relatividad de la ética, formulemos su aplicación en la actividad bursátil, bajo una proposición negativa, en el sentido de que en su desarrollo no deben realizarse conductas que causen mal a los inversionistas.

Es claro, por supuesto, que el daño a terceros es castigado por el ordenamiento jurídico y que el Estado despliega su actividad para evitarlo.

Pero, también resulta claro que no todo está regulado ni vigilado, a pesar de los ingentes y frecuentemente vanos e incómodos esfuerzos de las autoridades para lograrlo.

Este hecho, precisamente, abre el espacio para el ejercicio discrecional de la dirección de las bolsas y de los intermediarios bursátiles y la posibilidad del uso arbitrario e interesado de los medios puestos a su disposición. Por ello, allí donde no hay garantía efectiva del derecho, debe imperar la ética bursátil.

Así las cosas, el tema de la ética bursátil parecería reducirse a no abusar de los inversionistas desde la perspectiva de la posición dominante del sistema bursátil en lo económico y tecnológico.

Al hablar en términos sociales, la actividad bursátil es de por sí un negocio éticamente válido atendida la función básica que debe desarrollar: asignación de ahorro e inversión.

Sin embargo, la legitimidad social del negocio bursátil no puede ser mirada únicamente en abstracto, sino que la misma debe proyectarse hacia más específicas responsabilidades sociales con los clientes, con el personal y con el entorno social. Y es evidente que, en menor o mayor grado, existe una actitud de deducir estas responsabilidades sociales por parte de los gobiernos, las entidades de supervisión, los medios de comunicación, los clientes y el público. Así entonces, venimos registrando que, a los tradicionales esquemas jurídico-políticos de vigilancia, control e intervención del Estado en el sector bursátil viene agregándose un sistema paralelo de fiscalización del público inversionista, cuyos términos se plantean sobre bases no convencionales, y la mayor o menor extensión de la misma dependerá en buena medida de la actitud que asuma el sistema bursátil al respecto.

La Constitución Política establece la necesidad de regular el control de calidad de bienes y servicios prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. En este mismo orden de ideas, la misma Constitución hace responsables, de acuerdo con la ley, a 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. Agrega el mismo precepto constitucional que el Estado debe garantizar la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen, siempre y cuando las organizaciones sean representativas y observen procedimientos democráticos internos.

En el caso específico del sector bursátil, la ley fija como criterio y objetivo de la intervención del gobierno en el mismo, que en el funcionamiento de la actividad bursátil se tutelen adecuadamente los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos y preferentemente el de los inversionistas.

Una relación con el público sobre bases de imparcialidad y objetividad con la clientela señaladas por el propio sector bursátil, no sólo debe permitir canalizar la presión social y la consecuente reacción legal y regulatoria que a esta le siguen, sino que, además, por su propia flexibilidad permitirá adaptarla a un mercado y a un entorno social cada vez más cambiante. En esta perspectiva cabe preguntarse si las bolsas deben adoptar sus propios objetivos de tipo ético o social. Al efecto cabría distinguir dos clases de objetivos sociales:

En primer lugar, aquellos que colocan a una bolsa y a sus miembros en mejor disposición para conseguir sus objetivos financieros. Tal es el caso de las mejoras en

la prestación de servicios a los clientes. Este tipo de objetivos debe ser acometido sin mayor dilación, pues tienen un doble beneficio en sus efectos, como son el social y el privado que se concretan en la mejora de resultados.

En segundo lugar, aquellos que reducen las ganancias, en función de un efecto socialmente positivo, los cuales deben ser definidos por el Estado, al crear los estímulos necesarios para ello. No resultaría legítimo ni equitativo pretender que algunas entidades asuman compromisos cuando sus competidores no están obligados a hacerlo y ello afecta su competitividad. Sería cuando menos paradójico que aquellas entidades más comprometidas socialmente fuesen las candidatas a desaparecer.

Los objetivos de carácter ético, si se les reconoce esta naturaleza, deben buscarse sin consideraciones de relación costo-beneficio, aunque al final la misma sea positiva pues, de lo contrario, la entidad simplemente no es viable. En nuestro sentir, el objetivo social de estructurar un programa de protección a los clientes de la Bolsa de Bogotá, corresponde al primer grupo, esto es, de aquellos que tienen la virtualidad de colocarnos en una mejor situación competitiva y producir resultados positivos en nuestro estado de resultados y en el de los miembros. El Programa de Protección a los Inversionistas de la Bolsa de Bogotá se ha enmarcado dentro de un contexto de autorregulación. La estrategia se ha cifrado en dos partes:

- a) La adopción de un Código de Conducta de las sociedades comisionistas, sus representantes legales y «traders».
- b) El establecimiento de un sistema de manejo y atención de reclamaciones de los inversionistas.

CODIGO DE CONDUCTA DE LA BOLSA DE BOGOTA

Desde un punto de vista general, el Código de Conducta de las sociedades comisionistas, sus representantes legales y sus «traders», no tiene como propósito una función regulatoria para organizar el mercado de valores.

La regulación del mercado de valores está contenida en las disposiciones jurídicas emanadas de las autoridades estatales y de la propia Bolsa de Bogotá, por medio de sus reglamentos, instructivos de operación y órdenes del Consejo Directivo.

En términos generales, salvo dos o tres aspectos tangenciales, no existe disposición alguna en el Código que, por otra parte, no esté ya prevista y desarrollada por las normas jurídicas que regulan -éstas sí- el mercado público de valores. El Código no es tampoco un instrumento disciplinario del mercado, pues este poder disciplinario ya está orgánica y funcionalmente radicado en la Cámara Disciplinaria de la Bolsa.

Por tal razón, si no son la regulación ni la supervisión del mercado los factores que justifican o definen la utilidad práctica del Código de Conducta, ¿cuáles son, entonces, los que lo justifican?

Tres serían los factores:

- En primer lugar, si bien las normas básicas del mercado de valores tienen un contenido o base éticos, su formulación como normas jurídicas no siempre permite realzar este contenido ético y, adicionalmente, la gran cantidad de normas y su profusión requieren de un recuento de los principios fundamentales.
- En segundo lugar, una síntesis de los principios básicos o esenciales sirven como guía a los representantes legales y «traders» de las sociedades comisionistas. Para muchos, la mayoría de las conductas contenidas en el Código pueden resultar evidentes, y ello probablemente deriva del hecho de que se trata de aspectos éticos cuya adopción se da por descontada en la mayoría de los casos. Sin embargo, los valores éticos allí contenidos son mutables y la interpretación de los mismos no siempre es homogénea en toda la organización, máxime cuando existen varios niveles de delegación.
- En tercer lugar, y tal vez como elemento verdaderamente esencial, la recopilación de principios y normas esenciales presentadas bajo una formulación no jurídica permite al público inversionista tener una más clara percepción y un más preciso conocimiento de las condiciones dentro de las cuales debe funcionar y funciona el mercado bursátil, con el fin de que con base en ello controlen, en su calidad de clientes el adecuado cumplimiento de las mismas y les sirva como instrumento de reclamación en caso de que así no suceda.

El Código de Conducta ha sido expedido sobre la base de preservar y reafirmar los siguientes principios básicos de la actividad bursátil:

- a) La conducción de los negocios con lealtad, claridad, precisión, probidad comercial, seriedad y cumplimiento, en el mejor interés de los clientes y la integridad del mercado.

En cuanto a los intereses de los clientes este principio encuentra su concreción práctica en el deber de registrar en la bolsa la totalidad de las operaciones, entregar oportunamente a las partes interesadas los correspondientes comprobantes oficiales de liquidación de las operaciones que celebren, documentarlas y registrarlas en los libros exigidos por la ley, las autoridades y la bolsa.

Así mismo, existe el deber de adoptar con claridad unas políticas de comisiones y tarifas bajo un régimen de libertad y basadas en los principios de suficiencia de las mismas y no discriminación entre clientes. Los representantes legales y «traders» no deben ofrecer ni aceptar incentivos o beneficios para la realización de negocios por fuera de las condiciones normales y propias de los mismos.

En cuanto a la integridad del mercado hace referencia, los representantes legales y «traders» se deben abstener de realizar o participar en prácticas tendientes a la creación de condiciones artificiales de demanda, de oferta, o de precio en el mercado y de la ejecución de prácticas o usos inequitativos con el mismo.

De igual forma, deben abstenerse de realizar operaciones cuyos precios se aparten de las condiciones del mercado o no sean representativas del mismo.

- b) La observancia de la debida diligencia en la recepción y ejecución de órdenes de compra y venta de valores.

En desarrollo de este principio, los representantes legales y «traders» deben cumplir estrictas reglas relacionadas con el recibo, registro, plazo de validez, prioridad, ejecución, distribución y cancelación de las órdenes recibidas de sus clientes.

Deben también mantener los registros y documentos relativos a la comprobación del recibo, transmisión y ejecución de órdenes recibidas de los clientes.

- c) La capacitación y el profesionalismo de los representantes legales, «traders» y empleados de la sociedad comisionista.

- d) El cumplimiento del deber de obtener y suministrar a los clientes la información relevante para la realización de transacciones, así como también entregarles con la debida oportunidad, la documentación de los negocios realizados.

Los representantes legales y «traders» asumen, por virtud de la ley los deberes de asesoría que su carácter de intermediarios profesionales les impone para con sus clientes. En virtud de esta obligación deben:

- Informar a sus clientes sobre los elementos que un inversionista razonable tendría en cuenta al momento de tomar una decisión de inversión.
- Solicitar instrucciones específicas de los clientes cuando en la ejecución de una orden se presenten hechos que, de ser conocidos por el cliente, implicarían que el modificara de forma radical las instrucciones inicialmente impartidas.
- Buscar siempre obtener la mayor utilidad o beneficio para su cliente.

- e) Evitar conflictos de interés y asegurar un tratamiento equitativo a los clientes.

En virtud de este principio, tanto las sociedades comisionistas, como sus representantes y «traders» tienen el deber de revelar la naturaleza y extensión de cualquier conflicto entre sus propios intereses o los de otros clientes y sus responsabilidades para con los clientes y dar a los mismos un tratamiento justo y equitativo. De no ser ello posible, deberán abstenerse de realizar la operación.

- f) El abstenerse de realizar operaciones, directamente o por interpuesta persona, al utilizar información privilegiada.

MANEJO Y ATENCION DE RECLAMACIONES

En consonancia con el objetivo del Código de Conducta, en el mismo se establece que las sociedades comisionistas deberán poner a disposición de sus clientes el mismo y, en todo caso, informarles que pueden obtenerlo en la Bolsa de Bogotá.

A su turno, se dispone en el Código que la Bolsa de Bogotá tendrá un procedimiento interno para el manejo de las reclamaciones de los clientes de las sociedades comisionistas, de forma clara y expedita.

Las sociedades comisionistas informarán a los clientes que la Bolsa cuenta con procedimientos de reclamación.

Los clientes interesados en reclamar serán informados por la sociedad comisionista de cómo hacerlo y qué pasos posteriores deben seguir; si deben proceder cuando su reclamo no haya sido satisfactoriamente atendido por la sociedad comisionista.

OFICINA DE ATENCIÓN AL INVERSIONISTA

La naturaleza del servicio es la de una instancia de *mediación voluntaria y no compulsiva en las reclamaciones que efectúe la clientela*, cuando las mismas no sean atendidas en las sociedades comisionistas de forma adecuada.

Los objetivos que persigue la adopción del servicio son en el contexto de su naturalezas, los siguientes:

- a) Servir como instancia de mediación;
- b) Actuar como canal de información general y orientación especializada, tanto del funcionamiento de los mecanismos bursátiles como de las operaciones que en este mercado tienen lugar, para ayudar así a la clientela a entender cómo operan los productos y servicios ofrecidos;
- c) Servir como canal de recepción de inquietudes, sugerencias, quejas y comentarios que coadyuven al desarrollo y transparencia del mercado público de valores.

Las características del servicio son:

- a) Carácter gratuito para el reclamante
- b) Carácter imparcial y objetivo del servicio
- c) Carácter voluntario de sus decisiones, cuando las mismas no se refieran a la Bolsa de Bogotá como persona jurídica.

El servicio estará abierto, en principio, a toda persona natural o jurídica que realice o pretenda realizar operaciones bursátiles.

Por el aspecto objetivo, es claro que de la delimitación de los propósitos enunciados el servicio tendría que ocuparse de dos asuntos, a saber:

- Mediación en las reclamaciones o peticiones formales que los inversionistas presentaran respecto de emisores, sociedades comisionistas de bolsa y de la propia Bolsa; e
- Información general, sobre los productos u operaciones bursátiles y recepción y canalización de inquietudes tendientes a mejorar los procesos del mercado público de valores.

En este punto, es importante llamar la atención sobre seis (6) asuntos que deben estar excluidos:

- Relaciones contractuales privadas en cuanto a las condiciones comerciales entre la sociedad comisionista y el inversionista, salvo que la reclamación esté fundada en «violación al régimen de comisiones».
- Reclamaciones que puedan derivar en perjuicios a terceros ajenos a la controversia.
- Operaciones celebradas sobre valores inscritos únicamente en el Registro Nacional de Valores y sobre los cuales no exista autorización expresa para ser negociados por intermedio de las sociedades comisionistas de bolsa .
- Relaciones con accionistas como tales y en cuanto la causa devenga de tal calidad.
- Decisiones relativas a la no celebración de operaciones bursátiles, en cuanto la decisión no contravenga normas legales o reglamentarias a que estén sujetas las sociedades comisionistas de bolsa.
- Relaciones entre la sociedad comisionista y sus funcionarios o empleados, en cuanto la naturaleza del conflicto no sea bursátil.

Finalmente, debe advertirse que la competencia está a su vez determinada por la inexistencia de procedimientos judiciales o administrativos que, o bien a la fecha de presentación de la reclamación o durante su tramitación, estén conociendo del asunto objeto de la actividad del servicio. Lo anterior deviene de que la actuación de la Bolsa, y por ende de los partícipes en el proceso, está fundada en los principios de buena fe, equidad y confianza mutua. Por consiguiente, la OAI únicamente iniciará o continuará los procedimientos que la rigen en ausencia de conocimiento del asunto por una autoridad pública.

Como toda actividad, el servicio de reclamaciones de la Bolsa debe contar con un procedimiento claro y expedito para adelantar sus funciones, el cual básicamente prescribe que:

- a) Presentación formal de la reclamación o queja: Ésta debe ser presentada por escrito ante la OAI, previo anexo copia de la que debió presentarse ante la Sociedad Comisionista de Bolsa respectiva o ante la propia Bolsa, así como de la respuesta que, según corresponda, éstas debieron darle, y de las pruebas que sustenten sus afirmaciones.

Debe consignar también una relación sucinta de los hechos materia de reclamación y la pretensión o fórmulas de arreglo que solucionarían el conflicto.

- b) Estudio y evaluación de la solicitud: Una vez que se reciba la petición, la OAI debe acusar recibo de la misma, analizarla y darle traslado por ocho días al sujeto objeto del reclamo, para que este tenga oportunidad de controvertirla.

Una vez recibida la respuesta del reclamado, la OAI debe evaluar el expediente que para el efecto se forme y producir un Informe dentro del término de quince (15) días comunes, en el que contenga todos los elementos a considerar en la solución del tema, para luego solicitar su aprobación por el Protector del Inversionista, quien lo estudiará para resolver la petición.

- c) Comunicación de la Decisión: Adoptada la decisión por el Servicio, la misma deberá ser comunicada a las partes dentro de los tres días siguientes. Respecto de la actitud que las partes puedan tomar frente a la decisión adoptada por la OAI, pueden preverse dos (2) situaciones, a saber:

- Que las partes por unanimidad la acepten, y en consecuencia, ejecuten los términos prescritos en el Informe, caso en el cual los interesados, a su elección

pueden suscribir un acuerdo de transacción que finiquite hacia el futuro el asunto.

- Que una de las partes, o ambas, se aparten de los términos del Informe.

En este evento, a su turno, es posible que la no aceptación sea total o parcial. Para el segundo de los eventos es previsible que las partes, si la importancia del asunto lo permite, acepten conciliar sus diferencias de forma parcial y procedan de conformidad con el literal a, con o sin la intervención de la OAI, a petición de las mismas.

En el evento, de que una de las partes no acepte el informe –total o parcialmente–, dada la naturaleza del asunto, la parte en desacuerdo queda en total libertad para tomar las acciones legales que estén a su alcance.

LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA Y LA PROTECCIÓN DEL CLIENTE DE SERVICIOS FINANCIEROS

—MIGUEL ANTONIO ARANGO*—

En primer lugar, agradezco la invitación que la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia extendió a la Superintendencia Bancaria para participar en este seminario sobre el tema del *Defensor del Cliente Financiero*, figura sobre la cual, no obstante el riguroso crecimiento del sector, sólo ahora con la afortunada expedición del denominado Código de la Buena Práctica Financiera para con el Cliente» por parte de la Asociación, se cristaliza el primer paso para atender en forma más eficiente por parte de los Establecimientos de Crédito, el deber impuesto por el artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en cuanto a la debida prestación del servicio y protección al consumidor, al establecer que «las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes con el fin de que éstos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquéllas y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones».

* *Superintendente Delegado para Bancos y Corporaciones, Superintendencia Bancaria.*

Paralela con la obligación descrita sabemos también que el Estado tiene que cumplir una tarea importante para proteger al consumidor, la cual está encaminada al establecimiento del equilibrio en la posición jurídica de las partes cuando celebran un contrato de naturaleza bancaria. Por ello, el legislador se ha preocupado de evitar la asimetría en la información al exigir mayores datos y una mejor ilustración al mercado por parte de las instituciones financieras.

Entre los derechos fundamentales de los consumidores en una economía de mercado, se destaca su derecho a la información, que tiene como objeto ilustrar sobre las condiciones de cada negociación y características de los productos comercializados, aspecto que aplicado a la actividad bancaria significa que los ahorradores o usuarios del crédito, tienen derecho a obtener información adecuada, oportuna y uniforme sobre la rentabilidad y costo financiero de los productos que demandan y acerca de la situación financiera de los bancos¹.

Como obligación correlativa al derecho a la información existe el deber profesional de las instituciones financieras de brindar esta clase de información con la periodicidad y en las condiciones que determinen las leyes bancarias, cuya finalidad esencial es la defensa del usuario.

La transparencia en la información se convierte entonces en un aspecto central dentro de la política orientadora de la actividad financiera, como quiera que sólo a partir de la misma se tendrá la convicción de que los agentes podrán tomar sus decisiones con base en sus propias expectativas; pero, además, con la seguridad que deberán asumir el riesgo derivado de sus actividades. Una verdadera transparencia del mercado supone, de un lado, la seguridad del conocimiento por parte de la entidad de control de la real situación financiera de las instituciones y, de otro, la certeza de que la información que ellas transmitan a los agentes es confiable, oportuna y adecuada².

Dentro del contexto descrito y en aras de reforzar los estímulos naturales del mercado en favor de una mayor competitividad y eficiencia, la Superintendencia Bancaria ha venido tomando una serie de medidas que apuntan a mejorar la calidad de la información financiera reportada por la entidades, a controlar la precisión y

1 *Néstor Humberto Martínez Neira, Sistemas Financieros, Biblioteca Felaban 1994, p. 140.*

2 *Ibid.*

credibilidad de esta información, y a introducir mecanismos que garanticen un mayor flujo de información hacia el público y una mayor transparencia sobre las condiciones de realización de las operaciones activas y pasivas, que ya no sólo se orienten a revelar la situación del intermediario, sino la calidad de sus productos y condiciones de precio. Este proceso durante los últimos años ha sido reforzado por un ambicioso programa de sistematización de la Superintendencia Bancaria.

Por otra parte, la Entidad, a través de varios instructivos unificados recientemente en la Circular Básica Jurídica, consignó en el Capítulo Sexto, reglas relativas a la competencia y a la protección del consumidor, referidas concretamente a los programas publicitarios de las entidades financieras y al tema de la protección a la libre contratación de pólizas de seguro en Instituciones Financieras por cuenta de sus deudores.

La citada circular, en el capítulo décimo, consignó lo relativo al trámite de las quejas presentadas ante la Superintendencia Bancaria, procedimiento establecido con anterioridad en la Resolución 51 de 1995, y es pertinente resaltar que el procedimiento señalado para que la entidad vigilada dentro del plazo fijado responda directamente al peticionario, emana del deber impuesto a las entidades vigiladas por el artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ya mencionado, sobre la debida prestación del servicio y protección del consumidor, sin perjuicio, claro está, de la evaluación que la Superintendencia Bancaria efectúe sobre cada caso en particular dentro de los límites de su competencia.

Así mismo la Superintendencia, en procura de una debida información al usuario de servicios financieros, ha creado una dependencia en la institución denominada *Centro de Atención al Usuario*, con el objeto de proporcionar información respecto de los derechos que tienen frente a las entidades que conforman el sector financiero, asegurador y previsional al colaborar adicionalmente, dicha dependencia en la orientación y canalización de los diferentes reclamos. La mencionada orientación es coadyuvada por las diferentes áreas de la Superintendencia Bancaria, la cual va dirigida a ilustrar sobre el ámbito de competencia de la Superintendencia frente al desarrollo de las relaciones contractuales entre los usuarios de los servicios financieros y los establecimientos de crédito.

De acuerdo con las estadísticas sobre quejas de Bancos y Corporaciones, durante 1995 se presentaron 3.923. En el pasado trimestre de este año se han presentado 994. El volumen de quejas es explicado en buena medida al analizar el contenido y razón

de las peticiones, puesto que ante la reclamación directa a la Entidad Bancaria, no se atienden con la debida eficacia y celeridad por parte de ésta, por lo cual debe recurrir el usuario a la Superintendencia Bancaria con el objeto de obtener un pronunciamiento que en primera instancia debió recibir de la respectiva entidad.

El paso dado con la adopción por parte de la Junta Directiva de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia del «Código de Buena Práctica Financiera para con el Cliente», que implanta la figura de la Defensoría del cliente en cada entidad financiera es importantísimo y demuestra la capacidad de autorregulación que ha desarrollado el sistema financiero colombiano. De su decidida puesta en práctica y aplicación, con seguridad, un gran porcentaje de las reclamaciones serán resueltas al interior de las entidades financieras, para evitar así que se recurra por parte del usuario a otras instancias como la Superintendencia Bancaria o la misma justicia ordinaria, todo esto en beneficio del usuario y claro está, de cada entidad financiera.

EL PAPEL DEL SECTOR FINANCIERO COLOMBIANO FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS

–CARLOS MARIO SERNA JARAMILLO*–

1. Fundamentos constitucionales y legales de la protección del usuario de los servicios financieros

1.1 Protección a los derechos colectivos-

Derecho del consumidor

En el ordenamiento colombiano existen normas que buscan corregir desigualdades naturales o que de hecho existen en toda sociedad. Éstas pretenden proteger al económicamente más débil contra el más fuerte, proteger al ignorante contra el experto o profesional. Dichas normas hacen parte de los derechos colectivos; es decir, del conjunto de derechos individuales que tiene un gran número de personas dentro de la comunidad.

* *Vicepresidente de Asobancaria.*

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

Surge así el «derecho del consumidor» como aquel conjunto de normas tendientes a proteger los derechos de los consumidores o usuarios de servicios, establece responsabilidades por la calidad de los productos y servicios y, obliga a la transparencia en las relaciones contractuales, en busca de restablecer una igualdad jurídica que debe compensar la desigualdad económica.

1.1.1 Herramientas y mecanismos de defensa de los administradores

El «derecho del consumidor» también pretende asegurar a los consumidores, parte débil de la relación contractual, medios eficientes de defensa entre los que se encuentran los siguientes: a) acción del Estado, a través de organismos de control. En el caso del sistema financiero, la Superintendencia Bancaria tiene la función de velar por la protección de los derechos de usuarios de los servicios prestados por las entidades que vigila; b) acciones realizadas por los propios consumidores a través de asociaciones, ligas o veedurías; c) establecimiento de acciones populares; d) creación voluntaria por parte de los productores o prestadores de los servicios de defensores de los consumidores (*ombudsman*).

1.1.2 Protecciones jurídicas a las relaciones contractuales

Con el fin de restablecer el equilibrio en las relaciones contractuales cuando una de las partes, por sus condiciones especiales, de hecho puede ejercer poder frente a la otra al imponer sus condiciones de contratación, el ordenamiento jurídico se manifiesta con normas, como la transferencia de la carga de la prueba y que dan pautas para la interpretación de contratos de adhesión, sobre el abuso del poder, del derecho y de la posición dominante, la libertad contractual, el mantenimiento del equilibrio económico-financiero, entre otros aspectos. Así mismo, la jurisprudencia es rica en la interpretación y alcance que se les ha dado a las normas sobre protección al consumidor.

1.1.3 Responsabilidades sociales, éticas y morales

Por otra parte, toda actividad –especialmente las actividades de trascendencia para la vida económica y social de la comunidad– debe desarrollarse bajo principios de la buena fe y en cumplimiento de las responsabilidades sociales, de acuerdo con patrones de comportamiento ético y moral.

1.2 Derechos básicos de los consumidores

Los principales derechos de los consumidores están recogidos en un proyecto de ley que actualmente hace curso en el Congreso. Entre éstos se destacan los siguientes:

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

2. Protección en el orden jurídico colombiano del usuario de los servicios del sistema financiero

En el ordenamiento jurídico colombiano los fundamentos de ese derecho que busca la protección de los usuarios del sistema financiero se encuentran en las siguientes normas:

2.1 *Protección constitucional a los usuarios del sistema financiero*

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 78, establece la necesidad de regular el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrar al público.

La Constitución hace responsables, de acuerdo con la ley, a quienes en la producción y comercialización atentan contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. Así mismo, el citado artículo dispone que el Estado debe garantizar la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las normas que les conciernen.

La actividad financiera es de interés público

La actividad que desarrollan las entidades financieras recibe una especial referencia constitucional, al calificarse como de interés público (art. 355, Constitución Política) y al necesitar autorización estatal para su realización. Las entidades financieras manejan dineros del público, son además un instrumento estatal para su intervención en la economía y prestan servicios vitales para el desarrollo económico del país y la satisfacción de las necesidades primarias de la comunidad en general (servicio público esencial). Importa en especial a la economía y ciudadanía en general la forma como se desarrolla la actividad financiera.

La importancia que da a la actividad financiera la propia Constitución (art. 355, C.P.) recibe un amplio desarrollo legal en lo que tiene relación con la protección de los usuarios.

2.2 *Intervención del gobierno para dictar normas tendientes a la protección del cliente del sistema financiero*

Los artículos 46, 48 y 49 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en adelante EOSF) establecen entre los objetivos que debe tener en cuenta el gobierno nacional al intervenir en la actividad financiera, los siguientes:

- Que el desarrollo de la actividad financiera esté en concordancia con el interés público (art. 46, literal c), EOSF).
- Tutelar de manera adecuada los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos, preferentemente el de ahorradores, depositantes e inversionistas (art. 46, literal b), EOSF).
- Que las operaciones financieras se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia (art. 46, literal d) EOSF).
- Determinar las normas de divulgación de las condiciones financieras y de las responsabilidades de las entidades financieras y sus administradores (art. 48, literal g) EOSF).
- Dictar normas para que en el otorgamiento de créditos no se empleen prácticas discriminatorias relacionadas con sexo, religión, filiación política, raza u otras situaciones distintas de las vinculadas directamente con el riesgo de la operación y la capacidad de pago, y prohibir reciprocidades que impidan injustificadamente el acceso a los servicios financieros.

2.3 *Protección especial al cliente del sistema financiero*

2.3.1 *Debida diligencia en la prestación de los servicios y el equilibrio contractual*

En el artículo 98, num. 4 del EOSF se recoge la principal expresión legal de protección a los usuarios del sistema financiero al establecer que las entidades financieras, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de sus servicios a sus clientes con el fin de que éstos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan

con aquéllas y en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. Así mismo, preceptúa la citada norma que en la celebración de las operaciones deben abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante pueden afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante.

Recientemente la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de octubre de 1994, con ponencia del magistrado Carlos Esteban Jaramillo, concluyó que la posición dominante de los establecimientos de crédito se presume. Sobre este aspecto la Corte sostuvo:

«... la banca en sus diferentes manifestaciones es una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican disponen de un enorme poderío económico que, "... barrenando los principios liberales de la contratación...", como lo dijera un renombrado tratadista (Joaquín Garrigues, *Contratos Bancarios*, cap. I, num. II), les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponerlas a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar, así como también administrar el conjunto del esquema contractual de esa manera puesto en marcha, pero no obstante ello, preciso es no perder de vista que en el ejercicio de estas prerrogativas de suyo reveladoras de una significativa desigualdad en la negociación, los intereses de los clientes no pueden menospreciarse; si así llega a ocurrir porque la entidad crediticia, con daño para su cliente y apartándose de la confianza depositada en ella por este último en el sentido de que velará por dichos intereses con razonable diligencia, se extralimita por actos u omisiones en el ejercicio de aquellas prerrogativas, incurre en abuso de la posición preeminente que posee y, por ende, al tenor del art. 830 del C. de Co., está obligada a indemnizar».

«... para el legislador la posición dominante de las entidades de crédito es un dato de hecho acerca de cuya realidad no hay controversia judicial posible y, así mismo, que en cuanto esa posición es determinante, para quien la goza, de situaciones particulares activas o de poder, en su desarrollo práctico dentro del contorno que marcan las relaciones contractuales por dichas entidades establecidas con sus clientes, hay lugar al abuso en perjuicio de estos últimos».

2.3.2 Normas sobre libre competencia

Entre los objetivos que deben guiar al gobierno a intervenir la actividad financiera está el de promover la libre competencia y la eficiencia de las entidades financieras (art. 46 literal e), EOSF). Por otra parte, están prohibidos los acuerdos y prácticas concertadas

que directa o indirectamente tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia (art. 98, num. 1, EOSF).

2.3.3 Acciones de clase en el sector financiero

Las personas que se sientan perjudicadas por actos que afecten la libre competencia o constituyan competencia desleal, pueden intentar acciones de responsabilidad civil para obtener la indemnización del daño causado (art. 98, num. 1, EOSF).

2.3.4 Normas que regulan la transparencia de las operaciones de las entidades financieras

Una de las formas como se logra que las operaciones se realicen en condiciones adecuadas y con transparencia es a través del suministro de información completa, adecuada y oportuna a los usuarios de los servicios, para lo cual existen requerimientos de información (información obligatoria) y el sometimiento de la publicidad destinada a la atracción de la clientela a determinados requisitos. Así mismo, en el ordenamiento que regula la actividad de las entidades financieras aparecen normas sobre el contenido, la forma y ejercicio de los contratos.

2.3.4.1 Publicidad destinada a la atracción de la clientela

En los programas publicitarios que realicen las entidades financieras para la atracción de la clientela, éstas deben obtener autorización general o individual de la Superintendencia Bancaria.

Dichos programas deben ajustarse a las normas vigentes, a la realidad jurídica y económica del servicio promovido y no deben constituirse en mecanismos de competencia desleal (art. 99, num. 1, EOSF).

La Superintendencia Bancaria, mediante la Circular Básica Jurídica (Cir. 07/96), impartió instrucciones al respecto, de las cuales conviene resaltar los siguientes aspectos:

- Condiciones básicas de los textos publicitarios

Cuando desee incluirse información financiera contable o estadística, deben utilizarse cifras históricas. Si las cifras son variables (total de depósitos, activos, etc.), debe identificarse el período al cual corresponden.

Los mensajes no pueden ser contrarios a la buena fe, ni pueden tender a establecer competencia desleal (arts. 75 y 77, C. de Co), deben identificar que la entidad es vigilada por la Superintendencia Bancaria y expresar la denominación o razón social tal como aparece en sus estatutos.

- Prácticas prohibidas

El referido instructivo recuerda que la imagen institucional o las características de los productos o servicios que se promuevan deben ser ciertas y comprobables, de tal forma que la entidad se encuentre en la posibilidad real y legal de cumplir con lo ofrecido. En tal sentido se entienden prohibidas las siguientes prácticas:

- a) Ponderar un producto con bondades o características contrarias a la realidad.
- b) Presentar la solidez de los productos o servicios en aspectos ajenos al verdadero sustento técnico, jurídico o económico de la publicidad; por ejemplo: «contamos con el respaldo de los mayores accionistas».
- c) Utilizar afirmaciones que permitan deducir como definitivas situaciones que responden a situaciones coyunturales.

Por otra parte, se entiende sometida a la autorización de la Superintendencia Bancaria (general o individual) toda campaña publicitaria no institucional, es decir, todos los mensajes publicitarios difundidos por cualquier medio de comunicación (televisión, radio, prensa, correo directo, envío de cupones, entrega a clientes o terceros, o cualquier otro medio escrito u oral, orientados a difundir los productos o servicios de forma masiva o no).

2.3.4.2 Información obligatoria que debe suministrarse al público y a las autoridades de control

Las entidades financieras deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado. Así lo establece el artículo 97 del numeral 1 del EOSF.

La publicidad e información que debe suministrarse al público, según sea su naturaleza, se efectúa a través de publicaciones en diarios de amplia circulación, en carteleras situadas en las oficinas en lugares visibles y en los mismos contratos.

Por lo general la información que se exige suministrar al público tiene relación con el costo de los servicios (tasas de interés activa y comisiones) y del rendimiento de las operaciones pasivas, y sobre la situación financiera de la entidad.

2.3.4.3 Normas sobre el contenido, forma y ejecución de los contratos

Otro de los mecanismos legales para lograr la transparencia en las operaciones consiste en regular el contenido, la forma y la ejecución de los contratos. Así por ejemplo, se puede hacer referencia a los siguientes aspectos:

- Obligación de someter a aprobación previa de la Superintendencia Bancaria el texto de algunos contratos o reglamentos (reglamento de depósitos de ahorro –art. 126, num. 5, EOSF–, modelos de contrato que sirvan de base a las sociedades fiduciarias para la celebración de contratos de adhesión o para la prestación masiva del servicio -art. 146, num. 4, EOSF).
- La prohibición de utilizar cláusulas exorbitantes (art. 98, num. 4, EOSF).
- Obligación de entregar los contratos suscritos y establecer un preaviso razonable para terminar o modificar contratos.
- Obligación de informar sobre algunos aspectos relacionados con la operación de los contratos (entrega de extractos y liquidación de las operaciones).

2.4. Responsabilidad de los administradores en la protección de los derechos de la clientela

La actividad financiera recibe un especial tratamiento constitucional y legal; su objeto consiste en manejar recursos del público y su influencia es trascendental para el desarrollo económico. No se trata de una actividad de libre iniciativa privada; y por ello requiere autorización estatal y está sujeta a estricta supervisión y control.

En el artículo 72 del EOSF se establece que los administradores de las entidades financieras deben «obrar no sólo dentro del marco de la ley, sino dentro del principio de la buena fe y de los servicios a los intereses sociales».

- La actividad que desarrolla el sector financiero es de interés público, donde existe una clara responsabilidad social y una obligación de protección de los intereses de los usuarios de sus servicios, en especial de los ahorradores y depositantes. Y ello justifica plenamente esquemas de vigilancia y control e intervención del Estado en el sector financiero, a los cuales pueden agregarse sistemas paralelos de fiscalización del público, a través de asociaciones de consumidores, las cuales son impulsadas constitucionalmente (arts. 78 y 88 de la Constitución Política), normas que seguramente recibirán desarrollo legal, habida cuenta de que cursan hoy en el Congreso proyectos de ley sobre estos aspectos.

Para el caso del sector financiero, la ley (Dec. 663/93, art. 46 del EOSF) fija como criterio y objetivo de intervención del Gobierno que en el funcionamiento de la actividad financiera se tutelen adecuadamente los intereses de los usuarios, en adición a los deberes concretos que trae el EOSF frente a la debida protección del servicio y de protección al consumidor (art. 98, EOSF), circunstancia que obliga al administrador financiero a adoptar las medidas necesarias para asegurar una adecuada protección que constitucional y legalmente se consagra en favor de los derechos e intereses colectivos del usuario financiero.

El alcance de la regulación de intervención y control por parte del Estado y de los mismos consumidores depende de la actitud de los administradores del propio sistema financiero y de sus propios esquemas de autorregulación.

De acuerdo con el marco jurídico que regula la actividad de las entidades financieras, éstas no sólo deben ajustarse estrictamente al marco legal, sino que también deben adoptar patrones de comportamiento éticos y morales, para lo cual se obligan a instrumentar políticas y códigos de conducta internos (obrar de buena fe, art. 72 del EOSF). Así mismo, deben asumir responsabilidades sociales concretas (servicio a los intereses sociales, art. 72, EOSF) y no hacer uso de su posición dominante en contra de los intereses de sus clientes (art. 98, num. 4, EOSF).

Las acciones en materia de protección al cliente se enmarcan dentro del objetivo de promover y mantener la imagen y confianza del público en el sector financiero, y la mejor herramienta para alcanzar dicho objetivo es la autorregulación sectorial.

El Código de Buena Práctica Financiera y el defensor del cliente (*ombudsman*) son una respuesta de autorregulación de los administradores del sector financiero a los principios legales y éticos que le imponen diferentes obligaciones encaminadas a ofrecer una adecuada protección al usuario del servicio. En varios países del mundo el propio sector financiero adoptó la figura del defensor del cliente en forma voluntaria. En América Latina, el sector financiero colombiano está abriendo el camino para adoptar mecanismos de autorregulación en materia de protección al cliente, a través de un Código de Buena Práctica Financiera y la creación del defensor del cliente, a partir del mes de mayo de 1995, figura que viene implantándose lentamente en el sistema colombiano.

3. Antecedentes, evolución y futuro del defensor del cliente en Colombia

La junta directiva de la Asociación, en el mes de agosto de 1994, resolvió analizar el papel del sistema financiero, en un esquema de autorregulación en materia de protección de los derechos de los clientes de las entidades del sector.

En ese entonces, como ahora, el tema de la autorregulación resultaba crucial frente a las posibles iniciativas de las autoridades a este respecto, en desarrollo de las nuevas normas constitucionales y disposiciones legales a las que se hizo referencia.

Como desarrollo de lo anterior, a finales de 1994 se conformó un comité interdisciplinario encargado de proponer un plan de acción del sector financiero para la protección de los clientes.

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

En segundo término, se 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 España, Gran Bretaña y Alemania.

Después de hechas las consultas con las entidades miembros de la Asociación, la junta directiva adoptó como acuerdo interbancario el Código de Buena Práctica Financiera

y la implantación de la figura del defensor del cliente en el sector financiero colombiano, el 10 de mayo de 1995.

Cuarenta y cinco entidades de las 71 miembros de la Asociación, han comunicado la implantación el Código y el defensor del cliente.

A instancias de la junta directiva, y con el fin de impulsar el proceso de implantación del Código y del defensor del cliente, la administración de la Asociación constituyó el 6 de octubre de 1995 el Comité del Defensor del Cliente, el cual tiene como objetivos generales los siguientes:

1. Promover la implantación de la figura de “defensor del cliente” en las entidades financieras de Colombia, de tal forma que el cliente obtenga información y soluciones a sus inquietudes de manera concreta, confiable, cierta y oportuna.
2. Crear políticas de tipo general tendientes a estructurar los deberes, obligaciones y funciones asignadas al defensor del cliente y facilitar su puesta en marcha y aplicación permanente.
3. Monitorear la calidad del servicio ofrecido a los clientes del sector financiero colombiano y presentar a este último recomendaciones para incrementar la satisfacción del cliente.

Al tener como base las actividades desarrolladas por el Comité de Defensor del Cliente y una encuesta realizada por la administración de la Asociación durante noviembre y diciembre entre las entidades miembros sobre el estado de desarrollo, características y problemas en la implantación de la figura del defensor del cliente, se llegó a las siguientes conclusiones:

- Las entidades financieras en su gran mayoría han realizado actividades conducentes a cumplir con lo establecido en el acuerdo interbancario.
- No obstante lo anterior, algunas entidades financieras han confundido la figura de defensor del cliente con áreas de servicio o atención de quejas y reclamos, líneas de atención 9800, servicios de información al usuario, entre otros.
- Por causa de esto, la función del defensor del cliente ha sido delegada en funcionarios de la entidad, entre los cuales se tienen gerentes de mercadeo,

áreas de calidad, auditores, contralores, gerentes de servicio y atención al cliente, áreas jurídicas, secretaría general, revisores fiscales y grupos interdisciplinarios.

La delegación de las funciones del defensor del cliente a un cargo ya estructurado dentro de la entidad y con otras funciones principales puede estar impidiendo o dificultando el cumplimiento de las funciones de defensor del cliente, toda vez que posiblemente se presenten conflictos con otras funciones asignadas.

- La mayor parte de las entidades no ha informado al público la creación de la figura, se ha limitado al desarrollo interno, al postergar la divulgación para el momento en el cual se tenga la infraestructura adecuada.

La figura del defensor del cliente del sector financiero adquiere, hoy más que nunca, una vital importancia si se tiene en cuenta el proyecto de ley 228 de 1995 de la Cámara de Representantes, «Por la cual se dictan normas sobre eficiencia y descongestión en la justicia y se promueve el acceso a la misma». El mencionado proyecto, iniciativa del Ministerio de Justicia y del Derecho, muestra el interés del gobierno de darle a la Superintendencia Bancaria facultades judiciales para resolver conflictos que no excedan de 90 salarios mínimos legales mensuales.

El proyecto de ley 228 de 1995, además de inconveniente, es inconstitucional por las siguientes razones:

La nueva Constitución facultó a determinadas autoridades administrativas para que por ley puedan «excepcionalmente» administrar justicia en «materias precisas».

Esta facultad es la que utiliza el Ministerio de Justicia en su proyecto frente a la Superintendencia Bancaria, al otorgarle facultad para que conozca de las peticiones de interés particular que se presenten a esa Superintendencia por los usuarios o clientes de las entidades vigiladas, y que se relacionen con asuntos contenciosos.

Sin embargo, no resulta clara la delimitación de las funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia Bancaria. En efecto, la Constitución señala que la facultad para administrar justicia debe ser sobre materias precisas. Al establecer el proyecto de ley en mención que la Superintendencia *conocerá de todos los asuntos que le son asignados legalmente en virtud del EOSF y demás normas concordantes*, no

se limita al campo de acción, ya que el EOSF además de señalar funciones precisas a la Superintendencia en su artículo 326, establece infinidad de asuntos que le son asignados a ese ente. Por otra parte, las normas concordantes con el EOSF son innumerables; es decir, no hay precisión de la competencia y además no hay asignación *excepcional* de funciones jurisdiccionales y, por el contrario se hace referencia a *todos los asuntos*. Así las cosas, no se compadece con el texto constitucional antes citado, que un ente como la Superintendencia quede facultado con poderes casi ilimitados en materias jurisdiccionales y sobre asuntos no excepcionales sino de carácter general.

Por otra parte, la Constitución de 1991 conserva la división tripartita de las ramas de poder público, e introduce el concepto de órganos autónomos e independientes. Según el artículo 113 de la Constitución, el poder público colombiano se divide en tres ramas: la ejecutiva, la legislativa y la jurisdiccional. Este principio de separación de poderes implica que todas las ramas son independientes, pero que deben colaborar unas con otras con el fin de realizar sus fines. En el caso presente, se observa que a la Superintendencia Bancaria le son otorgadas funciones jurisdiccionales en relación con las entidades por ella vigiladas y sobre las mismas operaciones sobre las que ejerce una inspección y control desde el punto de vista administrativo; es decir, sería funcionario administrativo y juez al mismo tiempo. ¿Qué ocurriría si la Superintendencia expidiera un acto administrativo o emitiera un concepto sobre la violación de una norma, y después debiera conocer del mismo asunto como juez, o viceversa? ¿O es que la Superintendencia perdería competencia para actuar como autoridad de policía, toda vez que eventualmente podría ser funcionario judicial sobre los mismos hechos?

Igualmente, si bien es cierto que debe existir una colaboración armónica entre las ramas del poder público, el hecho de que un ente administrativo expida las normas aplicables a un sector y se convierta al mismo tiempo en juez del mismo, viola los derechos individuales de las entidades vigiladas, ya que deposita en un mismo ente dos de los poderes públicos, lo que le otorga a la Superintendencia Bancaria un poder casi absoluto ante las entidades financieras al convertirse en juez y parte. Esta doble función hace que en desarrollo de sus funciones jurisdiccionales se pierda la imparcialidad que debe guiar la labor de los jueces, la cual no se da a cabalidad en un organismo de policía administrativa.

Además, no se entiende el porqué del proyecto de ley que restringe la posibilidad de las entidades financieras de acudir a la Superintendencia, ya que si el propósito del

mismo es descongestionar los juzgados, las entidades deberían poder utilizar esta “jurisdicción” alternativa. No es constitucional establecer jueces a los cuales sólo puede acudir una de las partes en conflicto.

Encontramos también que para poder cumplir con este mandato legal la Superintendencia tendría que incurrir con una serie de gastos administrativos tendientes a contratar a las personas encargadas de estas funciones y a dotarlas de los implementos necesarios. Este gasto legalmente no pueden asumirlo las entidades financieras, toda vez que las contribuciones que se pagan lo son para el mantenimiento del control administrativo y nunca para que el sector financiero asuma costos de otra índole.

Al parecer, existen motivos suficientes para que el sector financiero se oponga radicalmente a iniciativas como las contenidas en el proyecto de ley, e independientemente de las razones de índole jurídica, debe continuar con su actividad de autorregulación que fortalezca la confianza del público en el sector financiero y mejore los mecanismos de protección a la clientela.

La figura del defensor del cliente constituye una muy buena carta de presentación del sector financiero, frente al gobierno, al Congreso y la comunidad en general que evite la implantación de figuras exóticas e inconvenientes. El defensor se convierte en una expresión de autorregulación que desarrolla principios constitucionales y legales de protección a los consumidores que se anticipa, tal como debe ser, a la adopción de normas que, en no pocas ocasiones, colocan cargas injustas e inequitativas a sus destinatarios. En este orden de ideas, el defensor del cliente se convierte en una herramienta ideal para alcanzar el anhelado propósito de descongestionar la justicia y lograr resolver conflictos en instancias diferentes de los despachos judiciales. También es el defensor del cliente un mecanismo que facilita al gobierno y a la Superintendencia Bancaria el cumplimiento de sus funciones encaminadas a buscar que se tutelen adecuadamente los intereses de usuarios de los servicios que presta el sector financiero, especialmente de los ahorradores y depositantes e inversionistas (art. 46, literal b), Dec. 663/93 del EOSF).

Por lo anterior, se propondrá al gobierno y a la Superintendencia Bancaria, la expedición de una norma similar a la Circular 08 de 1989 del Banco de España, en virtud de la cual se reconozca la importancia de las funciones del «defensor del cliente» y se consagre la obligación de presentar la reclamación que no haya sido resuelta directamente por la entidad al «defensor del cliente» antes de acudir a la

Superintendencia Bancaria. Para ello, obviamente, será necesario demostrar al gobierno y a la Superintendencia la existencia de una estructura y condiciones mínimas que le permitan al defensor el cumplimiento de sus funciones de una forma adecuada, oportuna e imparcial. Por esta razón la junta directiva de la Asociación resolvió acordar la determinación de un plazo para poner en funcionamiento el defensor del cliente, en los términos aprobados en el acuerdo interbancario del mes de mayo de 1995.

En conclusión, el defensor del cliente financiero en Colombia es una forma de recoger tendencias internacionales encaminadas a que los propios sectores económicos que prestan servicios a la comunidad, adopten voluntariamente mecanismos que les permitan cumplir con los deberes que les imponen la ética y la ley y desarrollar su actividad en servicio de los intereses sociales.

3.1 Posibles modificaciones al Código de Buena Práctica Financiera y al defensor del cliente

Después de analizar el desarrollo de la figura en los últimos meses, así como las actividades realizadas por el Comité del Defensor del Cliente, la administración de la Asociación recomendó a dicho Comité estudiar la posibilidad de introducir al Código de Buena Práctica Financiera, las siguientes modificaciones:

- Establecer la posibilidad de que cada entidad limite la competencia del defensor del cliente al análisis de reclamaciones que no superen una determinada cuantía o se excluya de su conocimiento la reclamación sobre asuntos que por su naturaleza no deben ser sometidos a su análisis.
- Reforzar el carácter imparcial del defensor al recomendar que las funciones no sean asignadas a personas que desarrollan actividades que pueden resultar generadoras de conflicto de interés al momento de tomar sus decisiones.
- Determinar un plazo para que la figura del defensor funcione de acuerdo con lo establecido en el Código de Buena Práctica Financiera, previa comunicación al público de su existencia.

3.2 Promoción del defensor del cliente dentro del sector financiero

Con base en el diagnóstico elaborado por la administración de la Asociación, fácilmente se concluye que buena parte del sector financiero, incluso las personas designadas como defensores del cliente, desconocen el alcance y funcionamiento de la figura, motivo por el cual se resolvió llevar a cabo un programa de promoción y divulgación del defensor del cliente. En primer lugar, el asunto fue incluido en el temario de la Convención Bancaria con la presencia de los defensores del cliente alemán y español. También se programó un seminario para el 30 de abril dirigido a todos los funcionarios del sector, con el cual se pretende hacer un análisis académico y resaltar las virtudes del esquema del defensor del cliente y aprovechar la experiencia de otros países, con el fin de facilitar la implantación de la figura en el país.

4. El defensor del cliente del sistema financiero en Colombia

4.1 Concepto

Se entiende por defensor del cliente la persona u órgano de carácter privado e imparcial, 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.

4.2 Finalidad

Con la creación e implantación del «defensor del cliente» se pretende aumentar y conservar la confianza del público y obtener valiosa información para mejorar el servicio.

4.3. Competencia del defensor

El defensor del cliente conoce sobre todo tipo de reclamaciones que no hayan sido sometidas a decisión judicial o arbitral y que los hechos sean presentados dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que éstos ocurrieron. Sin embargo, cada entidad debe limitar la cuantía y la naturaleza de los asuntos que sean sometidos a su análisis.

4.4. Características

El defensor del cliente se caracteriza por ser:

- *Gratuito*: No tiene costo alguno, el cliente no asume ningún gasto por someter su reclamación a la decisión del defensor.
- *Imparcial*: La entidad debe adoptar todos los medios a su alcance para lograr y mantener la imparcialidad del defensor, de ello dependerá en buena medida el desarrollo de la medida. Si la total imparcialidad del defensor del cliente no se logra, la figura está condenada al fracaso.
- *Obligatorio*: Las decisiones del defensor son obligatorias para la entidad y no para el cliente.

4.5. Funciones

Las principales funciones del defensor del cliente en relación con el cliente y la entidad son las siguientes:

- Resolver y atender conflictos
- Atender quejas y reclamaciones no resueltas directamente por la entidad.
- Informar a la clientela respecto de sus derechos obligaciones.

4.6. Procedimiento ante el defensor

- a) Para acudir al defensor, el cliente debió haber agotado las instancias de la entidad según Manual Interno, circunstancia que se entiende haber ocurrido cuando la decisión es contraria a los intereses del cliente o han transcurrido quince (15) días sin respuesta por parte de la entidad.
- b) El escrito de reclamación debe contener los datos del reclamante, la sucursal u oficina involucrada, los hechos, razones y causas de la reclamación y declaración de que los hechos expuestos no han sido resueltos o sometidos a vía judicial o arbitral.

- c) Después de admitir la reclamación, es decir, luego de que el defensor ha determinado que es competente para conocer de la reclamación, éste tiene quince (15) días calendario para solicitar a la oficina los comentarios sobre la reclamación.

La respuesta de la oficina debe efectuarse dentro de un plazo máximo de quince (15) días.

- d) La decisión debe tomarse en un plazo máximo de un (1) mes.

4.7 Contenido de la decisión

La decisión debe contener lo siguiente:

- a) Debe ser motivada.
- b) El reconocimiento de los derechos económicos a favor del cliente y plazo para cumplir la decisión.
- c) Propuestas que tiendan a conseguir solución equitativa para las partes y mantener confianza mutua.
- d) Plazo para la aceptación de la decisión por parte del cliente.

4.8 Efectos de la decisión

Para la entidad financiera es obligatoria la decisión, pero no es ejecutable judicialmente, salvo que se haya suscrito acuerdo de transacción.

Para el cliente no es obligatoria la decisión, pero en el evento de que acepte la decisión o recomendaciones del defensor del cliente, debe declarar por escrito la aceptación en forma pura y simple.

Así mismo, se debe proceder a firmar un acuerdo de transacción, en el cual se precisen los siguientes aspectos:

- Delimitación clara de los hechos materia de controversia.
- La decisión del defensor del cliente y acuerdo de arreglo.

- Renuncia a ejercer reclamación por la vía administrativa, judicial o arbitral.
- Renuncia condicionada al cumplimiento.
- Forma y plazo para cumplir.

4.9. Naturaleza jurídica. Comparación con otras figuras

El defensor del cliente: Es un mecanismo de solución directa de los conflictos adoptado voluntariamente por un proveedor de bienes o servicios para proteger los derechos de sus clientes, que actúa como mediador pero con capacidad de tomar decisiones que vinculan únicamente al proveedor.

La fuerza vinculante de la decisión del defensor depende, en principio, de la responsabilidad del proveedor frente a sus clientes y la comunidad en general.

Arbitraje: Es la solución de diferencias entre dos o más personas por un tercero al que se someten las partes libres y voluntariamente.

El laudo (decisión) es ejecutable judicialmente y obliga a ambas partes.

Diferencia con el defensor: La decisión del defensor obliga a una parte y la otra es libre de aceptarla, su gestión puede terminar en una transacción vinculante para ambos.

Mediación o conciliación: Cuando dos o más personas requieren los oficios de una persona ajena al conflicto (mediador-conciliador) para que proponga o facilite un acuerdo.

El mediador o conciliador no adopta decisiones, facilita un acuerdo que si las partes aceptan (transacción), es obligatorio y vinculante para ellas.

Diferencia con el defensor: El defensor sí toma decisiones y obliga únicamente a una parte. Su decisión es sólo ejecutable por vía judicial si se suscribe transacción.

El defensor no es un tercero totalmente ajeno a la entidad.

CONCLUSIONES

Como conclusión de lo expuesto anteriormente se pueden resaltar los siguientes puntos:

1. Las bases normativas para la protección a los derechos de los clientes son claras y suficientes en Colombia.
2. La protección del cliente del sistema financiero recibe especial atención legal y constituye uno de los principales objetivos de la regulación y supervisión de la actividad financiera.
3. Los administradores de las entidades financieras tienen claras responsabilidades legales, sociales, éticas y morales en el desarrollo de su actividad. La autorregulación ha sido uno de los mecanismos utilizados por el sector para atender a dichas responsabilidades.
4. La autorregulación en materia de protección de los derechos de los usuarios de los servicios financieros es necesaria para fortalecer la confianza del público y responder a los compromisos que la ley le impone a los administradores financieros.
5. Del alcance de la autorregulación y de la voluntad del sector financiero para aplicarla, dependerá el alcance de la regulación y supervisión estatal y las acciones de los propios usuarios.
6. El Defensor del Cliente y el Código de la Buena Práctica Financiera para con el Cliente constituyen una buena expresión del compromiso del sector frente a la comunidad en general y las autoridades, con el fin de lograr el continuo mejoramiento de la confianza del público y evitar actuaciones inconvenientes de las autoridades.