

# **Defensoría del Consumidor Financiero**

## **Dictámenes y conceptos**

**Anexos: Derecho Positivo y  
Jurisprudencia**

Darío Laguado Monsalve  
Rosa Lucía Giraldo Archila

---

Defensoría del Consumidor Financiero  
Dictámenes y Conceptos  
Anexos: Derecho Positivo y Jurisprudencia

ISBN: 978-958-716-234-9

Laguado Giraldo Ltda.  
Defensoría del Consumidor Financiero  
Darío Laguado Monsalve  
Rosa Lucía Giraldo Archila

Corrección editorial: Carolina Deik

Impresión: Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas  
JAVEGRAF

© Bogotá, D.C., 2010

## ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN .....</b>	<b>23</b>
---------------------------	-----------

### **I. DICTÁMENES Y CONCEPTOS**

#### **1. SOBRE LA DEFENSORÍA DEL CLIENTE FINANCIERO**

Incompetencia sobreviniente. Actuación administrativa y remisión al competente. ....	27
--	----

**Ref:- 05-1-44-007** (12 de julio de 2005)

Competencia .....	27
-------------------	----

**Ref:- 05-1-43-058** (27 de julio de 2005)

Pluralidad de quejas .....	28
----------------------------	----

**Ref:- 05-1-47-098** (4 de agosto de 2005)

Conceptos del defensor del cliente. El quejoso puede acudir ante la Superintendencia Financiera .....	30
---	----

**Ref:- 05-1-43-066** (7 de agosto de 2005)

Los conceptos del defensor del cliente no son obligatorios .....	30
--	----

**Ref:- 05-1-43-066** (7 de agosto de 2005)

Legitimación ante la Defensoría.

La queja debe proponerla el cliente, no su padre .....	31
--	----

**Ref:- 05-1-43-088** (16 de agosto de 2005)

Competencia de la Defensoría del Cliente. Información al cliente en la etapa precontractual. Falta de respeto, falta de información adecuada, falsas expectativas .....	31
---	----

**Ref:- 05-1-44-031, 05-1-44-035, 05-1-44-006** (22 de septiembre de 2005)

Incompetencia de la Defensoría cuando hay queja ante la Superfinanciera .....	33
---	----

**Ref:- 05-1-2- 09** (23 de septiembre de 2005)

Incompetencia en asuntos laborales .....	34
<b>Ref:- 05-1-43-113</b> (27 de septiembre de 2005)	
Interpretación del texto que contiene la queja. Competencia de la Defensoría. ....	34
<b>Ref:- 06-1-2-156</b> (7 de septiembre de 2006)	
El conocimiento de la Superfinanciera excluye a la Defensoría. La contestación del banco legitima a la Defensoría .....	35
<b>Ref:- 06-1-43- 247</b> (26 de octubre de 2006)	
Competencia territorial y temporal .....	37
<b>Ref:- 06-1-2- 045</b> (4 de noviembre de 2006)	
Incompetencia de la defensoría para tramitar créditos .....	40
<b>Ref:- 08-1-2-450</b> (22 de septiembre de 2008)	
Sobre la defensoría y el cliente. Competencia de la defensoría respecto a la cuantía .....	40
<b>Ref:- 08-1-2-340</b> (30 de septiembre de 2008)	
Competencia de la Defensoría cuando hay queja ante la Superfinanciera Conocimiento de la Defensoría y de la SFC en sus respectivos ámbitos de competencia .....	41
<b>Ref:- 08-1-2- 718</b> (20 de febrero de 2009)	
 <b>2. BUENA FE</b>	
El silencio. En la formación o modificación del contrato. Usos contractuales y buena fe .....	43
<b>Ref:- 05-1-2- 044</b> (22 de agosto de 2005)	
Error humano. Toda disculpa es de buen recibo e implica un resarcimiento .....	45
<b>Ref:- 05-1-2- 046</b> (24 de agosto de 2005)	
<b>Ref.- 05-1-2-075</b> (20 de Septiembre de 2005) .....	46
Información suministrada por el cliente. Instrucciones erradas del cliente .....	47
<b>Ref.- 05-1-2-083</b> (26 de septiembre de 2005)	

Contraseña de la Cédula de Ciudadanía ..... 48  
**Ref:- 05-1-44-090** (12 de octubre de 2005)

Lista Clinton. Responsabilidad del Banco ..... 50  
**Ref:- 05-1-44-100** (4 de noviembre de 2005)

Servicio al cliente. Veedurías Colectivas ..... 50  
**Ref:- 05-1-44-099** (5 de noviembre de 2005)

Cédula de Ciudadanía. “Páguese al primer beneficiario”.  
 La contraseña que se expide a quienes solicitan la Cédula de Ciudadanía ..... 51  
**Ref:- 05-1-2-151** (19 de enero de 2006)

El cliente de mala fe. Congelación del saldo ..... 52  
**Ref:- 06-1-44-125** (30 de agosto de 2006)

### 3. INFORMACIÓN AL CLIENTE

Información al cliente en la etapa precontractual.  
 Falsas expectativas. Competencia de la Defensoría del cliente ..... 55  
**Ref:- 05-1-43-064** (18 de agosto de 2005)

Información incorrecta suministrada por el banco.  
 La sanción del 20% (Art. 731) supone culpa y pronunciamiento judicial.  
 El abono en cuenta se hace después del canje ..... 56  
**Ref:- 05-1-44-044** (29 de agosto de 2005)

Derecho a la información veraz ..... 57  
**Ref:- 05-1-2- 147** (5 de noviembre de 2005)

Razones de la negativa. La vocería del Defensor del Cliente ..... 58  
**Ref:- 05-1-44- 144** (28 de noviembre de 2005)

Operaciones de giros. Tasas de cambio. Monetización de los recursos ..... 65  
**Ref:- 06-1-44-032** (10 de abril de 2006)

Transparencia.  
 La información institucional debe ser clara, concreta y explícita.  
 Contratos en masa. Consentimiento Ilustrado ..... 67  
**Ref:- 06-5-18-008** (25 de mayo de 2006)

Mandato sin representación ..... 68  
**Ref.- 08-85-28-07** (28 de julio de 2008)

El banco está obligado a enviar periódicamente los  
 extractos sin cobrar por ello ..... 69  
**Ref.- 08-1-2-388** (8 de septiembre de 2008)

**Ref:- 08-1-12- 120** (20 de octubre de 2.008) ..... 70

#### 4. HÁBEAS DATA

Actualización del dato.  
 Permanencia del dato negativo ..... 73  
**Ref:- 06-1-43- 017** (20 de marzo de 2005)

Reporte injusto ..... 76  
**Ref:- 05-1-29-009** (28 de agosto de 2005)

Cuota de manejo. Refinanciación y reportes ante las  
 Centrales de Riesgos por otros créditos.  
 Boletín de Morosos de la Contaduría General de la Nación ..... 77  
**Ref:- 05-1-43-076** (18 de septiembre de 2005)

Permanencia del dato negativo. Actualización del deudor ..... 79  
**Ref:- 05-1-2- 131** (28 de octubre de 2005)

La colaboración de la entidad vigilada.  
 Si el vigilado por la Superintendencia Financiera no colabora  
 con la Defensoría, ella no puede emitir un concepto condicionado ..... 80  
**Ref:- 05-1-2- 131** (28 de octubre de 2005)

Efectos del dato negativo ..... 80  
**Ref:- 05-1-43-063** (23 de noviembre de 2005)

Actualización del soporte. Caducidad del dato negativo ..... 82  
**Ref:- 05-1-43-192** (6 de enero de 2006)

Banco de datos. Caducidad del dato ..... 83  
**Ref:- 05-1-43-199** (7 de enero de 2006).

El titular de la cuenta puede autorizar la divulgación de datos.  
 Si no hay autorización, el banco debe eliminar el reporte ..... 83  
**Ref:- 06-1-2- 191** (21 de septiembre de 2006)

Reserva Bancaria. Lealtad, buena fe y no abuso del derecho ..... 84  
**Ref.- 08-1-2-331** (27 de agosto de 2008)

Reserva Bancaria está amparada por el derecho a la intimidad y el secreto profesional. Admite excepciones ..... 88  
**Ref.- 08-1-2-531** (28 de octubre de 2008)

La información referente a los estados financieros puede ser recopilada pero no divulgada a través de las bases de datos ni pueden incidir en la calificación de los usuarios.  
 Sólo se puede divulgar la información que tiene que ver con el nacimiento, ejecución y extinción de obligaciones dinerarias ..... 91  
**Ref.- 09-1-12-019** (30 de marzo de 2009)

La ley 1266 de 2008 sólo rige a partir de su promulgación  
 Régimen de transición y amnistías ..... 94  
**Ref.- 09-1-2-116** (1° de abril de 2009)

No es necesario estar al día con *todas* las obligaciones para gozar de la amnistía del artículo 21 de la ley 1266 de 2008  
 La amnistía sólo favorecerá al deudor con respecto a aquellas obligaciones que pague dentro del término que prevé la ley ..... 96  
**Ref.- 09-1-2-142** (6 de abril de 2009)

## 5. INSTITUCIONES FINANCIERAS

Transformación de entidades bancarias.  
 Colaboración en la reconstrucción del itinerario de la operación ..... 99  
**Ref.- 05-1-43-021** (19 de julio de 2005)

Grupo Financiero. Competencia de la Defensoría del Cliente ..... 100  
**Ref.- 05-1-2-086** (7 de septiembre de 2005)

Homebanking. Usuario Activador ..... 101  
**Ref.- 05-1-44 121** (5 de diciembre de 2005)

Homebanking. Retiros a través de Internet ..... 103  
**Ref.- 06-1-44- 083** (4 de julio de 2006)

La integración cooperativa (Historia de Megabanco).  
 Competencia de la Defensoría y allanamiento de la entidad vigilada ..... 106  
**Ref.- 06-1-44-157** (20 de octubre de 2006)

Libertad de horarios no es absoluta. Los usuarios que ingresen antes del cierre serán atendidos .....	111
<b>Ref:- 08-1-43- 148</b> (8 de agosto de 2008)	
Competencia de la Superintendencia Financiera .....	112
<b>Ref:- 06-1-44- 086</b> (4 de julio de 2006)	
La Colaboración de la entidad vigilada. Reconocer el error enaltece a los administradores .....	113
<b>Ref:- 06-85-28-04</b> (13 de julio de 2006)	
La Colaboración de la entidad vigilada. Si el vigilado por la Superintendencia Financiera no colabora con la Defensoría, ella nada puede hacer .....	113
<b>Ref:- 06-1-44-166</b> (22 de octubre de 2006)	
Exigencias inútiles resultan ilegales. Las Instituciones Financieras sólo pueden restringir el acceso a sus servicios por criterios objetivos y razonables .....	113
<b>Ref:- 08-1-43- 202</b> (25 de agosto de 2008)	
Los adultos mayores deben recibir un trato preferencial, sean o no clientes del banco .....	116
<b>Ref:- 08-1-43-228</b> (10 de octubre de 2008)	

## 6. GRAVÁMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS

Cuentas exentas. Marcación de la cuenta .....	119
<b>Ref:- 05-1-44-006</b> (12 de julio de 2005)	
Cuentas exentas .....	120
<b>Ref:- 05-1-2-020</b> (25 de julio de 2005)	
Momento en el que se causa el GMF. Sobregiro o descubierto .....	128
<b>Ref:- 06-1-12- 030</b> (22 de junio de 2006)	
Cuentas exentas. Marcación de la cuenta .....	130
<b>Ref:- 06-1-2-143</b> (27 de agosto de 2006)	
Operaciones exentas. Cuentas especiales para el depósito de mesadas pensionales están exentas .....	137
<b>Ref:- 06-1-2- 176</b> (15 de septiembre de 2006)	

## 7. CUENTA DE AHORROS

Entrega de saldos sin juicio de sucesión. Ahorro voluntario .....	141
<b>Ref:- 2005-1006-2-030</b> (13 de abril de 2005)	
No es obligatorio usar tarjeta débito .....	142
<b>Ref:- 06-1-44- 044</b> (10 de abril de 2006)	
Estímulos al ahorro .....	143
<b>Ref:- 06-1-2- 0062</b> (19 de mayo de 2006)	
Descuentos a favor de un tercero. El banco debe actuar según lo que ordene el ahorrador sobre el saldo de su cuenta .....	144
<b>Ref:- 06-1-2- 110</b> (29 de julio de 2006)	
Error del banco en la asignación del número de cuenta. El “ <i>error del sistema</i> ” un eufemismo bajo el cual vive el error del banco .....	145
<b>Ref:- 06-1-43- 227</b> (26 de noviembre de 2006)	
Devolución de ahorros sin juicio de sucesión. Prueba de la sociedad marital de hecho .....	146
<b>Ref:- 08-1-43-159</b> (12 de agosto de 2008)	
Cargo de exigibilidades contra el saldo disponible en cuenta de ahorros: no se admite la compensación legal, pero sí la convencional. Pero si sus recursos provienen de pensiones de jubilación, no admiten ninguna compensación .....	149
<b>Ref:- 08-1-2-362</b> (1° de septiembre de 2008)	
El ahorrador puede limitar la disposición del saldo mediante sellos, firmas, colores, etc. Las firmas autorizadas son las consignadas en la tarjeta de firmas y no en correspondencia .....	153
<b>Ref:- 08-1-2-288</b> (5 de septiembre de 2008)	
Bloqueo de la cuenta de ahorros. Descuento contra saldos disponibles en la cuenta de ahorros. Pensiones inembargables .....	155
<b>Ref:- 08-1-2-365</b> (21 de octubre de 2008)	

## 8. COMPROBANTE DE CONSIGNACIÓN

Comprobante de consignación: su especial valor probatorio ..... 159  
**Ref:- 05-1-43-021** (12 de agosto de 2005)

## 9. BILLETES FALSOS

**Ref:- 05-1-44-067** (11 de octubre de 2005) ..... 161

**Ref:- 05-1-2-142** (16 de noviembre de 2005) ..... 162

## 10. TARJETA DÉBITO

Carga de verificación. Responsabilidad de los establecimientos oficiales.  
 Responsabilidad del emisor del plástico ..... 163  
**Ref:- 05-1-44-109** (23 de octubre de 2005)

Retiros en cajeros automáticos.  
 Carga de custodia. Responsabilidad de los establecimientos de comercio ..... 165  
**Ref:- 05-1-44-116** (13 de febrero de 2006)

Orden de bloqueos. Fecha de la operación y fecha de registro.  
 Responsabilidad del banco ..... 169  
**Ref:- 06-1-43- 018** (24 de mayo de 2006)

Retiro con tarjeta débito.  
 Cargas al cliente para evitar fraude. Trato discriminatorio ..... 171  
**Ref:- 05-1-43-067** (24 de julio de 2006)

Retiros a través de cajeros automáticos.  
 Presunción de utilización exitosa. La carga de custodia.  
 Utilización en establecimientos de comercio ..... 172  
**Ref:- 06-1-44-153** (17 de octubre de 2006)

## 11. CAJEROS AUTOMÁTICOS

Medidas de seguridad a cargo del cliente.  
 Responsabilidad del emisor del plástico ..... 179  
**Ref:- 05-1-44-001** (Julio 7 de 2005)

**Ref.- 08-1-43-175** (25 de julio de 2008) ..... 183

## 12. CDT

Vencimiento del plazo pactado. Intereses de mora ..... 185

**Ref: 05-1-43- 197** (1 de marzo de 2006)

Designación de los beneficiarios ..... 186

**Ref:- 06-1-43-178** (17 de julio de 2006)

Es título valor si nada se dice en contrario.

El emisor puede rehusar el pago y asumir las consecuencias ..... 187

**Ref:- 06-2- 11- 001** (15 de agosto de 2006)

El tenedor del CDT tiene la *carga de custodia* del título ..... 190

**Ref:- 08-1-12-001** (8 de mayo de 2008)

## 13. CUENTA CORRIENTE BANCARIA

### 13.1 Contrato de Cuenta corriente

Firmas autorizadas. Cualidades de quien es autorizado

para girar sobre una cuenta corriente. Conocimiento del cliente ..... 193

**Ref:- 05-1-2-036** (24 de agosto de 2005)

Chequeras no solicitadas por el cliente.

Chequeras magnetizadas. Chequera de reposición ..... 195

**Ref:- 05-1-44-060** (3 de octubre de 2005)

Terminación del contrato. El derecho de terminación unilateral

que tiene el banco no es absoluto ..... 196

**Ref:- 06-1-12- 060** (5 de octubre de 2006)

Manuales de operación que no forman parte del contrato.

Interpretación de los documentos en conjunto. .... 197

**Ref:- 05-1-44-0062** (6 de octubre de 2005)

Cheque falso. Responsabilidad del banco ..... 199

**Ref:- 05-1-2-065** (19 de octubre de 2005)

Saldos Inembargables. Transferencias al sector salud .....	201
<b>Ref:- 05-1-43-130</b> (4 de noviembre de 2005)	
Extractos con datos erróneos. La autoestima sobre el buen nombre .....	203
<b>Ref:- 05-1-43-131</b> (8 de noviembre de 2005)	
Remesa negociada o giro sobre canje. El endoso "salvo buen cobro" .....	204
<b>Ref:- 05-1-44-081</b> (8 de noviembre de 2005)	
Normas aplicables.	
El banco no puede aplicar las circulares que no ha divulgado .....	205
<b>Ref:- 05-1-43-100</b> (27 de enero de 2006)	
Cupo de Sobregiro .....	208
<b>Ref:- 06-1-12-009</b> (8 de marzo de 2006)	
Remesas al cobro. Negociación de las remesas .....	209
<b>Ref:- 05-1- 43- 181</b> (16 de junio de 2006)	
Valor probatorio del comprobante de consignación .....	210
<b>Ref:- 06-1-43-041</b> (1° de agosto de 2006)	
Terminación unilateral del contrato.	
La causa o razón que debe explicitar el banco.	
De la causa el banco debe hacer registro .....	211
<b>Ref:- 06-1-12- 056</b> (7 de octubre de 2006)	
Cupo de sobregiro .....	213
<b>Ref:- 07-1-43-158</b> (2 de septiembre de 2007)	
SARLAFT. Reporte de Operación Sospechosa no constituye <i>per se</i> una causa objetiva y razonable para dar por terminado el vínculo con el cliente .....	214
<b>Ref.- 08-1-43-216</b> (6 de octubre de 2008)	
<b>13.2 Cheque</b>	
Cheque falsificado. Responsabilidad del banco por el pago de cheque falsificado. El visado es trabajo especializado y profesional pero no es científico .....	221
<b>Ref:- 05-1-2-028</b> (8 de agosto de 2005)	

Sanción del 20%. Insuficiente identificación del tenedor .....	223
<b>Ref:- 06-1-2- 014</b> (28 de febrero de 2006)	
Proceso de Visación. Firmas dubitables y firmas indubitables. Responsabilidad del banco por el pago del cheque falsificado .....	224
<b>Ref:- 06-1-44- 108</b> (18 de julio de 2006)	
Fondos insuficientes. Sobregiro .....	226
<b>Ref:- 06-1-12- 034</b> (27 de julio de 2006)	
Fondos Insuficientes. Importe del cheque y GMF. Sobregiro .....	227
<b>Ref:- 06-1-43- 237</b> (5 de octubre de 2006)	
Cheque falsificado. El banco sólo es responsable si las inconsistencias de la falsificación son evidentes .....	228
<b>Ref:- 07- 1- 43- 153</b> (18 de febrero de 2007)	

#### 14. CONTRATO DE MUTUO

Créditos irregulares. El papel del cliente. Retención de la libreta de ahorros. Desviación de crédito oficialmente regulado .....	231
<b>Ref:- 05-1-43-006</b> (27 de septiembre de 2005)	
Falta de aviso sobre la aprobación del crédito impide perfeccionar el contrato. Abono en cuenta del mutuario. Mora, intereses y reportes a las Centrales de Riesgo .....	235
<b>Ref:- 06-1-43- 106</b> (12 de julio de 2006)	
Desde que una parte se constituye en deudor, tiene a su cargo las obligaciones relacionadas con el pago de los intereses y la restitución de la cosa en las fechas y bajo las modalidades convenidas .....	237
<b>Ref:- 08-1-2-016</b> (14 de febrero de 2008)	
Cobro de comisiones por el Fondo. El Fondo puede hacer el cálculo de las comisiones con absoluta libertad .....	239
<b>Ref:- 08-22-10-002</b> (23 de mayo de 2008)	
Cláusulas de ajuste unilateral de plazos y tasas de interés. Abuso del derecho. Reajuste del equilibrio contractual .....	242
<b>Ref:- 08-1-12-109</b> (23 de octubre de 2008)	

## 15. LIBRANZA

**Ref:- 05-1-2-079** (18 de septiembre de 2005) ..... 253

Recaudo de las cuotas.

Las condiciones del crédito no se subordinan a la condición de trabajador.

Concurrencia de culpas en la mora ..... 254

**Ref:- 06-1-12-016** (mayo 26 de 2006)

Descuentos de nómina. Tardanza en la cesación de descuentos.

Obligación del banco de reportar el pago total ..... 256

**Ref:- 06-1-2-088** (julio 12 de 2006)

Competencia del Defensor del Cliente.

Situación financiera del codeudor.

Responsabilidad de la "Entidad Pagadora" ..... 259

**Ref:- 06-1-2-133** (24 de agosto de 2006)

Refinanciación que conduce a la novación o al pago.

Los errores del banco ..... 262

**Ref:- 06-1-2-152** (29 de agosto de 2006)

Pérdida del empleo del deudor. El banco no puede modificar el plazo ..... 265

**Ref:- 06-1-12- 065** (29 de septiembre de 2006)

Características de la Libranza.

Incumplimiento del banco no modifica el contrato de mutuo.

Confianza legítima del deudor.

Reporte a DATACRÉDITO por cuotas atrasadas ..... 265

**Ref.- 08-1-2-295** (23 de julio de 2008)

Descuento anticipado de las cuotas.

Reintegro de sumas descontadas anticipadamente ..... 269

**Ref.-08-1-2-317** (1º de agosto de 2008)

## 16. TARJETA DE CRÉDITO

Cuota de manejo. La cuota de manejo no depende del saldo por pagar.

Interpretación de los contratos de apertura de crédito ..... 271

**Ref:- 05-1-44-004** (25 de julio de 2005)

Responsabilidad del tarjetahabiente se extiende hasta la culpa levísima. Negligencia del cliente en la obligación de custodia del plástico. Responsabilidad del establecimiento afiliado .....	273
<b>Ref:- 05-1-43-029</b> (12 de agosto de 2005)	
 Cuota de manejo. Tarjetas inactivas .....	278
<b>Ref:- 05-1-43-043</b> (12 de septiembre de 2005)	
 Exoneración de la cuota de manejo. Exoneración no se extiende a costos por la prestación de otros servicios. Competencia de la Defensoría del Cliente .....	280
<b>Ref:- 05-1-2- 104</b> (24 de octubre de 2005)	
 Obligaciones del banco. Contracargos .....	281
<b>Ref:- 05-1-43-166</b> (14 de diciembre de 2005)	
 Extravío del extracto. Mora. Bloqueo de la tarjeta .....	285
<b>Ref:- 06-1-44- 040</b> (5 de abril de 2006)	
 Estados de cuenta. Cobro sin aviso ni apremio .....	285
<b>Ref:- 06-1-2- 054</b> (29 de abril de 2006)	
 Errores en el bloqueo de la tarjeta .....	286
<b>Ref:- 06-1-44-069</b> (23 de mayo de 2006)	
 Carga de colaboración. Ofertas de la cosa comprada. Contracargos .....	287
<b>Ref:- 06-1-2-178</b> (11 de septiembre de 2006)	
 La devolución de la tarjeta puede hacerse mediante apoderamiento .....	290
<b>Ref:- 06-1-44-172</b> (31 de octubre de 2006)	
 Cargo impugnado por Voucher falso. Información al cliente .....	291
<b>Ref:- 06-1-2- 284</b> (4 de enero de 2007)	
 El banco percibirá la cuota de manejo hasta la terminación del contrato. Compensación contra cargo a cuenta de ahorros. El banco no puede compensar los dineros inembargables .....	293
<b>Ref: 07-1-2-445</b> (8 de febrero de 2008)	
 Compensación contra cargo a cuenta de ahorros. Nueva tesis: es posible compensar –bajo el supuesto de pacto expreso– deudas a cargo del ahorrador contra el saldo disponible en su cuenta de ahorros o en su cuenta corriente .....	299
<b>Ref: 08-1-2-194</b> (23 de mayo de 2008)	

**17. HIPOTECA**

Hipoteca abierta. También cubre honorarios ..... 303  
**Ref:- 05-1-43-143** (5 de diciembre de 2005)

**18. PAGARÉ**

Paz y salvo por la prescripción de la acción ..... 307  
**Ref.- 08-1-2-223** (23 de junio de 2008)

**19. COBRO DE CARTERA**

Intereses de mora. Tardanza del banco intermediario ..... 309  
**Ref:-05-1-44-110** (16 de noviembre de 2005)

Derechos del cliente. Cobro sin excesos ni hostigamientos ..... 309  
**Ref:- 06-1-44- 082** (22 de junio de 2006)

Derechos del cliente. Cobro sin excesos ni hostigamientos.  
 Seguro que ampara el crédito ..... 311  
**Ref.- 06-1-44-105** (17 de julio de 2006)

Aceleración del plazo pendiente.  
 Tratamiento de los abonos a deudas en mora ..... 312  
**Ref:- 06-1-43- 098** (11 de septiembre de 2006)

Condonación de honorarios de cobranza.  
 Acuerdo de pagos. Desplazados por la violencia ..... 313  
**Ref:- 06-1-43- 171** (15 de octubre de 2006)

Derechos del cliente. Cobro sin excesos ni hostigamientos.  
 Reserva Bancaria deslegitima el cobro con razoneros ..... 315  
**Ref: 08-1-12-009** (23 de marzo de 2008)

Derechos del cliente: Cobro sin excesos ni hostigamientos.  
 Derechos del acreedor: Cobro íntegro de lo que se le debe,  
 incluso con energía y perseverancia, pero con respeto ..... 316  
**Ref:- 08-32-6-079** (25 de julio de 2008)

## 20. HONORARIOS DE COBRANZA

Cobro de honorarios de cobranza ..... 319  
**Ref:- 06-1-43-213** (6 de febrero de 2006)

Pacto sobre honorarios y gastos es lícito.  
 No basta la mora del deudor para el cobro de honorarios de cobranza.  
 Si el abogado que tuvo a cargo la cobranza es subordinado de la entidad  
 financiera el cargo se debe tratar como intereses ..... 320  
**Ref:- 08-1-2-234** (24 de junio de 2008)

La causación y exigibilidad de esos derechos dependen de la función  
 desplegada. No se reputarán como intereses si la entidad demuestra  
 la actividad desplegada ..... 325  
**Ref:- 08-1-12- 120** (20 de octubre de 2008)

## 21. PAGO

El pago no es diligencia personalísima. “Reglas de ventanilla” ..... 333  
**Ref:- 05-1-2- 137** (24 de noviembre de 2005)

Abonos parciales. Cada abono parcial genera un pasivo diferido.  
 Anacronismo del Art. 1649 C.C. .... 333  
**Ref:- 06-1-44- 085** (22 de junio de 2006)

Todo abono disminuye la deuda. El abono no equivale a un depósito ..... 334  
**Ref:- 06-1-43-098** (11 de septiembre de 2006)

Imputación de pagos. Pago Anticipado ..... 335  
**Ref:- 06-1-2- 239** (27 de diciembre de 2006)

Pago íntegro de mesadas pensionales ..... 336  
**Ref.: 08-1-43-121** (16 de junio de 2008)

El *acuerdo de pago* supone una coincidencia de voluntades.  
 A falta de acuerdo, el deudor debe honrar sus compromisos.  
 El banco tiene que responder sus derechos de petición pero no  
 siempre favorablemente ..... 338  
**Ref:- 08-1-43- 217** (15 de Octubre de 2.008)

## 22. PREPAGO DE OBLIGACIONES A PLAZO

Banco .....	341
<b>Ref:- 05-1-2-061</b> (12 de septiembre de 2005)	
Prepago, cartas y encuestas previas .....	343
<b>Ref:- 05-1-2-027</b> (16 de septiembre de 2005)	
<b>Ref:- 05-1-2-137</b> (24 de noviembre de 2005) .....	343
El Código Civil legitima al acreedor para oponerse al pago anticipado de lo que se le debe o para exigir alguna contraprestación por ello .....	345
<b>Ref:- 06-1-2- 056</b> (8 de junio de 2006)	
En el préstamo bancario el plazo se concibe a favor de ambas partes. Recargo como cláusula penal por prepago .....	347
<b>Ref:- 06-1-2- 298</b> (4 de enero de 2007)	
Créditos oficialmente regulados. Cláusula aceleratoria .....	350
<b>Ref:- 08-1-43-197</b> (4 de noviembre de 2008)	

## 23. FIDUCIA

Fondo común ordinario. Fondo de pensiones voluntarias. Valor probatorio del comprobante de consignación y la <i>tarifa legal</i> . Culpa concurrente .....	355
<b>Ref: 06-5-18-016</b> (28 de septiembre de 2006)	

## 24. FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

Fondos de Pensiones Voluntarias. Liquidación de rendimientos. Pasividad ante la incertidumbre o la duda del cliente .....	359
<b>Ref:- 06-1-44-007</b> (25 de mayo de 2006)	
La información que entrega la entidad vigilada .....	361
<b>Ref:- 06-1-44-058</b> (25 de mayo de 2006)	

## 25. DEPÓSITOS JUDICIALES

- Los certificados de depósitos judiciales no son títulos valores.  
 El pago supone la presentación del original.  
 No es necesaria la presentación personal ..... 369  
**Ref:- 05-1-43-142** (15 de diciembre de 2005)
- Vocería. Silencio del Consejo Superior de la Judicatura..... 370  
**Ref:- 05-1-43-203** (15 de febrero de 2006)
- Extravío de los títulos. Concurrencia de culpas ..... 371  
**Ref:- 06-1-2- 058** (19 de julio de 2006)
- Creación de requisitos “sobre la marcha”.  
 El banco solo puede exigir lo que las leyes y sus propios  
 manuales dispongan ..... 372  
**Ref. 07 1-43-203** (23 de noviembre de 2007)

## 26. EMBARGO JUDICIAL

- El banco no puede descalificar la orden judicial  
 sino limitarse a registrar el embargo ..... 375  
**Ref:- 06-1-43- 250** (30 de octubre de 2006)
- Las instituciones financieras deben acatar las órdenes judiciales  
 sin reparos y de inmediato. El juicio de idoneidad de la orden de embargo  
 es de competencia del juez..... 376  
**Ref:- 08-1-2-340** (30 de septiembre de 2008)

## 27. OTROS

- ICR – Incentivo a la Capitalización Rural.  
 Negligencia del banco intermediario.  
 Razones que explican la respuesta negativa del banco ..... 379  
**Ref:- 06-1-43- 157** (2 de marzo de 2006)
- El estatus jurídico del desplazado por la violencia.  
 Régimen especial para los desplazados ..... 384  
**Ref:- 06-1-43-055** (13 de julio de 2006)

Planificadores externos ..... 385  
**Ref:- 05-1-43-047** (30 de junio de 2005)

## II. ANEXO DE DERECHO POSITIVO

**LEY 795 DE 2003** (enero 14) Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 45.064 de 15 de enero de 2003

**LEY ESTATUTARIA 1266 DE 2008** (Diciembre 31) Por la cual se dictan las disposiciones generales del Habeas Data, y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales , en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones. DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIV. N. 47219

### **DECRETO 2016 de 1992**

Entidades sometidas a Supervisión y Vigilancia de la SFC

**DECRETO 2331 de 1998 (noviembre 16 de 1998)** Por el cual se dictan medidas tendientes a resolver la situación de los sectores financiero y cooperativo, aliviar la situación de los deudores por créditos de vivienda y de los ahorradores de las entidades cooperativas en liquidación, mediante la creación de mecanismos institucionales y de financiación y la adopción de disposiciones complementarias. DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVIII. N. 44975. 24, OCTUBRE, 2002. PAG. 4

**DECRETO 2380 DE 2002** (octubre 24) por el cual se autoriza una operación al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras Fogafín. DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVIII. N. 44975. 24, OCTUBRE, 2002. PAG. 4

**DECRETO 066 DE 2003** (15 de enero de 2003) Por medio del cual se reglamenta la cobertura de los créditos individuales de vivienda a largo plazo

**DECRETO 690 DE 2003** (Marzo 19 de 2003) Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 24 de la Ley 795 de 2003. Diario Oficial 45133 de Marzo 20 de 2003

**DECRETO 4759 DE 2005** (diciembre 30) por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 22 de la Ley 964 de 2005, en lo relacionado con el Defensor del Cliente del Mercado de Valores

**DECRETO 1049 DE 2006 (abril 6 de 2006)** “Por el cual se reglamentan los artículos 1233 y 1234 del Código de Comercio”

**DECRETO 2230 DE 2006** Dicta normas sobre publicación de información relacionada con los sistemas abiertos de tarjetas débito y crédito

**DECRETO 0519 DE 2007.** Determina las distintas modalidades de crédito cuyas tasas deben ser certificadas por la Superintendencia Financiera de Colombia

**DECRETO 2664 DE 2007** (julio 24 de 2007). Fondos de pensiones y cesantía, rentabilidad mínima

**DECRETO 2765 DE 2007 (julio 19).** Cuentas individuales de ahorro pensional, alcance de la garantía de Fogafin. Diario Oficial 46694 de julio 19 de 2007

**DECRETO 2892 DE 2007 (julio 31 de 2007).** Gravamen a los movimientos financieros GMF, cuenta corriente y/o de ahorros exentas, intermediarios del mercado cambiario

**DECRETO 1119 DE 2008** (abril 11) por el cual se dictan medidas para promover el acceso a los servicios financieros por las personas de menores recursos y se reglamenta parcialmente el artículo 70 de la Ley 1151 de 2007

**DECRETO 1120 DE 2008** (abril 11) por el cual se reglamentan los sistemas de negociación de valores y de registro de operaciones sobre valores y se dictan otras disposiciones

**DECRETO 1121 DE 2008** (abril 11) por el cual se reglamenta la actividad de intermediación en el mercado de valores y se dictan otras disposiciones

**CIRCULAR EXTERNA 045 DE 2006** (diciembre 22). Superintendencia Financiera de Colombia

**CIRCULAR EXTERNA 006 DE 2007** (enero 23 de 2007) Superintendencia Financiera De Colombia Instrucciones relativas a la remisión y revelación de información de los Fondos de Pensiones Voluntarias

**CONCEPTO DE LA SFC 2007028625-001** (29 de junio de 2007). Junta Directiva. Elección de Suplentes. Emisores de Valores

### **III. ANEXO DE JURISPRUDENCIA**

## PRESENTACIÓN

En el transcurso de los años hemos realizado una labor de Defensoría del Cliente ante diversas y muy prestigiosas Instituciones Financieras. No obstante, nuestro trabajo no se ha limitado exclusivamente a ese ámbito, sino que, en virtud de la función de vocería que nos confiere la ley, hemos elaborado algunos pronunciamientos, los cuales aunque en principio podrían tener repercusiones *inter partes*, al final del día han tenido eco en otros casos que presentaron unos supuestos de hecho bastante similares y que sin duda han contribuido al mejoramiento del servicio prestado a los usuarios y clientes del sistema financiero.

Por lo anterior, hemos pensado en divulgar algunos de esos conceptos a través de este libro. En este punto es necesario hacer una advertencia: le pedimos al lector que tenga en cuenta que en el lapso comprendido entre la expedición del concepto respectivo y el momento de escribir estas líneas, han surgido algunas circunstancias que obligan a repensar el sentido de los diferentes pronunciamientos contenidos en este libro por virtud de algunas modificaciones de derecho positivo, así como algunos cambios jurisprudenciales o variaciones en el pensamiento de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Algunos de los conceptos pueden admitir matices o ajustes y por ello recibimos con aprecio y gratitud las críticas y los comentarios por parte de los usuarios y clientes del sistema financiero, así como de la academia, en la dirección electrónica [defensorialg@yahoo.com](mailto:defensorialg@yahoo.com). Por temperamento -y porque así lo exige la simple cortesía- siempre hemos recibido de buena manera las comunicaciones que contienen los motivos de discrepancia, y las precisiones conceptuales las acogemos con especial cuidado para estudiarlas en detalle porque se trata de una oportunidad para reflexionar, repasar los argumentos propios y los ajenos, profundizar en las consideraciones y acoger lo nuevo o apartarnos con buenas razones de lo que se nos proponga, pero siempre con deseos de mejorar.

Esperamos que este libro ayude a enriquecer la doctrina financiera y brinde herramientas conceptuales y prácticas a las Instituciones Financieras, así como a sus clientes y usuarios, con el fin de lograr cada día un mejor servicio.

# **I. DICTÁMENES Y CONCEPTOS**

# 1. SOBRE LA DEFENSORÍA DEL CLIENTE FINANCIERO

## **Incompetencia sobreviniente.**

### **Actuación administrativa y remisión al competente.**

**05-1-44-007** (12 de julio de 2005)

Me refiero a su carta del pasado 1º de julio para compartir con usted y por su muy digno conducto con los funcionarios del banco que intervienen en el desarrollo y análisis de las actividades y servicios que se relacionan con la Defensoría del Cliente, la razón por la cual creemos que en casos como el de la señora T... no se da causal o motivo de incompetencia sobreviniente, razón que encontramos al distinguir entre “*actuación administrativa*” y “*remisión al competente*”. Lo primero, es decir, la “*actuación administrativa*”, implica la puesta en marcha y el ejercicio de las atribuciones que las leyes conceden al servidor público que intervenga en el caso; al paso que lo segundo, la “*remisión al competente*”, no supone esa actividad, no compromete la voluntad de la administración y tampoco revela el despliegue de las atribuciones que pertenecen al funcionario porque en esta actividad se manifiesta una operación administrativa que simplemente se encamina a poner en manos del competente lo que a él le pertenece o le corresponde para que sea el destinatario de la remisión quien actúe y resuelva lo que tenga a bien.

Esta es la opinión de la Defensoría del Cliente y con ella damos por concluida nuestra intervención en este caso, no sin antes advertir que este concepto no es obligatorio y tampoco limita los derechos de acción y queja que las leyes le reconocen al quejoso.

## **Competencia.**

**Ref:- 05-1-43-058** (27 de julio de 2005)

Hemos recibido su amable comunicación del 19 de julio en curso por medio de la cual nos comunica que directamente el Banco le dará a doña D... la respuesta que ha pedido sobre las razones por las cuales se le negó un crédito que estaba tramitando desde el 18 de junio que acaba de pasar.

Como en la carta a la que me acabo de referir se dice que por causa de lo que dispone el literal f, numeral 2º del artículo 6º del decreto 690 la Defensoría carece de

competencia para intervenir en este caso, queremos compartir con usted un punto de vista diferente: entendemos que la Defensoría sí tiene competencia porque la queja se explica y justifica *por el silencio* que tuvo el Banco para darle a conocer a su cliente las razones por las cuales le negó el crédito, cosa que se relaciona con la calidad del trato y del servicio al cliente y que no sugiere ni permite intervención sobre la voluntad o sobre la independencia que el banco tiene para aprobar, negar, posponer o condicionar el negocio que se le propuso. Es decir, en aquellos casos en los que el conflicto se contrae a la calidad del servicio al cliente la Defensoría puede asumir el conocimiento pero si la queja tiene que ver con la decisión que tomó el banco sobre la solicitud de crédito, nada puede ni debe hacer la Defensoría sobre lo resuelto.

Como la decisión que tomó Banco ..., que consiste en comunicarse con su cliente para darle a conocer las razones de la negativa, es plenamente satisfactoria, damos por cerrada esta actuación, no sin antes agradecer el interés que esa Secretaría tomó para solucionar este caso.

### **Pluralidad de quejas**

**Ref.- 05-1-47-098** (4 de agosto de 2005)

De las comunicaciones recibidas por la defensoría, concluimos que se trata de dos quejas diferentes por varias razones que se perciben leyendo los antecedentes, observando el trámite y estudiando las conclusiones a las que llegó la Defensoría en uno y otro caso. No es esta la oportunidad para resumir los aspectos relevantes de los dos asuntos, pero el contraste aparece bien claro si se observan los datos que se resumen en este cuadro, los que no reemplazan el análisis de los antecedentes, el itinerario y las conclusiones de cada caso.

*Queja N° 05-1-43-045*

*Fecha de la queja: 14 de junio de 2005*

*Fundamento de hecho: La queja se origina en que el proyecto de refinanciación de un saldo a cargo del quejoso, que ascendía a \$1.200.000<sup>oo</sup>, después de ocho meses tenía elementos por definir, razones por las cuales solicitó nuestra intervención.*

*Sentido de la Decisión: Favorable al banco.*

*Fecha del concepto: 4 de agosto de 2005*

*Estado actual: Caso cerrado.*

*Queja N° 05-1-43-116*

*Fecha de la queja: 31 de agosto de 2005*

*Fundamento: La refinanciaron que en junio de 2005 estaba pendiente fue concedida y al deudor se le concedió un nuevo plazo pero después, en agosto de 2005, habiendo pagado el ajuste de \$236.000<sup>oo</sup> el banco ha introducido otro reajuste y ahora exige el pago adicional de \$30.000<sup>oo</sup>.*

*Sentido de la Decisión: Pendiente.*

*Fecha del concepto: No se ha expedido.*

*Estado actual: Caso en trámite.*

Para llegar a la conclusión expuesta, según la cual estamos en presencia de dos asuntos separables y distintos, entre las mismas partes y por causa de un mismo negocio, esta Defensoría ha tenido en cuenta varias razones, entre ellas las siguientes, las que deseamos compartir con ustedes para aclarar estas diferencias de criterio entre el banco y la Defensoría de tal modo que ante los clientes ustedes y nosotros tengamos un comportamiento homogéneo; ya sea para asumir el conocimiento de estos casos o para tratarlos como asuntos cerrados y por ello mismo excluidos de cualquier atención o trámite. Nuestra opinión se basa en las siguientes consideraciones:

1°.- El derecho a quejarse por el comportamiento de los funcionarios, el trato inadecuado, la discriminación, el mal servicio o cualquiera otra razón sólo se agota por el hecho de ejercerlo y por ello no es posible que la Defensoría conozca y tramite dos veces un mismo asunto sobre el cual haya identidad, no sólo por la coincidencia de las partes, el tipo de servicio o contrato que entre ellas existe o el aspecto de la relación objeto de la queja sino por la coincidencia en todo, de tal modo que si se trata de dos asuntos diferentes en todo o en parte no se puede hablar del mismo conflicto o de la misma causa. Por vía de ejemplo podemos observar que un asunto relacionado con algo tan frecuente y simple como la determinación del saldo a cargo por la utilización de una tarjeta de crédito puede dar lugar a dos o tres o más quejas que se presenten en distinto tiempo y que se tramiten por separado, como sucedería si una queja se relacionara con la tasa de interés aplicable, otra con la fecha de imputación de los abonos y otra con la inexactitud en la fecha de un cargo o en su cuantía. La validez del ejemplo en abstracto confirma la racionalidad de nuestro punto de vista.

2°.- Las acciones u omisiones posteriores a una queja anterior legitiman la queja posterior y por ello mismo la queja posterior puede proponerse antes de que se resuelva la queja anterior o después de resuelta.

**3°.-** Cada queja ha de tener un fundamento fáctico distinto del que han tenido otras del mismo cliente porque no es el fundamento de derecho lo que delimita la queja sino los hechos relacionados con ella.

Con base en lo antedicho consideramos que el Banco ... actuó con sujeción a sus Manuales y Reglamentos, así como con la diligencia y cuidado que en las instituciones financieras es exigible, posiblemente más lentas que las personas naturales en sus decisiones pero ordenadas y precisas en estos negocios que deben manejarse con tacto y rigor extremos, lo que a veces demora los trámites sin que por ello deba pensarse que hay maniobras, descuido, desinterés o malas intenciones de por medio.

Esta es la opinión del suscrito Defensor, la que aunada a la decisión que tomó el banco impone el cierre de este caso.

### **Conceptos del defensor del cliente.**

#### **El quejoso puede acudir ante la Superintendencia Financiera.**

**Ref:- 05-1-43-066** (7 de agosto de 2005)

Con este concepto damos por cerrada nuestra intervención en este negocio no sin antes advertirle que esta opinión no limita los derechos de acción y queja que las leyes le reconocen y tampoco es obligatoria porque así lo dispuso el artículo 9° del Decreto 690 de 2.003, razones por las cuales el mismo Decreto 690 advierte que *“si el cliente o usuario no está satisfecho con la decisión, podrá someter su queja ante la Superintendencia Bancaria”*.

#### **Los conceptos del defensor del cliente no son obligatorios.**

**Ref:- 05-1-43-066** (7 de agosto de 2005)

En los anteriores términos esta Defensoría da por concluida su intervención en este asunto, advirtiendo a los quejosos que lo resuelto no les obliga y que ellos conservan intactos sus derechos de acción y queja, los que podrán desplegar ante las autoridades administrativas como es el caso de la Superintendencia Bancaria y las autoridades jurisdiccionales en lo que tiene ver con los aspectos penales y civiles de este caso.

**Legitimación ante la Defensoría****La queja debe proponerla el cliente, no su padre.****Ref:- 05-1-43-088** (16 de agosto de 2005)

El Banco nos hizo llegar los documentos que contienen la queja que J..., su señor padre, propuso el 26 de abril de 2005 ante la Defensoría del Cliente Financiero. Con el escrito remisorio también recibimos fotocopias de documentos relacionados con este asunto y con las decisiones que el banco ha tomado sobre algunos cargos que corresponden a la tarjeta de crédito Visa N° 44... y, en escrito separado, un resumen de las consideraciones que el banco ha tenido en cuenta para definir su posición en este caso.

1°.- La atención que el banco le dio a las cartas del quejoso y de su señor padre nos confirman en lo que ya anticipamos y nos permiten decir que la *“calidad del trato al cliente”* es el adecuado en estas circunstancias y que en ese contexto el banco actuó con el sentido de diligencia y celeridad que corresponde y es exigible a los profesionales, desestimando entonces la Defensoría la desafortunada conclusión del señor J... , quien dice que el comportamiento del banco *“revela completa desidia y negligencia por parte de la entidad bancaria”*. Para la Defensoría el banco sí fue atento y lo fue en extremo, porque aunque no concedió todo lo que se le pedía, no por ello se abstuvo de atender la queja que propuso J..., quien por no ser cliente del Banco ... no estaba legitimado para intervenir como quejoso y por no acreditar la personería que alegó no ha debido ser atendido por el banco. Sin embargo, el banco ... se interesó por el caso y sin detenerse a verificar la legitimación actuó a favor de su cliente y luego accedió a conceder parte de lo que se le pidió.

**Competencia de la Defensoría del Cliente.****Información al cliente en la etapa precontractual.****Falta de respeto, falta de información adecuada, maltrato o falsas expectativas.****Ref:- 05-1-44-031, 05-1-44-035, 05-1-44-006** (22 de septiembre de 2005)

Con la presente le estamos enviando copia de los conceptos relacionados con las quejas de la referencia, en los cuales hemos concluido que el banco actuó razonablemente en cuanto se interesó en establecer una comunicación directa con los quejosos y en lograr una solución de fondo a cada una de esas quejas. Sin particularizar caso ni nombre concreto, hemos observado lo siguiente:

1°.- En algunos casos la queja recae sobre un asunto que está al conocimiento de los jueces civiles o que ya se puso en manos de la Superintendencia Bancaria, lo que a

primera vista da a entender que surge un motivo de incompetencia. Vistas las cosas con paciencia también se puede observar que en la mayoría de esos casos los quejosos no exigen ni esperan que la Defensoría intervenga para que se les desembolse el crédito o para que se les libere del proceso sino para que se *les satisfaga por lo que ellos consideran una falta de respeto, una falta de información adecuada, un maltrato o una falsa expectativa*. Si bien es cierto que lo del proceso no le interesa a la Defensoría y que esa circunstancia le impide conocer del caso, el segundo elemento sí le importa a la Defensoría y por ser este uno de los objetos de la queja, la Defensoría tiene competencia para intervenir en esos casos.

2º.- No se puede desconocer que el Código de Comercio destina siete artículos a la regulación del mutuo y que la brevedad y falta de especialidad de tales reglas impone la aplicación de los artículos 2222 a 2235 del Código Civil y, por otra parte y razón, la de los artículos 863 y 871 C.Co y 769 y 1603 C.C. Allí está la sustancia del derecho que la mayoría de quejosos intuyen quebrantado y allí también está la base de la competencia de la Defensoría para ocuparse de ese examen que, como ya se dijo, no recae sobre el desembolso mismo, ni sobre la aprobación del crédito ni sobre el recaudo ejecutivo sino sobre la manera como se desarrollaron las cargas y obligaciones en el período precontractual o en la etapa de terminación del contrato según lo que dispone la circular 024 que profirió la Superintendencia en el mes de agosto del año en curso.

3º.- A veces la queja cierra con una solicitud: la indemnización de perjuicios o la devolución de los gastos en que los peticionarios incurrieron para satisfacer al banco, gastos en los que razonablemente no hubieran incurrido si desde el comienzo hubieran tenido conocimiento de las condiciones que el banco exige para el desembolso. La Defensoría sabe que el banco debe actuar con la cautela y ponderación que a los profesionales de la banca es exigible, pero desde el primer momento no puede saber si el banco actuó con sujeción a los principios de *igualdad de trato* y de *información suficiente*. Para saberlo y valorarlo la Defensoría es competente, sin que ello la legitime para animar una determinada operación o comportamiento.

4º.- En la mayoría de los asuntos que llegan a su conocimiento el defensor ignora los hechos anteriores, coincidentes o posteriores que generan la incompetencia pero aún sin conocerlos está obligado a estudiar el caso y sólo cuando la queja nada tiene que ver con la calidad del servicio o la igualdad de trato y se concreta en lo mismo que se debate en un proceso judicial o arbitral, o es asunto que ha dado lugar a una actuación administrativa -siempre diferenciable de la operación administrativa- hay lugar a que el defensor se declare incompetente. Esta última circunstancia, la relacionada con la intervención de la Superintendencia Bancaria ha dado lugar a una consulta que sometimos al buen juicio del señor Superintendente. Sobra decirle que de ese concepto le daremos noticia.

5°.- En estricto sentido a la Defensoría no le corresponde rendir conceptos sobre la legalidad de tal o cual comportamiento o decisión de una entidad financiera, fiduciaria o previsional. Para esa actividad carece de competencia y en desarrollo de sus funciones debe pronunciarse, en primer lugar sobre el incumplimiento de las disposiciones legales o de los reglamentos que rigen las operaciones, servicios y contratos que las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria prestan, ofrecen o ejecutan cuando afecten directamente al cliente o usuario; o, en segundo lugar, sobre la calidad de los servicios que ellas prestan, mediando en uno y otro caso queja concreta del usuario o del cliente. Los conceptos que no son la *ratio decidendi* de lo que se resuelve en cada caso son extraños o ajenos a la Defensoría. Ese es el alcance del numeral 1° del artículo 6° del Decreto 690 de 2003.

He querido referirme a estas consideraciones para compartir con ustedes los puntos de vista que pueden agilizar las relaciones que en el futuro se darán entre el banco y la Defensoría, relaciones en las cuales estos temas y los varios matices que presenta la definición de la competencia de la defensoría volverán a aparecer y darán lugar a las precisiones que el tema necesita.

### **Incompetencia de la Defensoría cuando hay queja ante la Superfinanciera.**

**Ref:- 05-1-2- 09** (23 de septiembre de 2005)

La comunicación que recibimos el 25 de agosto que acaba de pasar fue puesta en conocimiento de Banco... para conocer sus puntos de vista y para solicitarle algunos documentos que consideramos necesarios para atender su caso. Con base en la carta que le dio origen a esta actuación, los documentos que recibimos del banco el 20 de septiembre y las explicaciones de esa entidad financiera hemos concluido lo siguiente:

1°.- Su queja se relaciona con la evolución y estado actual de obligaciones patrimoniales documentadas en los pagarés 04... y 04..., una dación en pago y unas relaciones cambiarias que ustedes consideran se originaron en engaños constitutivos de mala fe y dolo por parte del banco.

2°.- Entendemos muy bien su preocupación y la respuesta del suscrito defensor del cliente sería detallada y concreta si no fuera porque, según lo que nos explicó el banco, este asunto está al conocimiento de la Superintendencia Bancaria y, además es objeto de un proceso civil que cursa ante el Juzgado Sesenta y Siete Civil Municipal de Bogotá, dos causales de incompetencia que concurren para confirmarnos en la imposibilidad de asumir este caso. La razón para que las cosas sean de esta manera está en el Decreto 690 de 2.003, disposición legal que se expidió para evitar que la Defensoría del Cliente asumiera el conocimiento de casos que ya están al cuidado y decisión de los jueces o de la autoridad de inspección y vigilancia estatal.

Con todo el respeto que ustedes merecen nos atrevemos a sugerirles que se comuniquen con el área de servicio al cliente en el Banco... para intentar una solución que ojalá sea de mutua conveniencia.

### **Incompetencia en asuntos laborales.**

**Ref: 05-1-43-113** (27 de septiembre de 2005)

Hemos analizado el oficio que ustedes y otras personas presentaron el 29 de agosto que acaba de pasar y oídas las explicaciones de Banco ... hemos concluido lo siguiente:

1º.- El artículo 6º del Decreto 690 de 2003 enumera los casos que legalmente quedaron excluidos de la competencia del Defensor del Cliente y en el literal b del ordinal 2º expresamente se refiere a “*los concernientes al vínculo laboral entre las entidades vigiladas y sus empleados*”. Ello ha dado pie para pensar que este género de asuntos está fuera de la competencia del Defensor y por ese motivo no podemos opinar siquiera sobre las razones que tuvo la administración del banco para retirar del servicio a doña G.... Sin embargo, hemos considerado pertinente el ejercicio de las atribuciones que las leyes le confieren al Defensor para intervenir como vocero de los clientes ante la alta administración y cumplida esa diligencia en esta misma fecha declaramos agotada nuestra intervención en este caso.

Adicionalmente el banco nos ha hecho saber que le dará respuesta directa a ustedes los peticionarios y que abrirá las averiguaciones internas que parezcan indispensables. Interpretación del texto que contiene la queja.

### **Interpretación del texto que contiene la queja Competencia de la Defensoría.**

**Ref:- 06-1-2-156** (7 de septiembre de 2006)

1º.- La comunicación que por correo electrónico recibimos del señor B... es muy precaria en el lenguaje porque en cuatro renglones contiene seis errores de sintaxis y once de ortografía, lo que deja entrever que el quejoso no es persona que tenga facilidad para expresarse claramente por escrito. La queja –con sus errores– textualmente dice así:

*Soy usuario de tarjeta de credito con banco (aquí escribió el nombre del banco) hace casi un año, en el cobro de este mes se me incluye el 4 por mil, a que se debe ello? Mi targeta es (aquí escribió el número), antes no se habia realizado, es ello legal y a que se debe. Antes habia tenido y no me lo habian hecho. Gracias.*

2°.- En presencia de este tipo de cartas las entidades que prestan servicios al público, trátase de oficinas estatales o de entidades financieras como sucede en este caso, deben tratar de dilucidar lo que el cliente quiere decirles, trabajo que en este caso el banco hizo con buen propósito y con acierto porque encontró que el remitente consideraba “*desproporcionado (el cargo, aclaramos nosotros) frente al costo de este servicio.*”

3°.- En auxilio de lo que pensamos pueden tenerse en cuenta las normas del Código Civil, de la ley 153 de 1887, del Código de Comercio y del estatuto orgánico del Sistema Financiero, que le imponen a los destinatarios de la leyes la obligación de interpretarla para que produzca los efectos queridos por el legislador y, por otra parte, también ha de tenerse en cuenta que el Código de Procedimiento Civil impone al Juez, al único o al más neutral de los operadores jurídicos, la obligación de interpretar la demanda. Es decir, para todos los sistemas de derecho positivo de nuestro país es muy cierto que las palabras – las que enuncian mensajes rígidos o exuberantes- no deben obstaculizar el logro de lo que es lo justo porque en presencia de los contratos, las cartas, las demandas y los alegatos al operador legal siempre le corresponde actuar en el sentido que mejor convenga a lo que quiere decir quien bien o mal escribe, que no equivale a actuar y decidir de la manera o en el sentido que mejor agrade al autor del texto que contiene el pedimento o la demanda, sino a obrar en procura de lo que es sustancial en el discurso, sin permitir que las palabras seduzcan o indispongan.

Creemos que el banco debería atender lo que pedimos y tramitar este caso como queja. Sin embargo, si el banco lo considera pertinente, en presencia de casos como el presente podríamos excusarnos de tramitar como quejas las comunicaciones que aunque describan un hecho o una consecuencia que molesta al remitente no se presenten como quejas explícitas, decisión que el banco debe tomar en desarrollo de sus propios criterios y cultura institucional sobre servicio al cliente. Quedamos a la espera de lo que el banco decida y, entretanto, mucho le agradeceríamos que este caso se tramitara como lo que es: una queja, sobre la cual esperamos la respuesta a los dos últimos puntos de nuestra carta del 27 de julio de este año.

**El conocimiento de la Superfinanciera excluye el servicio de la Defensoría.  
La contestación del banco legitima a la Defensoría.**

**Ref:- 06-1-43- 247** (26 de octubre de 2006)

Su queja se explica porque usted le entregó al banco los originales de unos títulos de depósitos judiciales para redimirlos y el banco le comunicó que podía reclamar el pago de siete títulos y que otros, exactamente ocho, no se podían cancelar ahora porque ya figuraban como pagados, lo que ameritaba una investigación que quedaría

a cargo de la División de Seguridad Bancaria, asunto sobre cuya evolución usted podría obtener noticias a través de la abogada que lleva este proceso, para lo cual le suministraron los números telefónicos de esa profesional.

**1º.-** En estricto sentido el artículo 6º del decreto 690 de 2.003 trata de racionalizar los trabajos de las autoridades jurisdiccionales y administrativas y de impedir que la actividad de la Defensoría del Cliente concorra con la de cualquiera de tales autoridades, circunstancia que ha dado lugar a que las quejas que llegan al conocimiento de la Superintendencia Financiera o que animan un proceso civil o de otra naturaleza, se conviertan en materia de esos procesos con exclusión del servicio del Defensor del Cliente.

Cuando el quejoso promueve la intervención de la Superintendencia Financiera ya sea antes, al tiempo o después de presentar la queja ante esta Defensoría, ante la concurrencia de quejas prevalece la que se esté tramitando ante la Superintendencia y así las cosas la Defensoría debe abstenerse de intervenir, no sólo para evitar la multiplicidad de análisis y trámites sino para evitar también el riesgo de que unos y otros intervinientes se contradigan.

Lo antedicho nos debería llevar a declarar que carecemos de competencia para intervenir en este asunto concreto. Sin embargo, el banco ha contestado el requerimiento y al obrar de esa manera voluntariamente ha legitimado nuestra intervención en este caso.

**2º.-** Desde nuestro punto de vista el banco ha atendido sus requerimientos y los ha satisfecho hasta donde tiene certeza, porque al verificar que algunos títulos figuran como cobrados, se abstuvo de pagarlos y al obrar de ese modo actuó con racionalidad porque, imagínese usted la inconsecuencia que se derivaría de pagar a sabiendas de que sobre algunos títulos existe incertidumbre o anormalidad. En estos casos el banco, para su propia seguridad y la de sus clientes y usuarios, debe interesarse por identificar la causa de lo acontecido ya sea para corregir sus faltas de control, disminuir su vulnerabilidad, mejorar sus procesos operativos e identificar a los autores del desorden o del delito si lo hubiere y por ello la premura del cliente, aunque de sobra justificada, no puede precipitar decisiones comerciales que se saben imperfectas, que si no se corrigen se puede repetir y que se deben resolver con prontitud pero con seguridad.

**3º.-** Todos los documentos que analizamos demuestran que el banco ha sido absolutamente claro con usted. Le ha dicho la verdad. No ha ocultado la existencia de la investigación y ha condicionado el pago a las resultas de una investigación que está en curso, proceso al que no solo tiene derecho sino al que está obligado y que cualquiera fuere el resultado permitirá definir la decisión que el banco ha resuelto posponer, lo que de paso deja ver cómo son extemporáneos por prematuros los conflictos

que se relacionan con intereses o indemnizaciones, cosas que necesariamente se resolverán luego.

4º.- Nada se opone a que usted promueva una solución no contenciosa con el banco, para armonizar su urgencia con las necesidades del banco y resolver los dos afanes de manera concertada, lo que se podría lograr analizando las expectativas reales para ver de qué manera entre los dos extremos se construye una solución temporal. Obviamente esta alternativa se debe desarrollar con la oficina donde está radicado este negocio.

En las actuales circunstancias esta Defensoría se abstiene de urgir el pago y por ello damos por cerrada nuestra intervención en este asunto.

### **Competencia territorial y temporal.**

**Ref:- 06-1-2- 045** (4 de noviembre de 2006)

Hemos visto que usted solicita *que el banco haga las diligencias pertinentes a fin de lograr el esclarecimiento de lo ocurrido con la cuenta de ahorros N° 23... de la Oficina del Banco... en Palmira, Valle del Cauca.* Su solicitud se apoya en los siguientes hechos:

- a. *“En el año 2001 mi poderdante señora Y... identificada con la cédula de ciudadanía C.C. No. 29... de Jamundí, abrió la cuenta de ahorros No. 23... en la sucursal del Banco... de Palmira Valle del Cauca.*
- b. *Dicha cuenta fue abierta para que en la misma se consignaran los dineros que por concepto de pensión de jubilación de la entidad Policía Nacional recibe mensualmente mi representada, quien desde el 2001 se fue a vivir y trabajar a España.*
- c. *En el mes de enero del presente año mi poderdante regresó al país con la intención de comprar una vivienda con los dineros consignados en la mencionada cuenta, encontrándose con la sorpresa de que habían sido retirados \$18.634.585,00, sin que ella hubiese realizado dichos retiros.*
- d. *Mi poderdante no hizo ningún retiro durante los años 2003, 2004 y 2005, por cuanto había decidido guardar el dinero para la compra de vivienda tal como lo manifesté anteriormente.*
- e. *Ante este hecho de encontrar el faltante de \$ 18.364.585,00 en su cuenta, solicitó al banco en forma personal y mediante el derecho de petición que allego a la presente, se le diera explicación de lo ocurrido, obteniendo como respuesta la comunicación firmada por la profesional de Atención al Usuario M....*

*Respuesta que en nada satisface los intereses de mi poderdante por ser para ella una suma considerable, pues se trata de una persona de escasos recursos que durante 5 años no disfrutó de su pensión sino que la ahorró para poder tener un mejor estar (sic) con la compra de vivienda que tenía proyectada; viendo en estos momentos sus esfuerzos frustrados.”*

El banco analizó la queja y nos comunicó que desde su punto de vista esta Defensoría carece de competencia para ocuparse de este caso por dos razones fundamentales: en primer término porque varios retiros ocurrieron hace más de tres años y, en segundo lugar porque sucedieron en otro país, y sobre lo que usted pide nada dijo.

Antes de ocuparnos del tema de fondo será necesario definir lo relacionado con los dos motivos de incompetencia sugeridos o advertidos por el banco. Para tal efecto conviene analizar por separado cada uno de los motivos que alega la entidad financiera, así:

### **1°.- Incompetencia por extemporaneidad de la queja:**

El literal g del artículo 6° del Decreto 690 (19/03/03; D.O. 45.133), *Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 24 de la Ley 795 de 2003 para estimular la presteza y evitar que las quejas tardías entraben la marcha de los negocios de la entidad financiera impide que a través de la Defensoría se atiendan asuntos “que se refieran a hechos sucedidos con tres (3) años de anterioridad o más a la fecha de presentación de la queja”.*

El literal f del artículo 6° del Decreto 4759 (D.O. 46.137; 30/12/05) por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 22 de la Ley 964 de 2005, en lo relacionado con el Defensor del Cliente del Mercado de Valores, contiene igual regla y dice que al Defensor del Cliente le corresponde conocer, evaluar y resolver íntegramente las quejas que los clientes o usuarios de las entidades (se refiere a las bolsas de bienes y productos agropecuarios y agroindustriales, las sociedades comisionistas de bolsa, los comisionistas independientes de valores y las sociedades administradoras de fondos de inversión) le presenten acerca de posibles incumplimientos de normas legales o internas que rigen el desarrollo de las operaciones, contratos o servicios que ofrecen, prestan, o ejecutan las entidades y que afecten directamente al cliente o usuario, así como las relativas a la calidad en la prestación de los servicios a cargo de la entidad, excluidos, entre otros, los asuntos *“que se refieran a hechos sucedidos con tres (3) años de anterioridad o más a la fecha de presentación de la queja”.*

Estas disposiciones legales se inspiran en el instituto de la caducidad de la acción y al mismo tiempo en la caducidad de las facultades administrativas pero simplemente

desarrollan un aspecto de la *carga de oportunidad*, sin consecuencias procesales ni administrativas, porque los términos de los que dependen la caducidad y la prescripción de las acciones o de las atribuciones administrativas, según el caso, corren y se suspenden o se interrumpen como lo disponen las leyes procesales y sustantivas y en nada se afectan por causa de las disposiciones en cita. Por otra parte, cuando una queja se refiera a operaciones, negocios o hechos ocurridos en distinto tiempo, la extemporaneidad que afecte a algunos no se extiende a los demás y por tal razón la defensoría deberá asumir el conocimiento de aquellos asuntos ocurridos dentro del término de los tres años antes mencionados y no se ocupará de los que estén fuera de ese término.

En el caso concreto que el banco ha rechazado se ve que las operaciones sobre las que el quejoso pide que la entidad financiera *“haga las diligencias pertinentes a fin de lograr el esclarecimiento de lo ocurrido”* sucedieron entre el 8 de enero de 2003 y el 6 de julio de 2004. Como siete de esas operaciones, la que se formalizó el 8, las dos del 20 y la del 29 de enero de 2003; y las tres del 6 de febrero de ese mismo año, ocurrieron más de tres años antes de la fecha de la queja, de ellas no se podrá ocupar la Defensoría y por lo tanto, en consideración a la oportunidad, la solicitud solo se estudiará en relación con las operaciones que ocurrieron dentro de los tres años anteriores a la presentación de la solicitud que se radicó el 28 de febrero de 2.006, es decir, con respecto a las diecisiete operaciones que se cumplieron entre el 28 de febrero de 2003 y la fecha citada enantes.

## **2º.- Incompetencia por territorialidad:**

El banco ha puesto de presente que *“los hechos sucedieron en otro país”* y por ello entiende que la Defensoría carece de competencia para ocuparse de ellos. El alegato del banco no puede ser acogido porque el régimen legal que introdujo y sentó las bases de la Defensoría del Cliente no introdujo la limitación que el banco desea y más bien definió la competencia en consideración al posible incumplimiento por parte de la entidad vigilada, de las normas legales o internas que rigen el desarrollo o ejecución de los servicios o productos que ofrecen o prestan las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, o que se refieren a la calidad de tales productos o servicios. Es decir, el que la operación se haya realizado en territorio extranjero incide en la identificación de las leyes aplicables al negocio jurídico pero si el cliente considera que la entidad financiera incumplió alguna ley que regula el desarrollo o la calidad de las operaciones, contratos o servicios que ella ofrece o presta, o que incumplió lo que sobre esos asuntos se regula en los manuales o instructivos de la misma entidad, el negocio jurídico podrá quedar sometido a la jurisdicción de otro país pero la queja podrá presentarse ante el Defensor del Cliente y por este aspecto territorial no podrá rechazarse ni la entidad vigilada podrá excusarse de atenderla.

Hechas las anteriores precisiones el suscrito Defensor del Cliente considera que sí puede asumir el conocimiento de este caso y observa que lo que el banco no quiso atender por su conducto, en breve tiempo y en desarrollo de la solicitud que usted le dirigió al doctor L...lo resolvió como le correspondía.

### **Incompetencia de la Defensoría para tramitar créditos.**

**Ref:- 08-1-2-450** (22 de septiembre de 2008)

1°.- Su comunicación se explica porque busca que esta Defensoría intervenga para que el banco le apruebe un crédito para el estudio de sus hijos que están en el final de la carrera.

2°.- En la carta que el Banco... nos hizo llegar el 12 de septiembre de 2008 explicó que desde su punto de vista no hay queja alguna en contra del Banco..., por lo cual su solicitud no debería ser tramitada por esta Defensoría. Por otra parte, informó que en caso de que usted desee un crédito debe presentarse a la oficina del banco más cercana para que le den la información respectiva y lo atiendan como corresponde.

3°.- Esta Defensoría considera que no podemos atender su solicitud porque en realidad no pudimos identificar un motivo de inconformidad con el servicio, la calidad en el trato, la falta de sustento legal de algunas exigencias, la dilación inexplicable de algunas respuestas o cualquiera otra molestia parecida.

Además de lo anterior, la Defensoría no puede intervenir para que un banco celebre un contrato con una persona porque esa decisión es propia de la autonomía de la voluntad privada de las entidades financieras y la Defensoría no es quién para indicarle con quienes debe contratar.

### **Competencia de la Defensoría respecto a la cuantía.**

**Ref:- 08-1-2-340** (30 de septiembre de 2008)

1°.- Su queja se explica porque el Banco (...) aplicó un embargo de forma errónea sobre \$8.787.887.40 y \$44.374.024.16 los días 16 y 20 de junio respectivamente. Su solicitud se orienta a que le devuelvan los intereses dejados de percibir por esos valores desde la fecha de los embargos, hasta el día en el cual se desembargaron esos dineros por parte del Juzgado Cuarto de Barranquilla.

2°.- En la carta que el Banco... nos hizo llegar el 19 de septiembre de 2008, explicó que (i) esta Defensoría carece de competencia para conocer del presente caso

puesto que la cuantía supera los 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes; (...)

**3º.-** Sobre el asunto previo de la competencia y sobre el fondo del caso esta Defensoría considera lo siguiente:

**3.1.-** No compartimos el pensamiento del Banco... con respecto a la falta de competencia de la Defensoría en este caso, por cuanto la cuantía de este asunto no supera los cien salarios mínimos mensuales legales vigentes. En efecto, el quejoso no está reclamando los \$53.161.911.56 que fueron embargados, sino los intereses o rendimientos de esa suma, cuya cuantía no está determinada por ahora pero se podrá calcular luego sin que exceda de cien salarios mínimos, que es el límite cuantitativo de las pretensiones patrimoniales que esta Defensoría puede conocer y dictaminar.

**3.2.-** Es muy claro que el quejoso no pretende el reintegro de los dineros embargados sino, como bien lo dice: *“se solicita el reconocimiento de los intereses dejados de percibir por la aplicación errónea de un embargo”* (folio 7). En consecuencia, esta Defensoría continuará conociendo del caso de la referencia.  
(...)

### **Competencia de la Defensoría cuando hay queja ante la Superfinanciera Conocimiento de la Defensoría y de la SFC en sus respectivos ámbitos de competencia**

**Ref:- 08-1-2- 718** (20 de febrero de 2009)

**1º.-** Su queja se explica porque:

**1.1.-** El 6 de diciembre del año pasado fue a un cajero del Banco (...) con el fin de realizar algunas transacciones.

**1.2.-** Usted realizó dos retiros de \$400.000<sup>oo</sup> cada uno.

**1.3.-** Posteriormente, intentó efectuar otro retiro de \$400.000<sup>oo</sup> pero aunque el cajero no le dispensó el dinero, sí le descontaron esa suma de su cuenta de ahorros.

**1.4.-** A pesar de sus llamadas, el banco no le solucionó nada.

2º.- En la carta que el Banco... nos hizo llegar el 28 de enero de 2009 y que complementó con la comunicación recibida el 17 de febrero de este año explicó que (i) carecíamos de competencia para estudiar su caso porque la SFC ya estaba adelantando una investigación sobre ese asunto; y; (ii) a pesar de lo anterior, el banco envió el informe de seguridad, los registros fotofílmicos y el extracto de su cuenta.

3º.- Esta Defensoría considera lo siguiente:

3.1.- A través del concepto número 2008077981-000 del 29 de enero de este año la SFC respondió una inquietud que formulamos a ese ente de control a propósito de la supuesta falta de competencia en aquellos eventos en los cuales la queja estuviese siendo conocida por el ente gubernamental.

Así las cosas la SFC dijo que *“el Defensor del Cliente como esta SFC pueden conocer de un mismo trámite por cuanto –como indica la Sentencia C-1150 de 2003 de la Corte Constitucional- uno y otra lo evaluarán y resolverán dentro del contexto de las facultades conferidas a cada uno y, en consecuencia, las decisiones no serían contrarias pues obedecen a diversos análisis en cuanto que sus ámbitos de competencia son sustancialmente diferentes”*. Más adelante -en el mismo concepto- la SFC expresó que *“fuerza concluir que tanto la SFC como la Defensoría del Cliente son competentes para conocer simultáneamente de una queja dados los particulares alcances de sus decisiones en razón de las distintas funciones de cada uno. Bajo esa perspectiva, se entiende que resulta viable que simultáneamente la Superintendencia Financiera y la Defensoría conozcan de una misma queja, dado que sus gestiones o actuaciones están orientadas a distintos fines, por lo cual no existe riesgo de proferir decisiones dispares”*. Esta opinión es compartida *“...en su integridad por la Dirección Jurídica de la Superintendencia y por tanto expresa la posición institucional de la entidad sobre la materia”*.

3.2.- Como corolario de lo dicho hasta aquí, consideramos que sí tenemos competencia para conocer este asunto.

(...)

## 2. BUENA FE

### **El silencio.**

#### **En la formación o modificación del contrato.**

#### **Usos contractuales y buena fe.**

**Ref:- 05-1-2- 044** (22 de agosto de 2005)

El valor jurídico del silencio o de las abstenciones es un tema especialmente delicado que es necesario discutir y analizar con gran cautela, ya que en principio el silencio o la inactividad, por ser exactamente comportamientos negativos, no pueden ser estimados como expresiones de la voluntad que calla. Sin embargo, no toda abstención o inactividad produce la misma consecuencia porque cuando la Ley, el contrato o una sentencia le imponen a un individuo determinado comportamiento, esfuerzo, actividad o expresión externa, el comportamiento pasivo es rebeldía e implica, en un caso incumplimiento de la ley y en otro desacato de la orden jurisdiccional o administrativa; y de uno u otro se desprenderán consecuencias adversas para quien estando obligado a obrar se abstiene.

Lo que nos interesa para los efectos de este asunto es el alcance del silencio en la formación del contrato o en la modificación del mismo. La doctrina moderna admite que en algunos casos el silencio es susceptible de ser interpretado como asentimiento y como manifestación del querer, partiendo para ello de la sencilla idea de que el silencio puede servir de prueba o presunción de voluntad o, desde otro punto de vista, fundando aquella conclusión en que el silencio puede convertirse en fuente de responsabilidad y de obligaciones distinta de la voluntad explícita o tácita, toda vez que las necesidades prácticas del mundo de los negocios en muchos casos exigen que un individuo envíe una respuesta a otras partes que intervienen en el contrato (o en sus operaciones ordinarias) y cuando ese individuo no obra de esta manera el silencio que se prolonga en el tiempo resulta ser una falta o defecto que puede estimarse falto de efecto según el cual quien ha callado durante un tiempo más o menos largo con su silencio está actuando como si hubiera aceptado, caso en el cual es forzoso tener en cuenta que: (i) la doctrina no ha establecido todavía fórmulas suficientemente seguras y precisas que se ajusten al ordenamiento jurídico sobre este particular; (ii) si el antiguo punto de vista según el cual el silencio vale como declaración cuando dada una determinada relación entre dos personas el modo corriente de proceder implica el deber de hablar ya que si el que puede y debe hablar no lo hace se ha de reputar que consciente en aras de la buena fe (*qui siluit cunloqui debiuit*

*et notiut consentire devetur*) para estimar el silencio como expresión del consentimiento será necesaria la concurrencia de dos condiciones: (i) que el que calla “pueda contradecir”, lo cual supone que haya tenido conocimiento de los hechos que motivan la posibilidad de la protesta (el elemento subjetivo), y, (ii) que el que calle “tuviera obligación de contestar”, o cuando menos, fuera natural y normal que manifestase su desentendimiento si no quería aprobar los hechos o propuestas de la otra parte (elemento objetivo). Para aplicar este razonamiento a un caso concreto es necesario establecer las bases de hecho y de derecho sobre las cuales ha de asentarse la apreciación de que un individuo ha consentido determinado comportamiento ajeno, ha omitido toda declaración respecto al hecho que conoce, a los que se pretende atribuir la significación y efectos de derecho que a uno de ellos interesa, lo cual significa que en el decurso de las operaciones, negocios o acuerdos que con el correr de los días se dan entre las partes deben quedar huellas claras de estos hechos que resultan capitales para derivar de ellos la consecuencia que venimos mencionando y si nada particular se puede identificar, la conclusión no fluirá por sí misma ni la puede deducir el intérprete del contrato.

Es cierto que el valor del silencio tiene consecuencias cuando se da durante una misma relación contractual y media, además, un uso corriente y normal en el comercio sobre ese particular, como es el de adoptar, para ciertas expresiones, etapas o aspectos del contrato, determinado mecanismo en el que las partes consienten y que se despliega o desarrolla sin que para obrar de esa manera cada vez sea necesario establecer condiciones, reglas o acuerdos particulares y concretos porque, como ya se dijo, de ordinario se actúa de esa manera y las partes han entendido que para que en un momento determinado se actué del mismo modo nada adicional se requiere, ya que la manera como las cosas han sucedido en el pasado y los efectos que de ella se han desprendido les han parecido satisfactorios no sólo para el propósito que a cada parte le interesa, sino para el logro y satisfacción de los intereses que justifican tanto los negocios que se prolongan en el tiempo como el contrato dentro del cual emergen estas particularidades. En estos casos bien podrá pensarse que se rompería el principio de la buena fe si en determinado momento alguna parte tratara de excusarse de las consecuencias que se derivan del silencio alegando que para un punto concreto, que en el pasado se había resuelto del modo que hemos descrito, ahora, en el momento del conflicto, sí era indispensable el disentimiento explícito o el consentimiento expreso que antes se entendió innecesario.

**Error humano.****Toda disculpa es de buen recibo e implica un resarcimiento.****Ref:- 05-1-2- 046** (24 de agosto de 2005)

La comunicación que usted radicó el 19 de julio ante esta Defensoría fue puesta en conocimiento de Banco... para conocer sus puntos de vista y para solicitarle algunos documentos que consideramos necesarios para atender su caso. Con base en los documentos que forman parte del expediente hemos concluido que:

1º.- Su queja se relaciona con las dificultades que se derivan de la tardanza con la que Banco... tramitó la consignación que usted hizo el 16 de junio para pagar la cuota exigible por una tarjeta de crédito. Esa demora dio lugar a que el banco destinatario del abono liquidara intereses de mora, bloqueara su tarjeta y, aunque usted no lo dice, le impusiera cargas y trabajos que en estricto sentido hubieran sido innecesarios si el banco intermediario hubiera actuado con presteza.

2º.- Usted solicita que se verifique la razón por la cual el giro no se hizo oportunamente y pide una explicación por escrito sobre lo acontecido, además de las excusas que considera necesarias.

3º.- El banco ha reconocido que su queja tiene fundamento y nos ha dicho que el 15 de julio el banco destinatario recibió el abono.

4º.- Sobre las explicaciones que usted pide la respuesta del banco es muy clara: el incidente se debió a un error humano, lo que es verdad y aunque parezca breve es más que satisfactorio porque no habiendo otra causa que explique lo acontecido la verdad es la única explicación posible. Lamentablemente el banco no se ha interesado en presentar las excusas que le corresponden y displicentemente ha dicho que si usted está interesado en alguna aclaración debe comunicarse con el señor C... en el banco destinatario. En estas decisiones el Banco... se ha equivocado grandemente porque las explicaciones y disculpas o aclaraciones no le corresponden al banco destinatario sino al autor del error que a pesar de entendible no exonera a quien incurrió en el yerro, máxime si se tiene en cuenta que del mismo se derivan tres daños resarcibles, a saber: el restablecimiento de su historial en el banco emisor de la tarjeta de crédito que registra mora por causa no imputable al titular de la tarjeta, asunto que pasará desapercibido si el banco... no lo aclara y reconoce ante banco emisor; el reintegro de los intereses de mora que se cargarán en su cuenta; y, lo que es más importante, la presentación de las excusas comerciales que no son legalmente exigibles pero que son de buen recibo en el mundo de los negocios. Dos de esos resarcimientos tienen carácter moral pero son tan exigibles como la indemnización del daño material.

Desde nuestro punto de vista Banco... ha obrado con indiferencia y sin delicadeza para con su cliente ofendido y debe expedir una carta que lo deje indemne y que le restablezca, sobre todo ante el banco emisor, el prestigio comercial que en el mundo de los bancos se estima con el celo que merece. En este sentido está solicitando la intervención del banco, para que la Gerente de la Oficina de Guayabal actúe como le corresponde o para que otra oficina se ocupe de este asunto.

**Ref.- 05-1-2-075** (20 de Septiembre de 2005)

Me permito comunicarle que el pasado 17 de agosto fue radicado en la Defensoría el documento contentivo de su reclamo en el cual solicita la colaboración de esta Oficina a fin de que Banco ... proceda a reintegrarle el valor de la suma de dinero que debe estar consignada en su cuenta de ahorros No. 39..., ya que el día 6 de agosto de 2004 el banco le otorgó un crédito por \$ 7.000.000<sup>oo</sup> y de acuerdo con los movimientos que ha hecho de su cuenta el saldo debe ser de aproximadamente \$1.800.000<sup>oo</sup>, pero en los sistemas de la entidad aparece en ceros.

Recibida la reclamación, esta Defensoría le dio traslado a la entidad financiera solicitando los documentos que consideró necesarios para atender su solicitud. En la respuesta que recibimos del banco el 13 de septiembre pasado -a la que acompañó copia de la carta que el 7 de septiembre le envió a usted para informarle que en la Oficina Palestina se presentó un ilícito por parte de funcionarios del banco y que en su caso particular se pudo detectar un faltante de su cuenta por valor de \$ 1.530.000<sup>oo</sup>, mediante retiro efectuado el 6 de agosto de 2004 a través del cupón de libreta de ahorros B 07... el cual presentaba el número de cuenta alterado y firma distinta a la registrada por usted- quedó claro que la Coordinación Jurídica de la Regional Sur, autorizó a la Directora de la Oficina Palestina la restitución de la citada suma, “dine-ros que deben ser consignados en su cuenta de ahorros, **con sus respectivos rendimientos desde el día de los hechos hasta que se haga efectiva la restitución.**” (Se subraya)

Remitió el banco con su respuesta, copia del ACTA DE REINTEGRO DE DINE-ROS, suscrita por usted, en la cual consta que el 1º de septiembre de 2005 el banco le hizo entrega de la suma de \$ 1.530.000<sup>oo</sup>, con lo cual declaró a paz y salvo al banco por todo concepto, cediendo en su favor en virtud del pago efectuado, todos los derechos y acciones que le correspondan de acuerdo con la ley.

Por cuanto según los artículos 822, 835, 863 y 871 del Código de Comercio la buena fe es un principio rector del derecho privado, que se manifiesta en el período precontractual y que se concreta en la celebración de los acuerdos o negocios entre particulares para regir durante la ejecución y aún en la etapa de interpretación de esos acuerdos (Cfr. Artículos 1502 a 1526; 1602 a 1617; y 1618 a 1624 todos del

Código Civil), entendemos nosotros que al redactar los documentos que usted firmó se incurrió en algún descuido y que por ello la versión definitiva del acuerdo se aparta de las instrucciones que había dado la Coordinación Jurídica de la Regional Sur del banco, razón que nos anima a solicitarle al banco que corrija el error y que le reconozca y abone los intereses que quedaron pendientes. Sin embargo, es posible que el banco tenga otro criterio y que sostenga que no hubo error, caso en el cual usted puede impugnar la transacción ante los jueces civiles y reclamar lo que considere se le debe por concepto de daños. Esta Defensoría estará pendiente de lo que se resuelva sin que por ello pueda intervenir en la solución final.

### **Información suministrada por el cliente.**

#### **Instrucciones erradas del cliente.**

**Ref.- 05-1-2-083** (26 de septiembre de 2005)

El 1º de agosto de 2005 esta Defensoría recibió la carta en la que solicita que el Banco... le reintegre la suma de \$ 900.000<sup>oo</sup> que un tercero, don R... quiso consignar en su cuenta de ahorros dando como número de la cuenta el de su tarjeta débito, lo que en primer término dio lugar a que ese dinero se abonara al saldo de la tarjeta de crédito que tiene el número que usted o el señor R... señalaron y, en segundo lugar, condujo a que –como es obvio- en su cuenta de ahorros no se refleje esa transacción.

Del escrito que acabo de mencionar le dimos traslado al Banco... para conocer sus puntos de vista y para solicitarle algunos documentos que consideramos necesarios para atender su caso. Con base en la carta que le dio origen a esta actuación, los documentos y explicaciones que recibimos del banco el 15 de septiembre hemos concluido lo siguiente:

**1º.-** Prácticamente todas las operaciones bancarias se desarrollan a través de metodologías idóneas para atender gran cantidad de negocios que corresponden al mismo género pero que se particularizan a través de los detalles que cada una tiene sobre condiciones y modalidades. Esas operaciones son diferentes entre sí pero todas están sometidas a mecanismos impersonales sin los cuales las operaciones en masa serían prácticamente imposibles por lentas y costosas. Estas circunstancias explican por qué razón la técnica de las operaciones bancarias y la costumbre han impuesto el uso de claves de seguridad, números de cuentas y claves que se utilizan con tal grado de confiabilidad que las decisiones y consecuencias particulares en gran medida dependen del uso adecuado de esos códigos.

**2º.-** En este caso las instrucciones fueron erróneas desde el primer momento y el banco actuó como esos códigos o claves se lo imponían, razón por la cual los efectos

derivados del yerro los deberá padecer quien incurrió en el error (usted) y condujo a otro (el banco) a un resultado insatisfactorio para sí mismo pero perfecto desde el punto de vista de la operación que se le ordenó al banco.

3º.- El banco actuó con absoluta fidelidad a las instrucciones de su cliente y ahora, en presencia de su queja, también ha obrado correctamente porque casi de inmediato procedió a efectuar los trámites necesarios para averiguar el destino de los dineros que usted reclama. Luego de las averiguaciones en la Sucursal Bogotá y en la Gerencia Credibanco se estableció que la suma de \$ 900.000<sup>00</sup>, consignada el 21 de Julio del año en curso para la Tarjeta de Crédito No. 45..., fue recibida por el sistema y enrutada para el Banco de Crédito a donde corresponde ese número de tarjeta.

Como la operación se enrutó hacia el Banco de Crédito donde se abonó al saldo a cargo del tarjetahabiente que ustedes señalaron, bien ha hecho el Banco ... al sugerirle que se comunique con *Banco de Crédito- Departamento de Credibanco* donde podría hallarse la solución que ni el banco ni esta Defensoría podemos ofrecer.

### **Contraseña de la Cédula de Ciudadanía.**

**Ref:- 05-1-44-090** (12 de octubre de 2005)

Hemos recibido su comunicación del 22 de agosto que acaba de pasar, en la cual, palabras más palabras menos, describe los siguientes hechos:

1º.- Usted es acreedora que ha embargado una mesada pensional cuyo importe recibe mensualmente en el Banco ....

2º.- Como le robaron la cédula de ciudadanía y ha obtenido la “contraseña” que utiliza sin dificultad en varias entidades bancarias, excepción hecha de Banco ..., institución que sólo acepta el documento original, lo que le causa dificultades extremas porque su expedición es lenta y puede tardar más de un año.

3º.- El 23 de septiembre el banco nos comunicó que para los pagos por archivo previo, como es su caso, por razones de seguridad el banco decidió que no es aceptable la contraseña como documento de identificación del beneficiario del pago.

Con base en lo antedicho, esta defensoría ha llegado a las siguientes conclusiones:

1º.- La presentación de la cédula de ciudadanía es indispensable para las principales diligencias de carácter legal o político. En efecto, ese documento se debe presentar (i) para la expedición del registro civil de nacimiento; (ii) para la expedición de

pasaporte de los mayores **de edad, caso en el cual si el solicitante no tiene la cédula de ciudadanía se le aceptará el pasaporte** anterior vigente en el cual figure el número de la cédula del peticionario y en cualquier caso se acepta la contraseña; **(ii)** para la expedición del pasaporte de menores de edad, que lo pueden solicitar los padres o el representante legal y en el primer caso los solicitantes deben presentar sus cédulas de ciudadanía o sus pasaportes vigentes; **(iv)** para la inscripción del matrimonio en el registro civil, la que la ley acepta que pueda ser realizada por los contrayentes o por persona distinta con el correspondiente poder, pero en todos los casos exige presentar documento que demuestre el hecho, sin importar el rito por el cual se haya efectuado el matrimonio y presentar la identificación de los contrayentes, que para este efecto es la cédula de ciudadanía o el pasaporte colombiano vigente. En el **(v)** trámite de la partida de defunción ocurre cosa semejante porque la inscripción de ese registro puede ser realizada en su orden, por el cónyuge, un pariente, personas allegadas o personal de la funeraria, quienes deben presentar documentos colombianos originales del difunto(a) que para el caso son la cédula de ciudadanía, el pasaporte o el registro civil, el registro de defunción y certificado médico sobre las causas del fallecimiento, debidamente traducido, legalizado por la autoridad provincial y autenticado por parte del Consulado y, además la cédula de ciudadanía del denunciante. Para **(vi)** la expedición del duplicado de la cédula de ciudadanía es necesario presentar la cédula anterior, pasaporte vigente donde figure el número de la cédula u original del Registro Civil. Para **(vii)** la rectificación de la cédula de ciudadanía también es necesario presentar la cédula de ciudadanía en original. Para **(vii)** la supresión del apellido de casada se exigen varios requisitos, entre ellos, haber cumplido los 18 años de edad y la presentación del original de la cédula de ciudadanía a corregir. Para **(viii)** la expedición de la Libreta Militar provisional y para la expedición de la Libreta Militar definitiva se requiere ser mayor de 18 años y menor de 27, el registro civil de nacimiento y la presentación del original de la cédula de ciudadanía. Para **(ix)** votar en el Referendo del sábado 25 de octubre de 2003 era necesario formalizar la inscripción de la cédula de ciudadanía. En ese caso se dijo, con absoluta claridad, que los ciudadanos podían inscribirse presentando la cédula de ciudadanía o el pasaporte ordinario vigente, sin que fuera posible aceptar otros documentos, tales como contraseñas de preparación de la cédula, constancias de que la cédula estaba en trámite, libretas militares o pasaportes provisionales o de continuación de viaje ni carnés de ninguna naturaleza.

2°.- En resumen, la contraseña original en la que consta que la cédula está en trámite **sirve para muy poco: entendemos nosotros que solo es utilizable para** gestionar la entrega de la cédula por medio de los Consulados de Colombia en el exterior y para solicitar pasaporte en el caso de los mayores de edad. Sin embargo, la práctica le ha dado a la *contraseña* un valor del cual carece y por ello en muchos lugares y para numerosos efectos se le toma como si fuera la cédula misma lo que no significa que así deba ser o el Banco... tenga que obrar con la exposición o riesgo que otras entidades asumen cuando o aceptan esa asimilación.

**3°.-** Desde nuestro punto de vista el banco ha obrado con seriedad y nada se le puede reprochar, no solo porque la medida que ha dado lugar a esta opinión incrementa la seguridad y la certeza que le convienen tanto al cliente como al banco, sino porque tiene fundamento en el sistema legal.

### **Lista Clinton.**

#### **Responsabilidad del Banco.**

**Ref:- 05-1-44-100** (4 de noviembre de 2005)

El 28 de septiembre esta Defensoría recibió la carta por medio de la cual nos comunica que actualmente su nombre no figura en la denominada lista Clinton y que si su nombre continúa apareciendo en los bancos de datos que lo relacionan como inhabilitado para acceder a los servicios ordinarios de Banco..., con ello se comprometería la responsabilidad del banco por persistir en la violación de sus derechos fundamentales. Del escrito que acabo de mencionar le dimos traslado a el banco para conocer su opinión y recibida la respuesta hemos concluido que:

**1°.-** Como usted no es cliente de ... en estricto sentido no podríamos atender su queja.

**2°.-** El banco tuvo la deferencia de atender su caso y nos ha dicho que **(i)** este tipo de relaciones comerciales se analizan dentro del contexto de la circular 23 que expidió la Superintendencia Bancaria en agosto de este año; **(ii)** que en cualquier caso se tendría en cuenta lo que dispuso la Corte Constitucional en sentencia T-468 de 2.003 y, agregamos nosotros, lo que esa misma Corporación ha precisado en sentencias como la T-176 del 24 de abril de 1995; Exp. T-58238; Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-414 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón y en igual sentido: T-424 de 1992; T-110, 160, 220, 303, 389, 460, y 528 de 1993.

Desde nuestro punto de vista es, por lo menos desproporcionado, decir que se comprometería la responsabilidad del banco por persistir en la violación de sus derechos fundamentales, lo que no ha ocurrido en momento alguno.

### **Servicio al cliente.**

#### **Veedurías Colectivas.**

**Ref:- 05-1-44-099** (5 de noviembre de 2005)

El correo electrónico que usted nos hizo llegar el 3 de octubre que acaba de pasar lo pusimos en conocimiento de Banco... y con base en la respuesta del banco hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1º.- Su queja se relaciona con el desinterés con el que dos funcionarios del banco atendieron a una señora que estaba en estado de gestación y a quien no se ofreció privilegio o trato especial que tuviera en cuenta las limitaciones de su estado.

2º.- La administración del banco se interesó por este caso y nos ha informado que:

2.1.- Todo indica que a la señora de marras se le ofreció atenderla en la fila preferencial pero como se trataba de un día de pago de pensionados la congestión resultó excesiva y el servicio se atendió con lentitud.

2.2.- Banco... está interesado en mejorar sus servicios a los clientes y de ello, en términos generales esta Defensoría puede dar fe.

2.3.- El banco ha desarrollado servicios a través de AUDIO y de INTERNET, lo que ha disminuido el tiempo de espera y el de trámite, ha descongestionado el hall bancario y ha mejorado también el índice de satisfacción del cliente.

Tenga la seguridad que su carta ha sido muy útil y bien recibida porque estimula el mejoramiento del servicio al cliente y advierte a los funcionarios que en ocasiones son desatentos sobre la veeduría que los clientes ejercen sobre ese comportamiento. Por estas razones agradecemos su interés y damos por cerrado este caso y nuestra intervención en el mismo.

### **Cédula de Ciudadanía.**

**“Páguese al primer beneficiario”.**

**La contraseña que se expide a quienes solicitan la Cédula de Ciudadanía.**

**Ref:- 05-1-2-151** (19 de enero de 2006)

El 13 de octubre del año pasado esta Defensoría recibió la queja que se deriva del que usted considera pago incorrecto del cheque 51..., librado con negociabilidad restringida porque sólo podía pagarse al *primer beneficiario* y, no obstante ello, se pagó por ventanilla a quien parece no era el primer beneficiario, razón por la cual usted solicita el reintegro del importe del título.

1º.- El Banco... pagó el cheque a quien exhibió la *contraseña* que entrega la Registraduría Nacional del Estado Civil a quienes solicitan la expedición de la cédula de ciudadanía, y, adicionalmente presentó carnés de Medisánitas y de Coomeva.

2º.- Como el reglamento que en marzo de 2004 adoptó Banco... para el pago de este tipo de documentos dice que si el cheque tiene negociabilidad restringida al cajero debe verificar “...la identificación plena del beneficiario o último tene-

*dor..*”, es necesario precisar si el procedimiento que se siguió en el trámite de esta operación satisface esa exigencia y si los documentos exhibidos por quien solicitó eran adecuados a tal finalidad. Para tal fin se debe tener en cuenta lo siguiente:

**2.1.-** La presentación de la cédula de ciudadanía es indispensable para las principales diligencias de carácter legal o político. (...)

**2.2.-** En resumen, la contraseña original en la que consta que la cédula está en trámite **sirve para muy poco: entendemos nosotros que sólo es utilizable para** gestionar la entrega de la cédula por medio de los Consulados de Colombia en el exterior; y para solicitar pasaporte en el caso de los mayores de edad. Sin embargo, la práctica le ha dado a la *contraseña* un valor del cual carece y por ello en muchos lugares y para numerosos efectos se le toma como si fuera la cédula misma lo que no significa que así deba ser o el Banco... tenga que obrar con la exposición o riesgo que otras entidades asumen cuando aceptan esa asimilación.

**2.3.-** En otras oportunidades esta Defensoría ha ponderado el comportamiento del banco que para trámites semejantes al que dio lugar a esta queja exige la exhibición del original de la cédula de ciudadanía (cfr. nuestra opinión del 21 de octubre 05-1-44-090) y ha dicho que en esos casos y con esa exigencia el banco ha obrado con seriedad y que nada se le puede reprochar, no sólo porque esa medida incrementa la seguridad y la certeza que le convienen tanto al cliente como al banco, sino porque tiene fundamento en el sistema legal.

**3º.-** En esta ocasión, en desarrollo de ese criterio, nuestra opinión ha de favorecer las pretensiones del quejoso, porque el cajero no se sometió íntegramente al reglamento de operación y el banco asumió, por la decisión de su dependiente, un riesgo que ha debido evitar y por ello debe soportar las resultas de sus actos reintegrando el dinero que reclama el quejoso.

**El cliente de mala fe.  
Congelación del saldo.**

**Ref:- 06-1-44-125** (30 de agosto de 2006)

Su queja se explica porque después de retirar una suma muy representativa en dinero efectivo, de la cual usted entiendo que se le descontó el Gravamen a los Movimientos Financieros, el cajero del banco dice que ello no fue así y que el, por error, le entregó todo el dinero y no le hizo el descuento. Por esta razón, se le solicitó reintegrar ese dinero, lo que dio lugar a que usted se presentara ante el gerente del banco

para cancelar la cuenta, siendo informado de que el saldo de la cuenta estaba congelado hasta cuando pagara el valor del impuesto que el cajero no le descontó.

La respuesta de Banco... es muy concreta porque señala que todos los documentos y sistemas de control del banco demuestran que no se hizo el descuento del cuatro por mil, error que verificó el señor J... y que vino a pagar quien la atendió el 1° de junio, don Ja..., quien de su sueldo tuvo que pagar ese dinero, sin que por ello los saldos hubieran quedado congelados, porque están a sus órdenes.

Con la presente le estamos enviando copia de la comunicación que preparamos para atender el caso de la referencia. Queremos subrayar que esta Defensoría considera que este tipo de conflictos es frecuente y que por ellos pagan con su sueldo los cajeros, sin que el banco pueda retener o congelar el saldo disponible en la cuenta del cliente indelicado.

El banco no puede ni tiene instrumentos para mover la buena voluntad y animar el comportamiento ético de los clientes, pero si los administradores de la oficina consideran que el cajero actuó incorrectamente deben, sin miramiento ni tardanza, sancionarlo y si es el caso deben retirarlo de su nómina. Pero al mismo tiempo y por igual razón, si tales administradores concluyen que el cliente quebrantó la obligación de veracidad que le es exigible, inmediatamente deben terminar sus relaciones comerciales con ese cliente desleal. Esta es la opinión del suscrito Defensor, quien no puede calificar en concreto lo sucedido porque no le constan los hechos pero sí cree, firmemente, que el postulado de la buena fe y en lo que del mismo se deriva desfavorece el comportamiento de los clientes que no actúan correctamente.

### 3. INFORMACIÓN AL CLIENTE

#### Información al cliente en la etapa precontractual.

#### Falsas expectativas.

#### Competencia de la Defensoría del Cliente.

Ref:- 05-1-43-064 (18 de agosto de 2005)

Sobre la queja, hemos concluido que Banco... actuó razonablemente en cuanto se interesó en establecer una comunicación directa con los quejosos, pero también hemos visto que la razón expuesta por el banco para no atender las solicitudes que le hicimos el 4 de agosto no puede recibir nuestra acogida por las siguientes razones:

1º.- Los quejosos no exigen ni esperan que la Defensoría intervenga para que se les desembolse el crédito sino para que se *les satisfaga por lo que ellos consideran una falta de respeto*. Esta particularidad sí le importa a la Defensoría y por ser este uno de los objetos de la queja, la Defensoría tiene competencia para intervenir en el caso.

2º.- Los quejosos creen que se les generaron *falsas expectativas* y aunque no lo dicen, todo parece indicar que así fue porque el crédito se aprobó, luego se les animó para adelantar los avalúos y tal vez para constituir una hipoteca, después se les solicitó que firmaran un pagaré y de repente apareció un obstáculo que nadie les había dicho que era requisito previo o condición para el desembolso: estaban reportados en Datacrédito. La Defensoría quiso saber cuáles son los *requisitos para desembolsar un crédito aprobado* y aunque no los pudimos conocer sí creemos que si sobre ellos hubo silencio, el comportamiento del banco no puede tener asidero en el artículo 1169 del Código Civil, aplicable al caso por la remisión que hace el artículo 822 C.Co. Así las cosas, quedará por saber si en efecto en este caso se engendraron falsas expectativas, si al banco le falta advertir las condiciones para el desembolso de créditos aprobados y también quedará por averiguar si esas condiciones se pueden crear al ritmo de los hechos y de los negocios. Ese era el servicio que hubiera podido prestar la Defensoría y esa es la razón por la cual para ello sí tiene competencia.

3º.- No se puede desconocer que el Código de Comercio destina siete artículos a la regulación del mutuo y que la brevedad y falta de especialidad de tales reglas impone la aplicación de los artículos 2222 a 2235 del Código Civil y, por otra parte y razón, la de los artículos 863 y 871 C.Co y 769 y 1603 C.C. Allí está la sustancia del derecho

que los quejosos intuyen quebrantado y allí también la base de la competencia de la Defensoría para ocuparse de ese examen, que como ya se dijo no recae sobre el desembolso mismo, ni sobre la aprobación del crédito sino sobre la manera como se desarrollaron las cargas y obligaciones del período precontractual.

4°.- Finalmente, la queja cierra con una solicitud: la devolución de los gastos en que los peticionarios incurrieron para satisfacer al banco, gastos en los que razonablemente no hubieran incurrido si desde el comienzo hubieran tenido conocimiento de las condiciones que el banco exigía para el desembolso. La Defensoría sabe que el banco debe actuar con la cautela y ponderación que a los profesionales de la banca es exigible, pero no pudo saber si el banco actuó con sujeción a los principios de *igualdad de trato* y de *información suficiente*. Para ello la Defensoría es competente.

#### **Información incorrecta suministrada por el banco.**

**La sanción del 20% (Art. 731) supone culpa y pronunciamiento judicial.**

**El abono en cuenta se hace después del canje.**

**Ref:- 05-1-44-044** (29 de agosto de 2005)

El 2 de agosto esta Defensoría asumió el conocimiento y trámite de la queja que usted presentó contra Banco... por causa de la información incorrecta que sobre dos consignaciones en trámite le suministró un funcionario de esa entidad financiera, lo que dio pie para que usted girara un cheque por valor ligeramente superior al del saldo disponible en cuenta, cheque que resultó impagado porque el banco librado no le concedió el sobregiro, lo que podría legitimar al tenedor del cheque para exigir el pago del 20% al que se refiere el Código de Comercio. Su queja dio lugar a que usted formulara dos preguntas que se resumen así:

A°.- ¿Cuando un funcionario del banco se equivoca en este tipo de información, por qué el cliente tiene que asumir la responsabilidad?

B°.- ¿En este caso quién se responsabiliza del pago del 20%, el banco o el girador?

De la queja se le dio traslado al banco y con base tanto en la queja inicial como en los descargos o explicaciones de esa entidad financiera hemos concluido que:

1°.- La consignación de un cheque automáticamente no incrementa en igual valor el saldo disponible porque el abono solo se hace después del canje, salvo que se trate de una remesa negociada, caso en el cual antes de que se cumplan los trámites del canje se produce el abono asumiendo el banco el riesgo de la devolución. En este caso, lo que usted describe y lo que el banco precisa demuestran que la disponibilidad se calculó incluyendo las consignaciones en curso, lo que es desacertado por lo

antedicho. No hemos podido precisar cómo se desarrollaron las conversaciones que se cumplieron entre usted y el funcionario del banco pero tal parece que lo que ese dependiente le comunicó nada tenía que ver con el saldo disponible. Allí está la causa del error de apreciación que generó el malentendido.

2º.- El artículo 714 del Código de Comercio y el 1º del contrato de cuenta corriente que usted firmó con Banco... dice que el cuentacorrentista debe “*mantener en poder del banco* fondos suficientes para atender el pago total de los cheques y órdenes que libre contra el Banco...” Las subrayas hacen innecesarias explicaciones adicionales.

3º.- No descartamos la posibilidad de que el funcionario del banco se hubiera equivocado al decirle que estaban en trámite una, dos o tres consignaciones pero ese error no puede ser la base de la determinación que usted tomó al girar en descubierto. Una cosa nada tiene que ver con la otra porque el valor de los cheques en tránsito o el de las remesas no puede ser igual al de la disponibilidad y siendo así las cosas, el riesgo de girar en descubierto lo asume el girador, razón por la cual en su cabeza y no el la del banco se radican las consecuencias.

4º.- Es claro que la responsabilidad por el pago del 20% al que se refiere el artículo 731 del Código de Comercio, en principio corresponde al librador pero para el suscrito Defensor también es claro que esa responsabilidad no se deduce por la simple ocurrencia de la devolución o del impago sino que, además, se requiere que se demuestre la culpa del librador, lo que necesariamente se tramitará por la jurisdicción civil y en proceso ordinario, no como creen algunos que a las volandas y con el simple apremio se debe dar por cierto y exigible ese cargo o sanción legal.

### **Derecho a la información veraz.**

**Ref:- 05-1-2- 147** (5 de noviembre de 2005)

La comunicación que recibimos el 3 de octubre que acaba de pasar fue puesta en conocimiento de Banco... para conocer sus puntos de vista y para solicitarle algunos documentos que consideramos necesarios para atender su caso. Con base en la carta que le dio origen a esta actuación, los documentos que recibimos del banco y las explicaciones de esa entidad financiera, hemos concluido lo siguiente:

1º.- Su queja se encamina a precisar el significado, alcance y veracidad de la información que le suministraron en la oficina de Banco... (Cra. 4ª con calle 10), según la cual usted es titular de una cuenta que está inactiva desde 1998, abierta en la oficina Guabito del mismo banco en la misma ciudad de Cali, lo que dio lugar a que usted solicitara mayores detalles y explicaciones para finalmente recibir un papel en el que

aparecía el número de su cédula de ciudadanía con otro nombre y dos noticias de viva voz, según la primera de las cuales en la oficina de Guabito lo atenderían al día siguiente, el Gerente de la oficina Cra 4ª no lo podía atender, los funcionarios del banco no podían solucionar nada y, por otra parte, que este problema era suyo y la solución estaba en sus manos y consistía en llamar a todas las personas que figuraban en el formulario de apertura de la cuenta inactiva para precisar con ellos mayores detalles. A todas éstas, el Subgerente de la oficina le retuvo el papel que le habían entregado antes, usted se quedó sin posibilidad de recibir el salario a tiempo, no pudo abrir la cuenta y ahora teme por su vida porque supone que en esa cuenta se registraron operaciones que no son regulares.

2º.- Entendemos muy bien su preocupación y las diligencias que adelantó el banco permitieron aclarar este asunto para concluir que (i) el error fue del banco porque al abrir la cuenta de don A... digitó el número de la cédula que a usted le pertenece; (ii) en esa cuenta no se han registrado operaciones ilegales; (iii) finalmente el banco le abrió la cuenta de su interés; (iv) el banco estaba obligado a presentar disculpas porque los errores inexcusables siempre exigen una explicación y al obrar de esa manera en nada se comprometen los intereses ni los derechos del banco pero sí se humaniza su comportamiento y se restaura, al menos en lo afectivo, la estima y respeto que los clientes desarrollan por las entidades financieras y cuando los clientes reciben una respuesta racional en vez de alejarse se acercan a su banco y a su banquero.

### **Razones de la negativa.**

#### **La vocería del Defensor del Cliente.**

**Ref:- 05-1-44- 144** (28 de noviembre de 2005)

La comunicación que recibimos el 4 de octubre agosto que acaba de pasar fue puesta en conocimiento de Banco... para conocer sus puntos de vista y con base en la carta que le dio origen a esta actuación y las explicaciones de esa entidad financiera hemos concluido lo siguiente:

1º.- Su queja es absolutamente razonable y a la vez que transmite un sentimiento de desorientación y maltrato, se encamina a sugerir que en casos como el suyo la razones de la negativa se expliciten para que el cliente, en abstracto, conociendo los defectos en los que incurrió o las debilidades de su proyecto crediticio se beneficie de esa experiencia negativa y quede bien informado, lo que implica un servicio del banco y una verdadera orientación y asesoría que le servirán para comprender tanto su propio caso como las razones que tuvo el banco para negar determinada operación. Sobre este asunto, que valoramos en su justa medida, hemos considerado pertinente desarrollar las atribuciones que le permiten al Defensor del Cliente intervenir

ante las altas autoridades del banco para ser vocero de intereses generales, como sucede en este caso. En consecuencia, eso haremos.

**2º.-** Hemos aceptado la sugerencia que usted le hace a las directivas del banco. Es decir, en la versión que publicó de Editorial... (por cierto con un tipo de letra muy pequeño) y con motivo de su carta hemos leído el libro del Profesor Leonard Berry y por el provecho recibido le agradecemos la recomendación, la que por nuestra cuenta extenderemos para el beneficio de otros.

**3º.-** Sobre otras observaciones a las que se refiere su queja queremos decirle que:

**3.1.-** En este caso usted dispuso de unas sumas de dinero que tenían el carácter de gastos del proyecto y que nadie, ni el banco ni usted mismo, sabían de antemano si tendrían justificación. Todo parece indicar que el banco sí consideró adecuada la cobertura del riesgo pero insuficiente la capacidad de pago porque usted presentaba un endeudamiento del orden de 33 millones de pesos y el flujo de caja no era suficiente para atender al mismo tiempo las viejas y las nuevas obligaciones.

**3.2.-** Los honorarios pagados no beneficiaron al banco porque con ellos se remuneraron los trabajos del perito y del abogado.

**3.3.-** Banco... no ha reportado a las Centrales de Riesgo la existencia del proyecto crediticio, ni ha dado a entender que les ha concedido un crédito a usted y/ o a su señora esposa. Lo que sucede, según lo que nos ha explicado la señora Gerente Regional de Antioquia, es que cada vez que una entidad financiera consulta la información relacionada con un cliente, de ese interés se le da noticia a los próximos consultantes, de tal modo que una operación no se le proponga a varias entidades al mismo tiempo. Debe quedar claro entonces que ningún daño le ha causado el banco por esta circunstancia.

**3.4.-** Las sugerencias encaminadas a que el banco no cobre los estudios de títulos ni los avalúos no recibieron comentario alguno por parte de la señora *Gerente Regional Antioquia* y sobre ellas no opinamos porque esos son temas ajenos a nuestra competencia y porque no sabemos si a ellos la señora Gerente hará referencia en carta separada.

**4º.-** A usted le ha causado verdadera molestia que el banco le haya dicho que "...se reserva los motivos por los cuales se les rechazó el préstamo". En estricto sentido el sistema de derecho positivo no le exige al banco que "**justifique**" la negativa, pero los principios rectores del sistema de contratos financieros, dispersos en la Constitución Política, el Código Civil y el Código de Comercio o enunciados en

numerosas sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, sí permiten afirmar que esa carga existe. Por esa razón, le solicitaremos al banco que se predisponga a explicarle esas razones. Para tal efecto hemos tenido en cuenta que tal vez lo fundamental de la queja tiene que ver con el interés que tiene el cliente para conocer la causa de lo que decidió el banco y, desde otro punto de vista, con el derecho que tiene el banco de reservarse esa información. La Defensoría tiene que suponer que la frase que según el quejoso se le dijo así: “...**informarles que su solicitud de préstamo no fue aprobada y que el banco se reserva los motivos por los cuales se les rechazó el préstamo**”, es cierta y aunque no hemos podido verificar su exactitud la suponemos cierta porque tal cual se transcribió en la queja y porque habiéndola conocido y habiendo sido objeto de nuestra comunicación del 6 de octubre el banco nada dijo para corregirla o para desconocerla como propia. Así las cosas, el suscrito Defensor considera que la decisión del banco en lo que tiene que ver con la reserva de sus razones (la que nada tiene que ver con la negativa de otorgar el crédito) es desafortunada y que ahora debe predisponerse para permitir que el solicitante las conozca, decisión que se apoya en las siguientes razones:

**4.1.-** Es cierto que el postulado de la autonomía de la voluntad privada inspira cuanto se relaciona con las diversas etapas que se identifican en la dinámica de los contratos bancarios, como la precontractual, la de vigencia del contrato y la etapa de terminación y liquidación de esas relaciones. Sin embargo, la libertad del banco no es tan amplia como la que se admitiría si se tratara de negocios ordinarios en los que no influyen los criterios relacionados con los servicios públicos, como son: *la igualdad de condiciones para el acceso al servicio, la igualdad de trato, la no discriminación y la terminación por causa razonable*. La Corte Constitucional ha entendido que es imposible sostener la tesis según la cual las entidades financieras tienen absoluta libertad para decidir las condiciones relacionadas con el acceso “de los usuarios a dicho sector, pues ello equivaldría a negar el carácter de interés público que ostenta la actividad bancaria y de paso, conllevaría al desconocimiento de los derechos fundamentales de los usuarios de la industria financiera” (Cfr. Sentencia T-468 de 2.003: M.P. Rodrigo Escobar Gil). Lo dicho no significa que en estos casos sea razonable el acceso indiscriminado de cuantas personas soliciten los servicios de los bancos porque ello, lo dice la misma Corte Constitucional, vulneraría la libertad contractual y la autonomía de la voluntad privada de la banca nacional y comprometería, además, “el interés público que subyace en la salvaguardia de la solvencia y liquidez del sector financiero” (Cfr. Sentencia T-468 de 2.003: M.P. Rodrigo Escobar Gil.)

**4.2.-** Ocasionalmente se ve que algunas entidades financieras –o más bien, algunos gerentes y directores de oficinas bancarias– olvidan que esas instituciones, sin descuidar la gestión de los riesgos inherentes a los contratos que cele-

bran, en la medida de lo posible deben resolver las necesidades de servicios financieros de quienes buscan su atención porque de ello depende el desarrollo de las diversas actividades y empresas lícitas en las que están interesados los trabajadores, los proveedores de materias primas, los consumidores y el Estado. Tal vez por ello, la Superintendencia Bancaria ha dicho, en pronunciamiento de carácter general y obligatorio, que “...*en cuanto las entidades financieras desarrollan actividades de interés público, no pueden restringir injustificadamente el acceso a los servicios que prestan y la negativa para su prestación debe basarse exclusivamente en criterios objetivos y razonables*” (Circ. 023 del 3 de agosto de 2.005, que vino a modificar el Capítulo Sexto del Título I de la Circular Básica Jurídica). Este criterio es el mismo de la Corte Constitucional y significa que:

- a.- Las entidades financieras pueden definir libremente los segmentos de mercado dentro de los cuales van a prestar sus servicios pero una vez definidos, el acceso a los servicios no puede ser discriminatorio o desigual y tampoco se puede negar ni suspender injustificadamente.
- b.- La negativa para prestar los servicios financieros debe basarse estrictamente en la evolución de las condiciones y los riesgos implícitos en las operaciones que se realizan o se realizarían con cada consumidor.
- c.- Los bancos deben evitar las prácticas que se traduzcan en el bloqueo financiero injustificado de personas, actividades o sectores. (Cfr. Corte Constitucional SU-157 de 1999; SU-166 de 1999; y, T-468 de 2.003).
- d.- Las entidades financieras deben abstenerse de convenir cláusulas exorbitantes que puedan dar lugar al abuso de su posición dominante en la celebración de sus operaciones. (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-157 de 1.999, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

**4.3.-** Sobre la exclusión de los usuarios de los servicios que presta la actividad bancaria por razones tales como el contenido de los datos adversos que sobre sus hábitos de pago registran los bancos de datos, la Corte Constitucional ha dicho que es necesario advertir que no resulta acorde con los artículos 16, 58 y 333 de la Carta dotar a dichos registros de la virtud de excluir o de incluir sin más, de los servicios financieros y de las operaciones de crédito, a los titulares de la información, en cuanto las respuestas homogéneas entre competidores vulneran la discrecionalidad negocial, la propiedad mercantil y la libre competencia económica. Con todo, la Corte ha dicho que en estos casos los bancos podrían argüir que han optado por descalificar una solicitud de crédito *por la sola razón de que necesitan mejorar la comercialización de sus productos y disminuir el nivel de riesgo de sus operaciones, sin pretender sancionar al solicitante*. Ante esa hipótesis, que podría ser la que explica la queja del señor S..., el cliente puede preguntarse: ¿Qué pasó? ¿Por qué me negaron lo que solicité?, ¿Se me ha aplicado un criterio que no es común a todos los solicitantes que se

hallan en situación análoga?, ¿Estoy siendo sujeto de discriminación?, ¿En mi contra se ha roto el principio de igualdad de trato?, ¿Esta es una sanción? En fin, el cliente puede estar interesado en conocer la causa de lo que decidió el banco y por ello es inaceptable lo que según el quejoso se le dijo, que según él se concreta en esta frase: “...**informarles que su solicitud de préstamo no fue aprobada, y que el banco se reserva los motivos por los cuales se les rechazó el préstamo**”, ya mencionada enantes.

**4.4.-** Es muy claro que la Corte se ha referido a la autonomía contractual de las entidades financieras para reconocerla y para sostener que *“en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, pues se encuentra especialmente limitada en razón a la función que desempeñan, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumento para garantizar derechos individuales, comoquiera que la libertad negocial también se limita por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio.”*

**4.5.-** Lo antedicho no puede ser motivo para creer que el Estado propicia *“el desequilibrio económico de las actividades financieras, bursátil y de aquellas que captan dinero del público, ni quiere decir que la Constitución exija la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente. Precisamente, para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del crédito es importante la intervención del Estado”*.

**4.6.-** No se olvide que la Corte ha sostenido que la negativa que parece incomprensible y el bloqueo financiero quebrantan ostensiblemente el núcleo esencial de los derechos fundamentales a la igualdad y a la personalidad jurídica de los usuarios de la actividad bancaria. Esos criterios son de origen democrático y deben ser tenidos en cuenta por el banco para que sus funcionarios se predispongan a explicarle al cliente algunas de sus decisiones. Los días en los que algunas autoridades se guardaban las razones de lo que decidían, ya pasaron. Ahora las Cortes entienden que la Constitución no exige *“la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente”*, pero también reconocen que es necesario estimular *la democratización, la seguridad y transparencia del crédito* y con ese argumento no sólo justifican los derechos de los clientes sino la misma intervención del Estado.

En este orden de ideas, es inocultable que las negativas “porque sí”, las negativas en las que no se identifican razones o las que resultan generalizadas y per-

manentes, en cuanto restringen un servicio público, vulneran la iniciativa privada, la personalidad jurídica y el derecho a la igualdad de los afectados (Cfr. sentencias de unificación SU-157, SU-166 y SU-167 de 1999). Por otra parte, con apoyo en el artículo 14 de la Carta se ha dicho que de allí se desprende el derecho que les asiste a todas las personas de integrarse a la *“vida negocial y al tráfico jurídico de una sociedad”*, de suerte que no puede haber personas a quienes se les niegue *“indefinidamente la posibilidad de acceder a las actividades económicas lícitas, dentro de ellas, el ingreso a la actividad bancaria”*. En fin, el marco de libertad que tienen los bancos para negar las operaciones de crédito es un poco más estrecho de lo que antes fue porque *“de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º constitucional, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, derecho que “no puede suspenderse por los Estados, aun en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación” y que contiene la posibilidad de participar en la economía, a que dan lugar las relaciones de los usuarios del crédito con el sector financiero, las que se deben desarrollar en condiciones de igualdad porque el crédito es un instrumento indispensable de los derechos a asociarse y a “concretar las libertades económicas, propias de una economía de mercado”*.

**4.7.-** La Corte ha sido persistente en advertir que *“la actividad financiera se enmarca dentro de condiciones objetivas que el legislador debe preservar, como son la capacidad económica de los usuarios del crédito y la credibilidad, seriedad, solvencia y la solidez del sector financiero”* y para prevenir un eventual mal entendido debemos precisar que nos hemos cuidado de sugerir que al quejoso se le autorice el crédito o se le niegue. Esa decisión, no lo ponemos en duda, le pertenece al banco y ha de adoptarla con base en criterios objetivos porque *“la tesis que pregona una discrecionalidad absoluta del sector financiero en la prestación de los servicios a que está comprometido resulta insostenible i) porque dicho sector realiza una actividad de interés público, y ii) en razón de que “el derecho a acceder a los servicios bancarios se encuentra directa e inescindiblemente ligado con dos derechos fundamentales: el reconocimiento a la personalidad jurídica y el de la igualdad.”*

**4.8.-** Debemos insistir en que no es posible negar la libertad contractual de la banca para escoger objetivamente a las personas con quienes desee tener relaciones comerciales, comoquiera que en este asunto también influyen *el interés público de esa actividad, el derecho de asociación y a la autodeterminación del contenido de los contratos. Por consiguiente, debe encontrarse cuál es el núcleo esencial de los derechos y libertades en conflicto, de tal manera que se imponga un respeto limitado y concreto para su correcto*

*ejercicio, pues lo contrario implicaría anular la eficacia jurídica de la cláusula social del Estado.*

**4.9.-** Finalmente, para atender sólo en parte la solicitud que nos hizo la señora Gerente Regional Antioquia en el último párrafo de su carta 00889 del 16 de noviembre en curso, en la que nos solicita que le presentemos algunas sugerencias para evaluar los procesos actuales y tomar los correctivos necesarios a fin de mejorar el servicio al cliente, aunque no es asunto que le corresponda a la Defensoría por deferencia y, obviamente, sin perjuicio de lo que sobre estas cosas resuelvan la Secretaría General del banco, el área de Recursos Humanos o las autoridades del banco en estas materias, conviene recordar que la Corte Constitucional ha tratado de fijar algunas reglas que permiten evidenciar cuándo los derechos a la autonomía negocial de los bancos y los derechos fundamentales de los peticionarios (recapitulando: el reconocimiento a la personalidad jurídica, el derecho a la igualdad de condiciones para acceder al servicio público bancario y la libertad económica, derecho fundamental conexo a las dos anteriores), quedan sometidos a limitaciones que los hacen impracticables, los dificultan más allá de lo razonable o los despojan de la necesaria protección, y para tal finalidad ha dicho que tales reglas son las siguientes, a saber:

a.- La imperiosidad de mantener la estabilidad del sistema financiero y la necesidad de preservar la confianza pública se imponen, por lo cual la regla general es la autonomía de las entidades financieras para decidir el contenido de los contratos bancarios. En consecuencia, la tesis expuesta por las entidades financieras en el presente asunto es parcialmente correcta, pues si el Estado o los particulares obligan al banco a celebrar todo tipo de contratos se desconoce el contenido irreductible de los derechos de asociación, de libertad de empresa y autonomía negocial de los bancos.

b.- Como se explicó... la autonomía de la voluntad de las entidades financieras es más restringida que la de cualquier particular, comoquiera que le está vedada la arbitrariedad en su decisión, so pena de transgredir derechos fundamentales. Sin embargo,... la Corte Constitucional considera que si bien la autonomía de la voluntad de los bancos está amparada constitucionalmente, ellos anulan derechos de los clientes o bloquean, comercialmente a una persona cuando se presentan los siguientes elementos:

b1.- Cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos. Por lo tanto, no constituye una situación de bloqueo financiero si existen medios administrativos o jurídicos que le permitan acceder al sistema financiero. Para la Corte, es claro que los accionantes han agotado todos los escenarios nacionales e internacionales para demostrar una condición legítima para acceder al servicio público bancario. De igual manera, acudieron a los organismos judiciales

pertinentes para demostrar la licitud de su capital. No obstante, no obtuvieron solución para su actual situación.

b2.- También se presenta el bloqueo financiero cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario. Por consiguiente, transgreden desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer uso de la banca. Como se observa, si la mayor parte de la banca rechaza las relaciones comerciales con una misma persona, sin causa objetiva válida que le permita desplegar una actividad razonable para evitarlo, se transgrede no sólo el núcleo esencial del derecho a la personalidad jurídica sino el derecho a acceder en igualdad de condiciones al servicio público bancario.

b3.- Cuando la decisión de las entidades financieras produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público. También resulta evidente que, para el sistema financiero, los accionantes están imposibilitados para realizar negociaciones comerciales en donde medie un título valor o créditos a su favor, lo cual produce una disminución inmensa de su capacidad negocial.

b4.- Cuando la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión. Por lo tanto, las entidades financieras pueden negar el acceso al sistema financiero o pueden terminar contratos bancarios cuando se presentan causales objetivas que amparan la decisión. Por consiguiente, no existe bloqueo financiero cuando las entidades financieras fundamentan su decisión razonablemente. En otras palabras, no se transgreden derechos del cliente cuando existe una causa objetiva que explique la desvinculación o la negativa de negociación. Por el contrario, sería evidente el abuso de la libertad negocial privada, opuesto a los principios del Estado Social, si se niega el acceso a la actividad bancaria sin justificación legal o económica alguna. Cabe anotar que no constituye causal objetiva que autorice la negativa para el acceso a la actividad financiera, la utilización de criterios de diferenciación prohibidos constitucionalmente (C.P., Art. 13). Por ende, no es factible negar el servicio público bancario por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar...”.

### **Operaciones de giros.**

#### **Tasas de cambio.**

#### **Monetización de los recursos.**

**Ref:- 06-1-44-032** (10 de abril de 2006)

1º.- Su queja se explica porque al hacer la monetización de una transferencia que ordenó contra su cuenta en España, el Subgerente Operativo estableció comunicación con la mesa de dinero del mismo banco y obtuvo una opción de cambio de 1,1960 euros por dólar y de \$ 2.254 pesos por dólar, lo que usted consideró lesivo,

porque en esa fecha y hora las cotizaciones estaban en el orden de 1,2040 (con cierre a 1.2012) euros por dólar y de \$ 2.260 pesos por dólar. Ante esto, la respuesta del funcionario fue muy concreta: o usted aceptaba esa cotización o el giro debía regresar al banco de origen, es decir, a España. En definitiva, esta operación le implicó un menor valor del orden de \$2.915.844 y por ello usted entiende que el funcionario del banco no actuó en defensa de los intereses del cliente sino de los institucionales, es decir los del banco, lo que raya en las fronteras de la legalidad y de la ética.

**2°.-** La respuesta del banco se contrae a precisar que (i) las tasas de cambio varían durante el día; (ii) la monetización de divisas es un servicio en el cual el banco actúa como intermediario en el mercado cambiario, sometido a la oferta y demanda de la moneda objeto de negociación; y que (iii) el cliente no está obligado a cerrar la operación con el banco porque puede monetizar los recursos en otro momento, puede hacerlo a través de otro intermediario cambiario o puede ordenar la devolución del giro, asumiendo los gastos que se causan en la prestación de estos servicios.

**3°.-** Desde nuestro punto de vista el banco ha incurrido en una omisión inexcusable, que surge del hecho de no contestar la reclamación que usted le presentó el 6 de febrero. Cualquiera que hubiera sido la razón de lo acontecido, el banco ha debido darle respuesta oportuna a su queja. En cuanto al segundo asunto, el que tiene que ver con la lesión que se deriva de los hechos descritos, creemos que la respuesta del banco confirma la sustancia y razón de su queja porque en estos casos, cuando una operación puede generar un conflicto de intereses, el banco debe despejar la duda y sin sacrificar sus derechos ni ponerlos en riesgo, ha de abstenerse de obrar, ofrecerle al cliente información adecuada sobre la existencia y alcance de su propio interés o debe presentar otras alternativas pero no puede ni debe cercenar la información especializada que conoce y que el cliente puede evaluar para lo que mejor le convenga, como sucedió en este caso en el cual el Subgerente Operativo solo le presentó dos opciones: se acoge a la tasa que el banco le propone u ordena la devolución del giro, olvidando o guardando silencio sobre dos posibilidades que, cualquiera hubiere sido el resultado, era necesario considerar, a saber: monetizar los recursos en otro momento o desarrollar la operación a través de otro intermediario cambiario.

**4°.-** Muy probablemente el subgerente no estaba interesado en causarle daño alguno a su cliente, en desmejorar sus opciones de cambio, en precipitar una operación en corto tiempo ni en promover una mala imagen del banco, pero la verdad es que incurrió en un comportamiento inexcusable del que pueden derivarse daños susceptibles de indemnización que se definirían en otra instancia.

**Transparencia.****La información institucional debe ser clara, concreta y explícita.****Contratos en masa.****Consentimiento Ilustrado.****Ref:- 06-5-18-008** (25 de mayo de 2006)

Con la presente les estamos enviando copia de la carta que le hicimos llegar a doña G..., con la cual hemos dado por cerrado el caso de la referencia, no sin antes advertir que el *comprobante de entrega*, a través del cual la empresa de correos demostró que el extracto sí fue entregado el día viernes 7 de abril, enfrenta ese documento con la afirmación de la quejosa según la cual el extracto se le entregó el 1º de mayo, contradicciones que no vamos a discernir porque ese análisis corresponderá a Fiduciaria ... para su propia conveniencia.

Entendemos que la fiduciaria conoce las incomodidades que se derivan de la información que entrega o pone a disposición de sus clientes y que también comprende los reclamos de los clientes, quienes atraídos por la rentabilidad, las exenciones de impuestos, la no aplicabilidad de la retención en la fuente ni del gravamen a los movimientos financieros (4 por mil), invierten en los fondos con la pretensión ocasional de utilizarlos como cuentas de ahorros y cuando se enfrentan a las limitaciones operativas de este tipo de negocio, instantáneamente reaccionan contra la fiduciaria, exigiendo lo que no se les ha ofrecido y en la mayoría de los casos argumentando el desconocimiento total de la operatividad, lo que finalmente no los excusa de su omisión ni compromete a la fiduciaria. Esa experiencia fue objeto de examen en el caso de doña C... (06-5-18-008) y ahora, en este caso es similar, lo que nos anima a sugerirles que hagan el mayor esfuerzo para que esos detalles y particularidades queden explicados o regulados en los contratos y en los reglamentos que de ellos forman parte, documentos que generalmente los interesados no leen con el cuidado que es necesario. Lo antedicho sirve para sugerirles que verifiquen si los contratos, los reglamentos de los que los clientes tiene noticia y conocimiento, los mensajes institucionales, los folletos promocionales, lo que dicen sus agentes o promotores comerciales y sus páginas WEB son suficientemente claros, concretos y explícitos en relación con los motivos de queja, las limitaciones operativas y cuanto convenga a la formación del que podríamos llamar *consentimiento ilustrado* de quienes buscan sus servicios. Si ello es así nada podemos agregar, si no lo es, a ustedes corresponde mejorar la información institucional que despeje o aminore los equívocos que no siempre puede superar el cliente por sí solo porque muchas variantes y particularidades no son de conocimiento general sino más bien relativamente técnicas y se prestan, a veces por causa del lenguaje, a malos entendidos.

## **Mandato sin representación**

**Ref.- 08-85-28-07** (28 de julio de 2008)

En su reclamación contra la comisionista de bolsa, solicita que esa entidad proceda a remitirle el comprobante de inversiones en acciones de ECOPETROL, solicitada a su nombre por la señora L.... Así mismo manifiesta que no ha sido resuelta su solicitud de asignación de clave para acceder a los servicios de información que provee la comisionista a través de Internet.

**1º.-** Por cuanto la operación que origina la queja se cumplió por iniciativa de doña L..., como efectivamente lo reconoce el señor P... en el texto de la carta que contiene la queja, los comprobantes y registros se refieren a ella.

**2º.-** En este momento, con la colaboración de la señora L..., se está adelantando el procedimiento que de acuerdo con la regulación bursátil debe surtir para que los títulos adquiridos por ella en cumplimiento del acuerdo celebrado con el señor P..., queden efectivamente a nombre de usted. Una vez termine ese proceso la comisionista le enviará a usted los comprobantes relacionados con esa inversión.

**3º.-** Sobre el segundo tema propuesto, el que tiene que ver con la asignación de clave de acceso, la comisionista nos ha dicho que no tenía conocimiento de su interés en ello pero que ya el señor M... le ha facilitado a usted la información sobre el procedimiento que se debe seguir para solicitar la clave de acceso.

**4º.-** Esta Defensoría considera que lo relacionado con la asignación de la clave de acceso es asunto resuelto. Sobre el otro tema, el que tiene que ver con los registros, comprobantes y titularidad de las operaciones en las que tiene interés el quejoso consideramos que la señora L... intervino en desarrollo de un mandato sin representación y por ello las inversiones en las que usted tiene interés no quedaron a su nombre sino en cabeza de su mandataria, la señora L..., quien enterada de su propósito actual ha facilitado lo que usted pide. En consecuencia, este asunto quedará resuelto como usted desea.

Así, la DEFENSORIA considera que la comisionista le dio curso a su reclamación y como nada se le reprocha en este negocio damos por concluida nuestra invención.

**El banco está obligado a enviar periódicamente los extractos sin cobrar por ello.****Ref.- 08-1-2-388** (8 de septiembre de 2008)

1°.- Su queja se explica porque no ha recibido los extractos de su cuenta de ahorros número 23.... Por lo anterior, usted ha tenido que pagar un servicio especial para lograr la impresión de los extractos que ha debido recibir sin cargos contables ni diligencias extraordinarias. Por otra parte, su queja se orienta a que le expliquen por qué no se han abonado en su cuenta los rendimientos de Ecopetrol.

2°.- En la carta que el Banco... nos hizo llegar el 3 de septiembre de 2008, explicó que remarcó la dirección suministrada por usted y que hará un seguimiento por dos meses al envío de los extractos hasta comprobar que usted efectivamente los reciba. Adicionalmente, el banco nos hizo llegar copia de una carta que le envió a usted con el extracto del mes de julio. Por último, el banco indicó que no es responsable por el abono que Ecopetrol deba hacerle a su cuenta y por esa razón le aconsejó que ese asunto lo hablara directamente con Ecopetrol o con la persona o entidad con la cual usted tramitó la compra de las acciones.

3°.- Considera esta Defensoría que:

**3.1.-** El banco nada dijo sobre el primer asunto, el relacionado con la falta de entrega de los extractos, y entonces suponemos nosotros que usted no los ha recibido. Así las cosas, si el banco no entregó los extractos no se libera de su obligación cobrando el servicio de impresión por separado porque como lo ha establecido la Superintendencia Financiera de Colombia, los bancos están en la obligación de enviar los extractos de las cuentas de ahorro con la periodicidad que se haya pactado en el respectivo contrato, sin generar cobro alguno a cargo del cliente, a menos que se trate de la expedición de extractos adicionales<sup>1</sup>. En consecuencia, el valor que el banco le cobró por el servicio que no había prestado lo deberá reintegrar abonándolo en su cuenta.

**3.2.-** No se olvide que el banco está en la obligación de enviar los extractos, con toda la información que establece la Circular Básica jurídica en el Título II, Capítulo I, literal h, numeral 7. Esta Defensoría considera que la obligación del banco de entregar el extracto de una cuenta de ahorros es una obligación de resultado<sup>2</sup> (art. 1604 del Código Civil), de la cual el deudor sólo se exonera de su

---

1 Cfr. Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2006000504-001 del 3 de marzo de 2006.

2 Por obligación de resultado se entiende aquella obligación en la cual "el resultado concreto mismo constituye el objeto de la prestación", sin parar mientes en la diligencia o cuidado del deudor. Cfr. CUBIDES, Jorge. *Obligaciones*. Ed. Javegraf. Bogotá, 1999. Pág. 142.

cumplimiento, si acaece un factor extraño. Es de resultado, porque la información es uno de los derechos esenciales del usuario financiero, como lo ha destacado la Corte Constitucional<sup>3</sup>.

**3.3.-** El seguimiento que el banco sugiere demuestra el interés, la voluntad de servicio y mejoramiento institucionales y enaltece a esa entidad financiera porque bien se ve que el Banco... está tratando de subsanar el incumplimiento ocasional y aislado de la obligación de información que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero le impone a los bancos para con sus clientes<sup>4</sup>.

**3.4.-** Para la Defensoría, lo que dice el banco sobre los dividendos pagados por Ecopetrol es cierto. El banco en virtud del contrato de cuenta de ahorros es un simple depositario y nada puede explicar sobre un negocio en el que no ha participado.

**Ref:- 08-1-12- 120** (20 de octubre de 2.008)

**1°.-** Su queja se explica porque el Banco... no le ha brindado información completa y veraz sobre el saldo a su cargo por concepto de la utilización de su tarjeta de crédito. El 24 de julio de este año usted fue a una oficina y le informaron que la suma adeudada era \$1.115.164<sup>00</sup> y ese mismo día canceló ese valor. Posteriormente, solicitó el paz y salvo pero le informaron que había un saldo pendiente derivado de las gestiones de cobranza prejudicial. Por lo anterior, le dijeron que debía comunicarse con la Casa de Cobranza..., pero allí tampoco le suministraron ningún dato exacto sino que le informaron que debía aproximadamente \$1.300.000<sup>00</sup>. Su solicitud consiste en que el banco le informe si debe algún dinero y de no ser así, que le expida el paz y salvo.

**2°.-** En la carta que el Banco... hizo llegar el 15 de octubre de 2008, explicó que (i) como usted se comunicó directamente con la casa de cobranza, sin anunciarles que ya había hecho un pago el 24 de julio, no atendieron su petición por no contar con la información del pago; (ii) la deuda total a su cargo asciende a \$573.809<sup>00</sup>, de los cuales \$323.485<sup>00</sup> corresponden al saldo pendiente del crédito y \$250.324<sup>00</sup> obedecen al concepto de honorarios de abogado, que equivalen a un 15% sobre el saldo adeudado; (iii) por lo anterior, usted debe acercarse a la Casa de Cobranza... y

---

3 Sentencia T-661 de 2001.

4 Cfr. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero art. 97, Concepto 2007027884-001 del 26 de junio de 2007 y Concepto 2006000504-001 del 3 de marzo de 2006 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

cancelar el valor referenciado anteriormente para que puedan expedir el paz y salvo; (iv) el cobro por concepto de “honorarios de abogado” se efectúa porque la casa de cobranza hizo una serie de labores para lograr la recuperación de la cartera vencida y los clientes tienen conocimiento de tal situación; y (v) las gestiones adelantadas por la casa de cobranza fueron las siguientes:

FECHA	TELÉFONO	OBSERVACIONES
5 de mayo de 2007	667 15 59	No lo conocen
6 de mayo de 2007 y “diferentes ocasiones de cada mes, hasta junio de 2008”	740 18 87	Dijeron que estaba ocupado y posteriormente la señora E... dijo que no lo conocía
6 de mayo de 2007	204 96 27	La señora N... indicó que fue trasladado a otra ciudad con otro grupo de empleados.

Posteriormente recibieron varias llamadas de su parte así:

FECHA	OBSERVACIONES
15 de agosto de 2008	Se preguntó por el saldo de la obligación, pero no fue posible darle respuesta. Por lo anterior se decidió devolverle la llamada para pedirle disculpas.
(no se especificó la fecha)	El cliente volvió a llamar, pero aún no hay respuesta.

3º.- Esta Defensoría considera lo siguiente:

**3.1.-** Las Instituciones Financieras están en la obligación de brindar información oportuna y suficiente a sus clientes, con el fin de que éstos puedan tomar la decisión que más se adapte a sus necesidades<sup>1</sup>. Así también lo ha reconocido la

1. Cfr. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero art. 97.

Superintendencia Financiera<sup>2</sup> y la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>3</sup> que al respectó indicó:

*“La información pedida por el señor Uribe se refiere directamente al objeto del contrato bancario, por lo tanto la ausencia de respuesta expresa respecto a la razón por la que existen diferencias ostensibles en cuanto al monto de las obligaciones, constituye una vulneración de los derechos del usuario del sector financiero.*

*En relación con las obligaciones que emanan de los contratos bancarios, si algo debe saber el usuario sin ninguna duda en forma expresa, diáfana y clara, es cuánto debe y por qué concepto, máxime si la entidad financiera emite comunicados contradictorios e ininteligibles”.*

**3.2.-** El cliente tiene derecho a ser informado de manera oportuna, completa y veraz. En este caso, aunque el Banco... cumplió con esta obligación al final; no ocurrió así el 24 de julio de este año, ni el 15 de agosto de 2008, cuando usted se comunicó con la casa de cobranza. En efecto, tanto el banco, como ésta omitieron informarle a usted el saldo real de la obligación a su cargo. Así mismo, es necesario que el Banco... coordine y envíe la información actualizada a la persona que adelante las gestiones de cobranza prejurídica, con el fin de evitar que casos como el presente se repitan.

(...)

---

2. Cfr. Concepto 2007027884-001 del 26 de junio de 2007

3. Sentencia T-215 de 2003 que reitera la sentencia, T-661 de 2001.

## 4. HÁBEAS DATA

### Actualización del dato.

### Permanencia del dato negativo.

Ref:- 06-1-43- 017 (20 de marzo de 2005)

1º.- Su queja se relaciona con la actualización de los datos que sobre el servicio de la deuda a su cargo figuran en CIFIN, datos que no precisan que la deuda se encuentra al día, lo que le causa una injusta lesión en sus intereses comerciales.

2º.- Antes de rendir nuestra opinión sobre la legalidad del comportamiento y las decisiones del banco, en este caso debemos precisar que:

- a.- Inicialmente el crédito a su cargo estuvo en mora durante 430 días.
- b.- Hemos verificado que usted autorizó al banco para enviar estos datos a esa Central de Riesgo.
- c.- Paulatinamente, a medida que avanza el plan de pagos, el banco ha ido mejorando su calificación.
- d.- El histórico de pagos evidencia atrasos en el plan de pagos.

3º.- Con base en lo antedicho y dando por cierto que tanto sus afirmaciones como las del banco son ciertas, nuestra opinión se concreta así:

**3.1.-** En desarrollo del plan de pagos, usted ha incurrido en mora cuarenta y dos veces, 19 de un día, una de treinta días, otra de cincuenta y cuatro días dos de veintiséis, dos de treinta y tres y así, unas y otras para un total de cuarenta y dos retrasos.

**3.2.-** La Corte Constitucional se ocupó del caso de una persona que no pudo pagar oportunamente un préstamo, fue reportada como deudor moroso a una central de datos, posteriormente pagó la deuda y la central, cambiando el dato que decía “*reincidencia en mora de 120 días*” lo reemplazó por otro que decía “*cartera recuperada*”, lo que según el demandante vulneraba su buen nombre e intimidad porque esta última expresión implicaba mora en el pago del crédito. El Juzgado Cincuenta y Siete Penal Municipal de Bogotá, mediante providencia del día 28 de noviembre de 1994, denegó la tutela solicitada porque (i) el interesado en este caso había autorizado la inclusión de sus datos financieros en el archivo de la central de datos; (ii) cuando se incluyó el dato el deudor estaba en

mora; y, (iii) como “*nadie puede beneficiarse de sus propias falencias*” la decisión del banco es razonable. (Cfr. Sentencia 176 del 24 de abril de 1995; Exp. T-58238; Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz). El caso descrito es bien parecido al suyo pero se diferencia en que en su caso el banco ha modificado progresivamente la calificación.

**3.2.-** En algunos casos se han promovido acciones de tutela en las que los demandantes consideran que *una vez cancelada una obligación, la persona encargada del manejo del banco de datos y de la información disponible debe proceder de inmediato a cancelar todo dato referente al manejo de crédito*. De lo contrario, dicen ellos, se vulnera el derecho a la intimidad, el buen nombre y al habeas data, ya que el dato no puede convertirse en una condena permanente. Los jueces (Cfr. *Sentencia de Tutela fechada el 28 de noviembre de 1994, proferida por el juez cincuenta y siete penal municipal de Santafé de Bogotá, confirmada por la Corte Constitucional en Sentencia 176 del 24 de abril de 1995; Exp. T-58238; Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz*) sostienen que la existencia de archivos históricos, siempre y cuando los datos sean veraces y se encuentren actualizados, en nada viola el derecho al habeas data ni otros derechos fundamentales, y agregan que la posibilidad de poseer y transmitir información sobre el manejo dado al crédito por los usuarios del sistema económico, salvaguarda los intereses de las entidades financieras y de la sociedad en general, además de ajustarse a la ley.

En su caso hay razones muy claras que legitiman el reporte y la permanencia temporal del dato. Sobre ello no cabe duda. Sin embargo, esta Defensoría tiene en cuenta que la Corte ha establecido unos límites temporales de permanencia del dato en los archivos, de manera provisional en el entendido de que la reglamentación del habeas data es facultad del legislador. A juicio de la Corte “*la mala conducta comercial pasada no debe ser mantenida en el archivo a perpetuidad. Sin embargo, un límite de los datos en el tiempo debe armonizarse con la necesidad de información sobre el comportamiento comercial que permita a las instituciones financieras calcular sus riesgos. Por lo tanto, esta corporación ha fijado como parámetros de razonabilidad para la permanencia de los datos en los archivos históricos de las entidades que recogen información en los bancos de datos, los siguientes:*

- a) En el evento de un pago voluntario, sin que se haya presentado nuevo incumplimiento, el transcurso es de dos años;
- b) En el evento de que el tiempo de mora sea inferior a un año y concurriendo las dos primeras circunstancias del numeral anterior, el término de caducidad es igual al doble del de la mora;
- c) De producirse el pago dentro de un proceso ejecutivo, la caducidad es de cinco años, y
- d) Por último, en el evento de darse el pago tras la notificación del manda-

miento de pago, el término de caducidad del dato negativo es de dos años.” (Sentencia 176 del abril 24 de 1995; MP: Eduardo Cifuentes).

**3.3.-** A veces se cree que al tomar decisiones relacionadas con el otorgamiento de crédito los banqueros sólo deben tener en cuenta la información negativa, es decir, la que reseña las obligaciones incumplidas o atendidas a destiempo. La verdad es otra muy distinta porque un estudio del BID (*Desencadenar el Crédito: cómo ampliar y Estabilizar la Banca*) y un libro editado por MIT Press (*Sistemas de Reportes Crediticios y la Economía Internacional*) subrayan el valor fundamental que tiene la información positiva en estas valoraciones y coinciden con lo que han señalado tanto la Corte Constitucional (*Sentencia T-592; Corte Constitucional. Exps. T-517.288 y acumulados. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Gálvis. Julio diecisiete de dos mil tres*) como la Superintendencia Bancaria (*Cfr. Superintendencia Bancaria, Concepto Número 2003031158-1 del 4 de julio de 2003*) sobre este particular porque si se elimina la información positiva o se prescinde de la información negativa se disminuye la posibilidad de anticipar el grado de cumplimiento de los deudores, se dificulta el cálculo de la siniestralidad previsible y se afecta el análisis de la capacidad de pago del deudor. Por estas razones actualmente la información negativa en las Centrales de Riesgos o de Información Crediticia está en el rango del 12% y la información positiva es del orden del 88% porque en términos generales la historia crediticia de los usuarios del sistema financiero ha mejorado. Esto es lo que ha sucedido en su caso porque (i) inicialmente la obligación presentó 430 días de mora; (ii) luego se inició un proceso judicial que dio lugar a la calificación en categoría D porque se consideró que se trataba de una operación de riesgo significativo; (iii) aunque usted incurrió en mora reiterativa, se demoró en la actualización de su información comercial, con alguna dificultad atendió el plan de pagos que convino para lograr la suspensión del proceso, sin que usted se lo pidiera, en septiembre del año pasado el banco lo calificó en la categoría C; (iv) luego, como usted hizo los pagos convenidos para noviembre y diciembre de 2005, el banco lo calificó en la categoría B. En consecuencia, Banco... ha actuado como le corresponde y no sólo ha tenido el acierto de actualizar los datos sino que ha decidido mejorar la calificación de cartera, lo que merece reconocimiento porque no es lo usual.

**3.4.-** Actualmente se acepta que los datos negativos deben permanecer reportados en las centrales de información, porque si bien es verdad que la permanencia del reporte en los bancos de datos no puede ser indefinida y que los registros negativos no tienen vocación de perennidad, después de ponerse el ciudadano al día en sus obligaciones merece que se borren las anotaciones negativas de los archivos de las centrales de riesgo, por no corresponder a la realidad o no ser actuales. Sin embargo, es lícito y conveniente que para garantizar la racionalidad en el otorgamiento del crédito el sector financiero ejerza el derecho de informar-

se sobre los antecedentes más cercanos de sus actuales y potenciales clientes y por ello cuando se haya presentado mora en la atención de las obligaciones de ese tipo, el antecedente se puede mantener registrado por un tiempo razonable, aún con posterioridad al pago efectivamente realizado. Como no existe disposición legal directamente aplicable al caso, la Corte Constitucional ha fijado un término prudencial de caducidad que *“se establece en dos años para los pagos voluntarios y en cinco años para los pagos forzados”* y, para el caso en que la mora haya sido inferior a un año *“el término de caducidad será igual al doble de la misma mora”*.

**3.5.-** Desde nuestro punto de vista la decisión de Banco... se ajusta a lo que dispuso la Superintendencia Bancaria de Colombia el 14 de enero de 2002, cuando expidió la Carta Circular 4, en la cual aclara que los reportes de información provenientes de las bases de datos en ningún caso pueden llegar a ser *“... los únicos elementos de juicio que las entidades vigiladas deben considerar para tomar decisiones sobre otorgamiento de crédito. Los reportes originados en tales centrales de riesgo son un instrumento adicional, que, junto con la información financiera reportada por los solicitantes, por las calificadoras de riesgo cuando existan calificaciones o por cualquier otra fuente que resulte pertinente, le permitan a las entidades hacer una adecuada evaluación de la capacidad de pago esperada del deudor y por lo tanto, a partir del respectivo análisis, asumir o no riesgos con el otorgamiento de crédito”*.

## **Reporte injusto.**

**Ref:- 05-1-29-009** (28 de agosto de 2005)

El pasado 20 de junio esta Defensoría asumió el conocimiento y trámite de la queja de la referencia, puesta en conocimiento del Banco... para conocer sus puntos de vista y para solicitarle algunos documentos que consideramos necesarios para atender su caso.

Con base en su carta del 19 de julio que le dio origen a esta actuación, los documentos que recibimos del banco y las explicaciones de esa entidad financiera, hemos concluido lo siguiente:

**1°.-** En la respuesta que recibimos del banco se nos informa que la cláusula novena de la escritura 3144 está la autorización para que el banco contrate un seguro que cubra los riesgos relacionados con incendio, terremoto y actos mal intencionados de terceros. Este asunto está fuera de duda y no admite discusión o reparo pero, en realidad, no explica lo acontecido porque la queja no se encamina a controvertir la

contratación del seguro sino a dilucidar las razones por las cuales el banco tomó la decisión de contratar la póliza, formalizó el cargo, nada le dijo al deudor hipotecario y sin más trámite ni preocupación al cabo de algunos días la reportó a las centrales de riesgos para que allí se tomara nota de su incumplimiento y para que su nombre quedara inscrito en las listas de deudores morosos.

2º.- Para esta Defensoría los hechos descritos no favorecen al banco porque no es lógico que el deudor desconozca la fecha, el valor de las primas, la extensión de las coberturas y el valor del impuesto sobre las ventas de un contrato de seguros en el que no ha participado. Nadie discute que el banco podía contratar ese seguro después de verificar que el deudor no lo había contratado. De esta diligencia nada se sabe porque seguramente el banco no hizo ninguna averiguación sobre el tema, nada le preguntó a su cliente, dio por cierto que el amparo no existía y lo contrató sin tomarse la molestia de entregarle la póliza al propietario del inmueble. En resumen, el banco no actuó con sujeción a lo que reza la escritura 3144, no satisfizo las cargas que afectan a quienes contratan a favor de un tercero como sucedió en este caso y precipitó un reporte injusto que ahora afecta a quien no se queja ni discute la deuda sino el comportamiento el banco.

3º.- Por lo antedicho, el banco deberá: (i) liquidar nuevamente el cargo para definir el valor exigible a partir de la fecha en la que el deudor tuvo conocimiento de esa exigibilidad; (ii) entregarle al propietario del inmueble el detalle de las cuentas que existen a su cargo por el concepto que ha dado lugar a esta opinión; (iii) comunicarle su error a las centrales de riesgos el origen y solicitar la modificación de los registros; (iv) revisar el tratamiento que le está dando a este género de casos para que en lo futuro la contratación de los seguros y el cobro de los que se pague por tal causa se haga con sujeción a lo pactado con los clientes y con ceñimiento a lo que las leyes disponen para los actos jurídicos celebrados en nombre de otro y por cuenta ajena.

### **Cuota de manejo.**

**Refinanciación y reportes ante las Centrales de Riesgos por otros créditos.  
Boletín de Morosos de la Contaduría General de la Nación.**

**Ref:- 05-1-43-076** (18 de septiembre de 2005)

Esta Defensoría recibió la queja que usted presentó el 28 de julio, de ella le dio traslado al Banco..., el 2 de agosto solicitó algunos documentos que consideró indispensables para atender este caso y con base en la queja inicial, en los documentos que usted anexó en esa oportunidad y en los que recibimos del banco el 2 de septiembre así como con apoyo en los descargos o explicaciones de esa entidad financiera hemos concluido que:

1°.- La queja se explica porque según usted el saldo derivado de utilizaciones de la tarjeta de crédito N° 44... fue refinanciado pero no obstante ello el banco reportó su caso para que su nombre se inscribiera en el *Boletín de Morosos de la Contaduría General de la Nación* y por ese motivo cuando usted fue a celebrar un contrato con el Municipio de Manizales el registro la afectó, a todo lo cual se agrega la causación de la cuota de manejo sobre una tarjeta de crédito que está bloqueada y que no puede utilizar por ese motivo.

2°.- El banco ha puesto en claro que el reporte al que usted se refiere no se origina en el saldo derivado de las utilizaciones de la tarjeta de crédito N° 44... sino de la desatención del crédito N° 41... a cargo de doña A..., del cual usted es codeudora en la Entidad.... Así las cosas, en este asunto nada tiene que ver Banco...

3°.- En relación con la cuota de manejo debemos precisar que ese cargo está previsto en el contrato de apertura de crédito, que se rige por lo expresamente pactado y por lo que disponen los artículos 1.400 a 1407 del Código de Comercio, la Resolución 19 de 1988, expedida por la Junta Monetaria y el Decreto 2048 de 1996. Como en desarrollo de este contrato el banco asume una serie de gestiones administrativas y operativas como el mantenimiento de la base de datos, la generación de extractos y los portes de correo, gastos que no se modifican ni se suspenden porque el tarjetahabiente se abstenga de usar el cupo de crédito o porque el Banco limite temporalmente el acceso a las disponibilidades concedidas, el titular de la tarjeta ha de reconocer y pagar el valor de la "cuota de manejo" mientras exista el contrato. Terminada esa relación, el deudor deberá pagar el saldo a cargo junto con los intereses corrientes o de mora que correspondan, sin que haya lugar al pago de nuevas cuotas de manejo justamente porque el contrato que las originaba ha terminado.

4°.- En el caso concreto al que nos venimos refiriendo entendemos que el contrato de apertura de crédito está vigente y que sus prestaciones están suspendidas, lo cual admite la causación de la cuota de manejo.

5°.- Con base en lo antedicho hemos concluido que:

5.1- Banco... está legitimado para exigir el pago de la cuota de manejo derivada de la tarjeta de crédito que ha dado lugar a esta opinión.

5.2.- El reporte que le afana no lo hizo Banco... sino la Entidad..., razón por la cual ese tema deberá definirse en esa entidad financiera.

**Permanencia del dato negativo.  
Actualización del deudor.**

**Ref:- 05-1-2- 131** (28 de octubre de 2005)

1º.- Su queja se relaciona con la actualización de los datos que sobre el servicio de la deuda que estuvo a su cargo figuran en Datacrédito, Estos datos no precisan que el pago se hizo en marzo de 2005 y que a la fecha la obligación está cancelada.

2º.- Entendemos muy bien su preocupación y la respuesta del suscrito Defensor es favorable a su punto de vista pero en este momento carece de contenido porque el banco nos ha comunicado que la novedad, es decir el pago que ocurrió el 7 de marzo, ya se incorporó al banco de datos. Es decir, lo que usted pide ya se le concedió.

3º.- La carta que ha dado lugar a esta comunicación señala que usted está interesada en que su nombre se excluya del banco de datos en el que figura como reportada. Antes de rendir nuestra opinión, debemos precisar que:

a.- El crédito a su cargo estuvo en mora durante 930 días.

b.- No hemos podido verificar que usted hubiera autorizado al banco para enviar estos datos a esa Central de Riesgo.

(...)

**4.3.-** Como el banco no ha localizado -y por ello no ha probado- que existe autorización para enviar sus datos a la Central de Riesgos, ese defecto implica por lo menos el riesgo de que se quebrante el derecho al habeas data. En palabras de la Corte Constitucional, es necesario tener en cuenta que para que exista una vulneración del derecho al habeas data, *“la información contenida en el archivo debe haber sido recogida de manera ilegal, sin el consentimiento del titular del dato (i), ser errónea (ii) o recaer sobre aspectos íntimos de la vida de su titular no susceptibles de ser conocidos públicamente (iii). Por el contrario, el suministro de datos veraces, cuya circulación haya sido previamente autorizada por su titular, no resulta en principio lesiva de un derecho fundamental.”* (Sentencia 176 del 24 de abril de 1995; Exp. T-58238; Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que toda persona tiene derecho a su intimidad y que sólo ella misma -o el Estado por motivos de interés general- pueden limitarla ya que *“la autodeterminación informática es la facultad de la persona a la cual se refieren los datos, para autorizar su uso y circulación, de conformidad con las regulaciones legales.”* (Sentencia 176 del 24 de abril de 1995; Exp. T-58238; Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz). En consecuencia, toda recopilación y divulgación de datos de una persona (que se

suponen ciertos) cuando no esté autorizada por su titular, o por claros dictados de interés general, quebranta el derecho a la intimidad personal y familiar. (Cfr. Sentencia T-414 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón y en igual sentido: T-424 de 1992; T-110, 160, 220, 303, 389, 460, y 528 de 1993.)

Por estas razones el suscrito Defensor considera que si dentro de los quince días siguientes Banco... no ha demostrado ante esta Defensoría que sí estaba autorizado para enviar los datos a la Central de Riesgos, sin excusa ni dilación deberá solicitar la cancelación del registro y comunicar la novedad a la Central de Riesgos porque si la mencionada autorización no existe o no es localizable no se la puede dar por existente y faltando tal requisito el derecho a la intimidad prima sobre el derecho a la información contenida en el archivo que se creó o se expandió sin el consentimiento del titular del dato.

#### **La colaboración de la entidad vigilada.**

**Si el vigilado por la Superintendencia Financiera no colabora con la Defensoría, ella no puede emitir un concepto condicionado.**

**Ref:- 05-1-2- 131** (28 de octubre de 2005)

El suscrito Defensor considera que si dentro de los quince días siguientes Banco... no ha demostrado ante esta Defensoría que sí estaba autorizado para enviar los datos a la Central de Riesgos, sin excusa ni dilación deberá solicitar la cancelación del registro y comunicar la novedad a la Central de Riesgos porque si la mencionada autorización no existe o no es localizable no se la puede dar por existente y faltando tal requisito el derecho a la intimidad prima sobre el derecho a la información contenida en el archivo que se creó o se expandió sin el consentimiento del titular del dato.

#### **Efectos del dato negativo.**

**Ref:- 05-1-43-063** (23 de noviembre de 2005)

**1°.-** La queja se encamina a lograr que el banco tenga en cuenta que usted intervino como codeudora de H..., quien no pagó el crédito a su cargo, lo que dio lugar a que usted quedara reportada en Datacrédito y a que por ese motivo Banco... le esté negando un crédito que necesita para la crianza de ganado, a lo cual se agrega, como motivo de queja, que la entidad se haya demorado más de tres años en definir algunos aspectos relacionados con el pago de lo que el señor H... adeuda.

**2°.-** El Director de la Regional Oriental -Oficina Monterrey- entiende que la calificación en el literal "E" obstaculiza el trámite del crédito que a usted le interesa.

En esa apreciación el doctor M... parcialmente tiene razón porque el hecho de aparecer “reportada” en las Centrales de Riesgos debe alertar al banquero pero como la calificación de las cualidades del potencial deudor no sólo las define ese dato el banco debe atenerse a lo que dispuso la Superintendencia Bancaria en la Circular 23 del 3 de agosto de este año, de la cual resaltamos los siguientes párrafos para que el banco los tenga en cuenta y analice su caso apoyándose tanto en lo que surge de los reportes mencionados como en otras consideraciones objetivas. Lo que deseamos subrayar dice así:

**2.1.-** Algunas prácticas que desarrollan las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria “...desconocen el régimen para la protección del consumidor previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ignoran el carácter de interés público que por disposición del artículo 335 de la Carta Política ostentan los servicios que prestan, y relegan los principios y reglas planteadas por la Corte Constitucional en distintos pronunciamientos referidos al suministro de dichos servicios. En ese sentido, conviene anotar que si bien las instituciones vigiladas tienen el deber de gestionar adecuadamente sus servicios administrando los riesgos inherentes a las operaciones, también deben atender la creciente necesidad de las personas de contar con servicios financieros para desarrollar adecuadamente actividades y empresas lícitas.

**2.2.-** “... es oportuno recordar que tratándose de aquellos servicios cuya prestación no es obligatoria, las relaciones entre las instituciones vigiladas y las personas que solicitan sus servicios se rigen efectivamente por principios como el de la autonomía de la voluntad, el cual soporta la potestad de las instituciones y de los usuarios para decidir si entablan determinada relación. Sin embargo, en cuanto dichas instituciones desarrollan actividades de interés público, no pueden restringir injustificadamente el acceso a los servicios que prestan y la negativa para su prestación debe basarse exclusivamente en criterios objetivos y razonables.”<sup>1</sup>

**2.3.-** “... considerando que la actividad de las entidades vigiladas involucra por excelencia la administración de diferentes riesgos, la negativa para el suministro de servicios financieros debe basarse, estrictamente, en la evaluación de las

---

1 Sobre el particular señala la Corte Constitucional que “*es imposible sostener la tesis de la absoluta libertad de las entidades financieras para decidir en relación con el acceso de los usuarios a dicho sector; pues ello equivaldría a negar el carácter de interés público que ostenta la actividad bancaria y de paso, conllevaría al desconocimiento de los derechos fundamentales de los usuarios de la industria financiera*” pero se destaca a su vez que “*tampoco es admisible permitir el acceso ilimitado, ya que ello vulneraría la libertad contractual y la autonomía de la voluntad privada de la banca nacional y comprometería, además, el interés público que subyace en la salvaguarda de la solvencia y solidez del sector financiero.*” En: Sentencia T- 468 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

condiciones y los riesgos implícitos en las operaciones que se realizan o se realizarían con cada consumidor<sup>2</sup>, evitando de esta manera prácticas discriminatorias que se traduzcan en el bloqueo financiero injustificado<sup>3</sup> de personas, actividades o sectores.

**2.4.-** “Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, este Despacho reitera que la negativa de las entidades vigiladas a prestar los servicios o su terminación unilateral cuando ésta sea procedente, debe fundamentarse en una evaluación individual, basada en criterios objetivos y razonables que deben ser informados al consumidor cuando éste lo requiera”.

**3°.-** En cuanto al comportamiento de la entidad nada podemos decir pero sí le debemos poner de presente que en esa tardanza nada tiene que ver Banco... y que usted o don H... pueden animar la intervención de las autoridades superiores o la intervención de la Procuraduría si lo tienen a bien.

#### **Actualización del soporte. Caducidad del dato negativo.**

**Ref:- 05-1-43-192** (6 de enero de 2006)

**1°.-** Su queja se orienta a lograr que Banco Agrario reporte ante las centrales de riesgos las novedades (el pago) que se relacionan con el servicio de las deudas que estuvieron a su cargo por causa de la tarjeta de crédito N° 44... y a que se le expida un paz y salvo.

**2°.-** Para atender este asunto, el banco preparó un cuadro en el que se resumen las fechas de facturación; la fecha y valor del pago correspondiente; la fecha y el valor del pago efectivo y algunas observaciones relacionadas con cada punto. Allí se ve que la mora viene desde agosto 2002, que el pago total ocurrió el 8 de junio de 2.004 cuando usted abonó \$200.000<sup>00</sup> para atender todos los cargos y generar un saldo a su favor que asciende a \$2.258.42.

- 
- 2 La Corte Constitucional manifiesta al respecto que la Carta Fundamental no les impone a las entidades “la obligación de aprobar automáticamente toda solicitud de servicios financieros formulada por los particulares, ‘(...) pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente (...), obviamente, con el propósito de asegurar la estabilidad económica del sector financiero y, por ende, garantizar el interés general de los ahorradores.” En: *Ibidem*.
- 3 El concepto de *bloqueo financiero injustificado* fue desarrollado por la Corte Constitucional en las siguientes providencias: SU-157 de 1999, SU-166 de 1999, SU-167 de 1999 y T-468 de 2003.

3°.- Al mismo tiempo, el banco nos ha confirmado que los registros en Datacrédito y en Cifín están actualizados y que la noticia del pago total ya se les comunicó, lo cual significa que para el caso de CIFIN, en desarrollo de lo que dispuso la sentencia T-082/95, si el período de incumplimiento es menor de un año la caducidad del dato será igual al doble de la mora, siempre y cuando el pago hubiera sido voluntario y si la mora excede los dos años, la caducidad será de dos años; y en el caso de DATA CREDITO el registro permanecerá durante dos años contados a partir de la fecha en la que ocurrió el pago.

4°.- En relación con el paz y salvo el banco nos ha dicho que ya lo expidió y aunque creemos tanto en su palabra como en lo dicho por el banco, deseamos sugerirle que verifique este asunto en la oficina donde estuvieron radicadas estas operaciones, porque si el paz y salvo que solicitó el 4 de noviembre ya se le expidió, nada hay que agregar o hacer en este caso y si ese documento todavía sigue pendiente el apremio que usted mismo haga resultará efectivo por lo razonable.

Consideramos que el banco atendió su queja con el interés que merece y por ello damos por cerrada nuestra intervención en este asunto.

#### **Banco de datos.**

#### **Caducidad del dato negativo.**

**Ref:- 05-1-43-199** (7 de enero de 2006)

El legislador en el artículo 2° del Decreto 181 de 2002 dispuso que “El alivio previsto en el artículo 19 de la Ley 716 de 2001, consistente en la caducidad inmediata de la información negativa histórica, implica que dicha información no tendrá ningún efecto, por lo cual no podrá utilizarse para negar un crédito.”

“La doctrina moderna que estudia el tema de los bancos de datos ha superado el dilema información-privacidad, para desarrollarlo más bien en el campo de las libertades, razón por la cual muchos lo han bautizado como el derecho a la “autodeterminación informática”.

#### **El titular de la cuenta puede autorizar la divulgación de datos.**

#### **Si no hay autorización, el banco debe eliminar el reporte.**

**Ref:- 06-1-2- 191** (21 de septiembre de 2006)

Su queja se explica porque usted incurrió en mora, el banco lo reportó ante las Centrales de Riesgos y usted desea que se corrija el reporte.

Nuestra opinión se concreta así:

1°.- El reporte se originó en la mora. Es decir, el banco actuó correctamente al reportar su caso ante las Centrales de Riesgos.

2°.- Sin embargo, por una razón técnica creemos que el banco debe solicitar la cancelación del reporte, lo cual no significa que cuando se hizo el reporte el banco estuviera equivocado o que por pagar las cuotas en mora el reporte se deba suprimir.

3°.- Como la Corte Suprema de Justicia en su tiempo y ahora la Corte Constitucional precisaron que el derecho a la intimidad y el derecho a la reserva documental son derechos que solamente se excepcionan por motivos relacionados con la búsqueda de pruebas judiciales, la tasación de impuestos y la intervención del Estado, el titular de la información que se relaciona con su persona o con sus documentos o negocios puede autorizar o no la divulgación o el uso de tales datos por parte de terceros y por tal motivo la autorización, que excepciona la garantía, debe constar por escrito que no se presume ni se suple y que en este caso el banco no pudo localizar, lo que damos por cierto y permite suponer que la autorización existe y explica la decisión que tomó el banco en su momento para hacer el reporte, pero que, como se dijo enantes, no se puede presumir ni suplir en este momento y da lugar a que el banco solicite la cancelación del reporte que hizo ante las Centrales de Riesgos.

### **Reserva Bancaria.**

#### **Lealtad, buena fe y no abuso del derecho.**

**Ref.- 08-1-2-331** (27 de agosto de 2008)

1°.- Su queja se explica porque el 22 de mayo de 2008 una funcionaria del Banco..., doña L... llamó a su residencia para recordarle el pago de las obligaciones que usted contrajo con esa entidad. Dado que la persona que recibió la llamada fue su esposo, quien después de conversar con la funcionaria, tuvo conocimiento de su información financiera, usted nos ha manifestado que él *“no sabía ni tenía por qué enterarse de mis deudas”*, cuestión que suscitó un disgusto familiar, obra o consecuencia de lo que usted califica como *“la imprudencia”* en la que incurrió la funcionaria que sin medir las consecuencias de sus actos quebrantó la reserva bancaria. A raíz de este hecho usted ha tenido *“problemas familiares muy graves... soy víctima de maltrato verbal por parte de mi esposo; estoy siendo calumniada porque él cree cantidades de barbaridades por el dinero que presté”*. Por lo ocurrido afirma que la funcionaria le produjo daños y perjuicios que han lesionado su integridad personal.

2°.- En comunicación recibida el 6 de agosto del año en curso el banco nos puso de presente que:

**2.1.-** Al formalizar el crédito que el banco le concedió bajo la modalidad de libranza usted aportó la información personal -dirección, teléfono y datos adicionales- que en caso de incumplimiento le permitieran al banco contactarla para cobrarle los pagos atrasados de la obligación.

**2.2.-** En los meses de marzo y mayo de 2008, el banco no recibió pago por descuento de nómina de la obligación referida, lo que generó el vencimiento de la misma.

**2.3.-** El banco cuenta con funcionarios pertenecientes al Área de Cartera Vencida, cuya responsabilidad es adelantar el procedimiento de gestión de cobro. En cumplimiento de su función desarrollan actividades como “*contactar al deudor por escrito o telefónicamente para recordarle efectuar el respectivo pago por ventanilla, caso para el cual se utilizan los datos registrados por cada cliente en la solicitud (...)*”. Esta diligencia fue la que desarrolló la funcionaria del banco el 22 de mayo del presente año.

**2.4.-** El Banco... asegura que la funcionaria actuó con base en los procedimientos contemplados para la recuperación de la cartera de deudores en mora, previamente firmada con su solicitud del crédito y realizada dentro de los parámetros establecidos y aceptados por usted. Consideran por lo anterior que no hay motivos para la generación de daños y perjuicios.

**2.5.-** Sin perjuicio de las razones expuestas, la entidad ofrece formalmente sus disculpas por la incomodidad que se le pudo causar y desea reiterarle su compromiso en brindar un servicio de alta calidad a todos sus clientes.

**3°.-** Esta Defensoría estima que:

**3.1.-** Se ha establecido a nivel doctrinal y jurisprudencial la relación entre el *Habeas data* y el derecho a la intimidad -ambos consagrados por el orden constitucional como fundamentales-, con respecto a la conducta que sobre ellos deben desarrollar las entidades que dispongan de los datos financieros de los clientes. En el presente caso el punto central de nuestro análisis parte o se apoya en la *reserva bancaria*, entendida “*como el deber que tienen los funcionarios de las entidades financieras y aseguradoras de guardar reserva y discreción sobre los datos de sus clientes o sobre aquellos relacionados con la situación propia de la compañía, que conozcan el desarrollo de su profesión u oficio*”<sup>1</sup>. Debido al tráfico comercial, es preciso que la confianza entre

---

1 Reserva Bancaria. Concepto No. 1999061374-1. Octubre 12 de 1999. Superintendente Delegado para Intermediación Financiera Dos.

las entidades financieras o aseguradoras y los clientes que establecen relaciones de negocios con ellas sea clara porque el cumplimiento de las reglas mínimas de conducta garantizará la obtención de los fines de los contratantes.

**3.2.-** La reserva bancaria tiene una protección especial, pues encuentra soporte en los derechos fundamentales amparados por la Constitución. De esta manera la vulneración de la reserva bancaria admite adversidades civiles y sanciones penales, administrativas y laborales, según el caso.

**3.3.-** Como no se trata de un derecho absoluto, la doctrina y la antigua Superintendencia Bancaria, fundada en un largo desarrollo doctrinal y jurisprudencial, ha sentado las bases de las conductas que se entienden excluidas de la reserva bancaria y que vienen a formar el conjunto de excepciones previstas para esta garantía que es extensión del derecho a la intimidad. Ha dicho la Superintendencia que *“ si bien la reserva bancaria es una figura amparada por los derechos constitucionales a la intimidad y fundamentada en el principio del secreto profesional y la reserva de los papeles del comerciante, ante la realidad del ordenamiento jurídico colombiano sobre la materia, no se deben conducir a extremos exagerados por los alcances que pretendan darse a esta práctica. De ella nace para la empresa bancaria y para cualquiera otra de naturaleza análoga, un imperativo de conducta cuya observancia estricta es jurídica y debe favorecerse en cuanto no exceda limitaciones que, en una u otra forma, tienden a evitar que la costumbre de discreción de los administradores y directores de los establecimientos de crédito se convierta en herramienta que haga prevalecer el interés privado sobre las conveniencias generales de la comunidad”*<sup>2</sup>. En consecuencia, los límites normativos a la reserva bancaria se encuentran en los artículos 15<sup>3</sup> y 74<sup>4</sup> de la Constitución Política. La reserva bancaria *“debe ceder cuando existan intereses legítimos y válidos de otras personas, bien sean públicas o privadas<sup>5</sup>, tales como los previstos en el renombrado artículo 15 Superior o en el artículo 61 del Código del Comercio y demás normas concordantes o, cuando las partes (cliente - institución financiera), han convenido en la posibili-*

2 Superintendencia Bancaria. Circular Básica Jurídica 007 de 1996. Capítulo Noveno del Título Primero, numeral 4.1.

3 Cuando la institución financiera se encuentra obligada a permitir el registro de sus documentos privados.

4 *“Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable”*.

5 Tal como lo dijo la Superintendencia Bancaria en su momento, *“es imposible que puedan llegar a resultar protegidas conductas criminales, abusivas o contrarias a la buena fe que ha de regir el tráfico mercantil, o resultar encubierta información que facilite la labor de la administración de justicia y de los organismos que con ella colaboran en la lucha por el imperio de la moral y del derecho”*. Ver Concepto 2002026728-1 del 27 de junio de 2002.

*dad de revelar datos que a falta de dicho acuerdo serían reservados*"<sup>6</sup>. Pero es imperioso resaltar que salvo las excepciones del caso, la entidad se encuentra obligada a mantener como confidencial la información de su cliente, bien porque divulgarla pueda representarle perjuicios económicos o sencillamente porque el derecho a la reserva y confidencialidad sólo al cliente le pertenece y sólo él —o las autoridades administrativas o quienes ejercen la jurisdicción— la pueden excepcionar.

**3.4.-** El propósito del requerimiento o apremio que hizo el banco por vía telefónica es animar el pago de las obligaciones pendientes pero el que esta finalidad sea razonable no significa que el apremio se pueda hacer de cualquier manera o con cualquier persona, como ha sucedido a veces cuando el acreedor deja mensajes sobre el estado de la deuda vencida y la urgencia del pago con los padres, los hijos, los empleados, dependientes del servicio doméstico, los porteros o celadores de conjuntos residenciales y hasta en casos extremos en los que las noticias sobre la mora se divulgan a través de emisoras regionales.

**3.5.-** En el ámbito del régimen de las obligaciones, en principio se puede aceptar que estimular el pago de la deuda vencida no supone un comportamiento inadecuado que atente contra derechos de tipo fundamental, según lo dispuesto en el artículo 1603 de nuestra legislación civil<sup>7</sup> y el artículo 83 de la Constitución Política<sup>8</sup>. Pero en razón a que la funcionaria del banco, con el objeto de apremiar el cobro de la obligación, le informó a su esposo detalles relacionados con esa deuda, en ese caso actuó como si la reserva bancaria no existiera.

**3.6.-** No se olvide que *“los actos jurídicos deben ser cumplidos de buena fe, vale decir, con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada a que obedece su celebración”*<sup>9</sup>. Además, téngase presente que *“El uso, como decíamos, ha sancionado este deber de buena fe y de lealtad con un deber jurídico característico de la contratación bancaria, que se traduce, por un lado en el deber de lealtad en los informes y en los asesoramientos y consejos que el banco suministra a su cliente, y, por otro lado, en el deber de*

---

6 Concepto No. 2004003063-1. Febrero 19 de 2004.

7 Artículo 1603: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”*.

8 Artículo 83 *“las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las actuaciones que aquéllos adelanten ante éstas”*.

9 Guillermo Ospina Fernández. Eduardo Ospina Acosta. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Quinta Edición. Temis, Bogotá, 1998, p. 331.

*secreto que el banco tiene respecto de las operaciones que el cliente le confía*"<sup>10</sup>. A esta Defensoría no le cabe duda que la conducta de la funcionaria, que actuaba a nombre del Banco... quebrantó el derecho a la intimidad y pasó por alto los deberes contractuales relacionados con la estricta reserva o confidencialidad, pero a pesar de la molestia causada por ese comportamiento imprudente no identificamos los elementos del daño resarcible.

**3.7.-** Como corolario debe recordarse que en nuestro código de comercio se consagra en el artículo 830 que *"el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause"*. En este sentido la Corte Suprema de Justicia se pronunció, aclarando que *"los tribunales sabrán en cada caso hacer uso del saludable poder moderador que consigo lleva la sanción de los actos abusivos en los términos de notable amplitud en que la consagran preceptos como el artículo 830 del Código de Comercio, tomando en consideración que esa ilicitud originada por el 'abuso' puede manifestarse de manera subjetiva -cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder- o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo"*<sup>11</sup>.

**3.8.-** El presente caso obedece a la segunda manifestación comentada: la "forma objetiva", cuestión que demuestra que aunque la funcionaria no haya tenido intención en producir los daños aducidos por usted, se excedió en el ejercicio de las facultades que fueron asignadas como funciones de su cargo por el banco. Bajo esta lógica la Defensoría considera que a usted le asiste razón en los términos en que nos planteó su queja pero de lo dicho no se desprende la posibilidad de que esta Defensoría deduzca el valor del daño resarcible.

**Reserva Bancaria está amparada por el derecho a la intimidad y el secreto profesional.  
Admite excepciones.**

**Ref.- 08-1-2-531** (28 de octubre de 2008)

1°.- Su queja se explica porque el banco le cobró a su señor padre \$50.000<sup>00</sup> por el retiro de \$5.000.000<sup>00</sup> a pesar de que usted, previendo un descuento por retiro, le

10 Joaquín Garrigues. Contratos Bancarios. 2a Edición. Imprenta Aguirre, Madrid, 1975, p. 44 y 45.

11 Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 1994, Expediente 3972. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

había consignado \$10.000<sup>oo</sup> adicionales para que pudiera retirar el valor completo. Como quiera que la cuenta está exenta del cobro del 4 por mil, usted no se explica las razones por las cuales el banco descontó ese monto. Por lo anterior desea que se aclare el motivo del descuento y el consecuente reintegro de los \$50.000<sup>oo</sup>.

2°.- En comunicación que el banco nos hizo llegar el 10 de octubre del año en curso, nos puso de presente que por tratarse de una persona que no es su cliente y por carecer de información que le permita atender la queja, se consideró que lo pertinente era devolver este reclamo.

3°.- La Defensoría del Cliente estima que:

**3.1.-** Al banco le asiste la razón por cuanto el quejoso no es cliente del banco. Al respecto es preciso que se tenga en cuenta la relación entre el *Habeas data* y el derecho a la intimidad, analizados a nivel doctrinal y jurisprudencial –ambos consagrados por el orden constitucional como fundamentales–, en relación con la conducta que sobre ellos deben desarrollar las entidades que dispongan de los datos financieros de los clientes. En el presente caso, el punto central de nuestro análisis parte o se apoya en la *reserva bancaria*, entendida “*como el deber que tienen los funcionarios de las entidades financieras y aseguradoras de guardar reserva y discreción sobre los datos de sus clientes o sobre aquellos relacionados con la situación propia de la compañía, que conozcan el desarrollo de su profesión u oficio*”<sup>1</sup>. Debido al tráfico comercial, es preciso que la confianza entre las entidades financieras o aseguradoras y los clientes que establecen relaciones de negocios con ellas sea clara porque el cumplimiento de las reglas mínimas de conducta garantizará la obtención de los fines de los contratantes.

**3.2.-** La reserva bancaria tiene una protección especial, pues encuentra soporte en los derechos fundamentales amparados por la Constitución. De esta manera la vulneración de la reserva bancaria genera adversidades civiles y sanciones penales, administrativas y laborales, según el caso.

**3.3.-** Como no se trata de un derecho absoluto, la doctrina y la antigua Superintendencia Bancaria (hoy SFC) fundada en un largo desarrollo doctrinal y jurisprudencial, ha sentado las bases de las conductas que se entienden excluidas de la reserva bancaria y que vienen a formar el conjunto de excepciones previstas para esta garantía que es extensión del derecho a la intimidad. Ha dicho la

---

1 Reserva Bancaria. Concepto No. 1999061374-1. Octubre 12 de 1999. Superintendente Delegado para Intermediación Financiera Dos.

Superintendencia que “*si bien la reserva bancaria es una figura amparada por los derechos constitucionales a la intimidad y fundamentada en el principio del secreto profesional y la reserva de los papeles del comerciante, ante la realidad del ordenamiento jurídico colombiano sobre la materia, no se deben conducir a extremos exagerados por los alcances que pretendan darse a esta práctica. De ella nace para la empresa bancaria y para cualquiera otra de naturaleza análoga, un imperativo de conducta cuya observancia estricta es jurídica y debe favorecerse en cuanto no exceda limitaciones que, en una u otra forma, tienden a evitar que la costumbre de discreción de los administradores y directores de los establecimientos de crédito se convierta en herramienta que haga prevalecer el interés privado sobre las conveniencias generales de la comunidad*”<sup>2</sup>. En consecuencia, los límites normativos a la reserva bancaria se encuentran en los artículos 15<sup>3</sup> y 74<sup>4</sup> de la Constitución Política. La reserva bancaria “*debe ceder cuando existan intereses legítimos y válidos de otras personas, bien sean públicas o privadas*”<sup>5</sup>, tales como los previstos en el renombrado artículo 15 Superior o en el artículo 61 del Código del Comercio y demás normas concordantes o, cuando las partes (cliente - institución financiera), han convenido en la posibilidad de revelar datos que a falta de dicho acuerdo serían reservados”<sup>6</sup>. Pero es imperioso resaltar que salvo las excepciones del caso, la entidad se encuentra obligada a mantener como confidencial la información de su cliente, bien porque divulgarla pueda representarle perjuicios económicos o sencillamente porque el derecho a la reserva y confidencialidad sólo al cliente le pertenece y sólo él –o las autoridades administrativas o quienes ejercen la jurisdicción– la pueden excepcionar.

**3.4.-** Éste es el fundamento legal con base en el cual consideramos que en este caso la actuación del banco ha sido prudente, pues si bien comprendemos que existe una amable relación paterno-filial entre usted y el titular de la cuenta, no siempre las cosas son de ese modo y bien hace el banco en sostener que el legitimado para presentar las quejas a propósito de sus cuentas y las transaccio-

2 Superintendencia Bancaria. Circular Básica Jurídica 007 de 1996. Capítulo Noveno del Título Primero, numeral 4.1.

3 Cuando la institución financiera se encuentra obligada a permitir el registro de sus documentos privados.

4 “*Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable*”.

5 Tal como lo dijo la Superintendencia Bancaria en su momento, “es imposible que puedan llegar a resultar protegidas conductas criminales, abusivas o contrarias a la buena fe que ha de regir el tráfico mercantil, o resultar encubierta información que facilite la labor de la administración de justicia y de los organismos que con ella colaboran en la lucha por el imperio de la moral y del derecho”. Ver Concepto 2002026728-1 del 27 de junio de 2002.

6 Concepto No. 2004003063-1. Febrero 19 de 2004.

nes que se realicen por ella, sólo es el titular. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el banco sistematiza los datos correspondientes a sus clientes, pero no así de los usuarios que eventualmente recurran a las oficinas del banco a realizar cierto tipo de operaciones. En consecuencia, resulta lógico que el banco no tenga información puntual del quejoso, de quien no existen datos en el sistema del banco por no ser cliente suyo, razón por la cual –desde el punto de vista operativo– hacer las averiguaciones del caso, partiendo de la reclamación de quien no se encuentra legitimado, resulta casi imposible. Como nada impide que su señor padre radique la queja, conviene que analice esa posibilidad si lo considera pertinente.

**La información referente a los estados financieros puede ser recopilada pero no divulgada a través de las bases de datos ni pueden incidir en la calificación de los usuarios.**

**Sólo se puede divulgar la información que tiene que ver con el nacimiento, ejecución y extinción de obligaciones dinerarias.**

**Ref:- 09-1-12-019** (30 de marzo de 2009)

1º.- Su queja se explica porque el Banco... reportó a las centrales de riesgo que el comportamiento crediticio de L... merecía una calificación "C". Es importante anotar que esa sociedad nunca ha incumplido los compromisos adquiridos con esa institución financiera, es más, el crédito contraído con ese banco fue pagado anticipadamente.

2º.- En la carta que el Banco... nos hizo llegar el 17 de marzo de 2009 nos puso de presente que (i) la calificación "B" corresponde al resultado del análisis de las cifras registradas por la sociedad L..., de acuerdo con la información financiera presentada por esa sociedad; (ii) esa metodología se encuentra establecida en el Capítulo 2, Anexo 3 de la Circular Externa 100 de 1995 expedida por la SFC; y; (iii) en resumen, aunque la calificación básicamente depende del historial de pagos y del comportamiento de la sociedad, es preciso decir que en esa clasificación también inciden otros factores como -en su caso- los estados financieros y que sin la concurrencia de los dos elementos mencionados pueden surgir calificaciones medias o bajas como ha ocurrido en este caso.

3º.- Esta Defensoría considera lo siguiente:

**3.1.-** El pasado 6 de enero el Presidente de la República promulgó la ley estatutaria número 1266 de 2008 que regula lo relacionado con el manejo de la información financiera, comercial y crediticia de los usuarios y clientes del sistema financiero. Con motivo de revisión previa de constitucionalidad, la Corte Constitucional consideró que la mayor parte de la ley estaba acorde con la Constitución pero a

pesar de lo anterior, declaró inexecutable algunos apartes de la ley y condicionó la constitucionalidad de otros artículos<sup>1</sup>.

**3.2.-** Es pertinente anotar que la ley 1266 define el hábeas data (art. 15 de la Constitución) como aquel derecho que tienen todas las personas “*a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos*”<sup>2</sup>. Esa definición guarda perfecta sintonía con el concepto que la Corte Constitucional ha diseñado a lo largo de estos años<sup>3</sup>.

**3.3.-** En el artículo 3, literal j, de la Ley 1266 se dice que “*se entenderá por información financiera, crediticia, comercial de servicios y la proveniente de terceros países, aquella referida al nacimiento, ejecución y extinción de obligaciones dinerarias...*”. Ese mismo artículo establecía que la información relacionada con “*el manejo financiero o los estados financieros del titular*” también sería considerada **como información financiera**, comercial y crediticia y por lo tanto, **podría ser recopilada** en las bases de datos y difundida, previa autorización del titular.

**3.4.-** A pesar de lo dicho en el punto inmediatamente anterior, la Corte Constitucional en la sentencia C-1011 de 2008 (MP. Jaime Córdoba) declaró inexecutable la expresión “*así como la información relativa a las demás actividades propias del sector financiero o sobre el manejo financiero o los estados financieros del titular*”, y no solo precisó que la información referente a los **estados financieros no puede ser divulgada** a través de las bases de datos sino que, además, advirtió que los estados financieros no pueden incidir en la calificación de los usuarios. De lo antedicho en este ordinal como en el ordinal 3.3. de este documento podría pensarse que los dos párrafos se refieren a lo mismo, pero vistos con detalle se observa que esa es la simple apariencia porque la Corte diferenció el tratamiento que se le puede dar a esa información en lo que tiene que ver con la *recopilación* y la *divulgación* de esos datos y precisó que desde el punto de vista constitucional era aceptable que esa información **fuera recopilada pero no era admisible que se divulgara** (ver ordinal 3.6 de este concepto). De acuerdo con la Corte Constitucional, “*la inclusión de los estados financieros dentro la definición de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países, se muestra problemática. En efecto, si se considera que los libros de contabilidad, que son el soporte de los estados financieros, hacen parte de la informa-*

1 Los artículos que condicionó la Corte Constitucional fueron los siguientes: literal c del artículo 3; artículo 5, literal d; artículo 6, numeral 2.1; artículo 13; artículo 14, literales a y b, y; artículo 17. Cfr. Sentencia C-1011 de 2008.

2 Cfr. Art. 1° de la ley 1266 de 2008.

3 Cfr. Sentencias T-667 de 2003, T-1427 de 2000 y SU-082 de 1995 entre otras.

*ción personal susceptible de ser sometida a los procesos de administración de datos previstos en la norma estatutaria, podrían ser objeto de circulación por parte de los terceros usuarios de la información que ofrecen los operadores. En estas circunstancias, se desconocería la restricción prevista en el artículo 15 C.P., que circunscribe el acceso a los libros de contabilidad a los supuestos mencionados”<sup>4</sup>.*

**3.5.-** Como consecuencia de lo anterior, actualmente el banco no puede divulgar información relacionada con los estados financieros de la sociedad quejosa. En otras palabras, de acuerdo con el artículo 3, literal j de la ley 1266 de 2008 y la sentencia C-1011 de la Corte Constitucional, el banco solamente puede divulgar información referente al nacimiento, ejecución y extinción de obligaciones dinerarias y si tal divulgación ocurrió antes de la vigencia de la Ley 1011, ahora debe corregirla.

**3.6.-** Lo antedicho no puede dar pie para poner en duda que el banco sí puede conocer y recopilar (pero no divulgar) la información relacionada con los estados financieros de sus deudores. Así lo puso de presente la Corte Constitucional en la sentencia C-1011 cuando dijo que “...*la información relacionada con balances, estados de pérdidas y ganancias, etc., pueden ser presentados voluntariamente por el titular o exigidos por una entidad crediticia o comercial, para efectos de análisis de solvencia o de capacidad de pago del cliente potencial*”.

**3.7.-** Como el banco puso en manos de una Central de Riegos datos que de acuerdo con el ordenamiento jurídico no podía divulgar y que tampoco pueden circular por medio de las bases de datos, esa institución financiera deberá actualizar la información crediticia, financiera y comercial de ..., retirando de las Centrales de Riegos esa información específica porque como ya se dijo, la información -y las calificaciones de los titulares de la información- susceptibles de divulgación se circunscribe a la que tiene que ver con el nacimiento, ejecución y extinción de obligaciones dinerarias.

**3.8.-** Como el derecho al hábeas data “*otorga a la persona la posibilidad jurídica de impedir que terceras personas usen datos... reservados y desvirtúen así su identidad o abusen del derecho a informar*”<sup>5</sup> en un término

4 Cfr. Sentencia C-1011 de 2008. De acuerdo con la Corte Constitucional acceder a los libros de contabilidad es constitucionalmente legítimo en tres eventos: (i) cuando sean solicitados por las autoridades tributarias; (ii) cuando sean requeridos por una autoridad judicial; y; (iii) cuando sean exigidos en el desarrollo de actividades de inspección, vigilancia y control por parte del Estado.

5 Cfr. REMOLINA, Nelson. *Comercio Electrónico*. Ed. Legis y Universidad de Los Andes. Bogotá D.C. 2005. Pág. 260.

breve el Banco... deberá corregir ese reporte, porque de lo contrario estaría vulnerando el derecho fundamental al hábeas data de la sociedad quejosa. En efecto, de acuerdo con la doctrina, para que exista una afectación al habeas data *“el archivo debe recaer... sobre aspectos íntimos de la vida de su titular no susceptibles de ser conocidos públicamente”*<sup>6</sup>.

### **La ley 1266 de 2008 sólo rige a partir de su promulgación Régimen de transición y amnistías**

**Ref:- 09-1-2-116** (1° de abril de 2009)

**1°.-** Su queja se explica porque a mediados de febrero de este año, se acercó a una institución financiera para gestionar un crédito, pero le informaron que no podían aceptar su solicitud porque tenía dos reportes negativos por obligaciones contraídas con el Banco... Su petición consiste en que el banco elimine ese reporte teniendo en cuenta que (i) solamente se demoró dos días en pagar la obligación a su cargo; y (ii) no recibió ninguna notificación sobre el reporte.

**2°.-** En la carta que el Banco Popular nos hizo llegar el 25 de marzo de 2009 explicó que (i) usted tuvo una mora de 30 días en julio y septiembre de 2008 como se deduce de los extractos de su tarjeta de crédito; (ii) por lo anterior, en las centrales de riesgo aparece con una mora de 30 días; y (iii) debido a que el reporte se realizó en julio y en septiembre del año pasado, no le enviaron copia del aviso que dispone la ley 1266 de 2008, que comenzó a regir el 31 de diciembre de 2008, es decir, con posterioridad a la fecha del reporte.

El Banco... adjuntó una copia de los reportes de CIFIN y DATACRÉDITO, así como de los extractos de su tarjeta. Así mismo, el banco nos hizo llegar un documento firmado por usted en la cual autoriza al banco a reportar su comportamiento crediticio a las centrales de riesgo.

**3°.-** Esta Defensoría considera lo siguiente:

**3.1.-** El pasado 6 de enero el Presidente de la República promulgó la ley estatutaria número 1266 de 2008 que regula lo relacionado con el manejo de la información financiera, comercial y crediticia de los usuarios y clientes del sistema financiero. Con motivo de revisión previa de constitucionalidad, la Corte Constitucional consideró que la mayor parte de la ley estaba acorde con la Constitución pero a

pesar de lo anterior, declaró inexecutable algunos apartes de la ley y condicionó la constitucionalidad de otros artículos<sup>1</sup>.

**3.2.-** Es pertinente anotar que la ley 1266 define el hábeas data (art. 15 de la Constitución) como aquel derecho que tienen todas las personas “*a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos*”<sup>2</sup>. Esa definición guarda perfecta sintonía con el concepto que la Corte Constitucional ha diseñado a lo largo de estos años<sup>3</sup>.

**3.3.-** Descendiendo al caso bajo estudio podemos observar que como usted bien lo dijo en su queja, en virtud del artículo 12 de la ley 1266 de 2008, las instituciones financieras solamente “*podrán efectuar el reporte de la información transcurridos veinte (20) días calendario siguientes a la fecha de envío de la comunicación en la última dirección de domicilio del afectado que se encuentre registrada en los archivos de la fuente de la información*”.

**3.4.-** A pesar de lo dicho anteriormente, es preciso decir que esa obligación no aplica para la situación de hecho que ocasionó esta queja, teniendo en cuenta que esa ley “*rige a partir de la fecha de publicación*”<sup>4</sup>. En ese orden de ideas y como la ley 1266 fue publicada en el Diario Oficial número 47.213 del 31 de diciembre de 2008<sup>5</sup>, ésta no extiende sus efectos a situaciones ocurridas y consolidadas con anterioridad al 31 de diciembre de 2008 y en consecuencia, los reportes efectuados en julio y septiembre de 2008 no debían cumplir con una obligación de diligencia previa que para esa fecha no existía.

**3.5.-** Nosotros no sabemos si usted ya canceló la obligación a su buen cargo. Sin embargo, en el reporte de DATACRÉDITO se lee que esa deuda está “al día” y en ese sentido suponemos nosotros que ya canceló lo adeudado. Ahora bien, como no tenemos conocimiento sobre la fecha exacta en la cual se puso al día con sus compromisos, no podemos decirle con certeza hasta cuándo debe permanecer el reporte. Ahora bien, lo que sí podemos hacer es explicar cómo opera el régimen de transición previsto por esa ley y cómo puede beneficiarse de las amnistías previstas, de acuerdo con las siguientes hipótesis:

**a.-** Si a la entrada en vigencia de la ley (31 de diciembre de 2008), usted se encontraba al día con la obligación y el reporte negativo había permanecido

1 Los artículos que condicionó la Corte Constitucional fueron los siguientes: literal c del artículo 3; artículo 5, literal d; artículo 6, numeral 2.1; artículo 13; artículo 14, literales a y b, y; artículo 17. Cfr. Sentencia C-1011 de 2008.

2 Cfr. Art. 1° de la ley 1266 de 2008.

3 Cfr. Sentencias T-667 de 2003, T-1427 de 2000 y SU-082 de 1995 entre otras.

4 Cfr. Art. 22 de la ley 1266 de 2008.

5 Cfr. <http://www.habeasdata.com.co/pdf/diario%20Oficial%2031-12-08.pdf>

en las bases de datos más de un año contado desde la cancelación de la obligación, las Centrales de Riesgo deberán eliminar inmediatamente la información negativa.

**b.-** Si a la entrada en vigencia de la ley, usted se encontraba al día con la obligación, pero el reporte negativo había permanecido en las bases de datos menos de un año contado desde el día en el cual pagó la totalidad de la deuda, la información negativa permanecerá el tiempo que le haga falta para cumplir el año, contado a partir del día en el cual canceló su obligación.

**c.-** Si usted cancela la obligación a su cargo dentro de los seis meses siguientes a la expedición de la ley, el reporte negativo permanecerá un año contado desde el día en el cual pague la deuda.

**d.-** Si usted se beneficia con alguna de las tres alternativas antes descritas, no podrá volver a incurrir en mora ya que perdería los beneficios y en consecuencia, los reportes que fueron objeto de modificación reaparecerían en su historial.

**3.6.-** Del material probatorio que obra en el expediente no hemos podido determinar cuándo pagó la obligación a su cargo. Así las cosas, no podemos endilgarle ningún tipo de responsabilidad al Banco..., porque no está demostrada ninguna infracción a la ley 1266 de 2008.

**No es necesario estar al día con *todas* las obligaciones para gozar de la amnistía del artículo 21 de la ley 1266 de 2008**

**La amnistía sólo favorecerá al deudor con respecto a aquellas obligaciones que pague dentro del término que prevé la ley**

**Ref:- 09-1-2-142** (6 de abril de 2.009)

**1º.-** Su queja se explica porque usted voluntariamente pagó en el año 2007 una deuda contraída con el Banco.... A pesar de lo anterior, esa institución financiera no ha eliminado el reporte negativo. Su solicitud consiste en que el banco suprima ese reporte teniendo en cuenta que canceló las obligaciones a su cargo hace dos años.

**2º.-** En la carta que el Banco... nos hizo llegar, explicó que (i) la obligación a su cargo fue catalogada como “cartera castigada” y esa situación se refleja en los reportes; (ii) usted pagó la deuda el 22 de mayo de 2007; (iii) si bien es cierto que el régimen de transición previsto en la ley de hábeas data establece que los reportes negativos permanecerán un año contado desde la fecha de pago, no es menos cierto que para gozar de ese beneficio es necesario que el deudor esté al día con todas sus obligaciones financieras. En su caso, hay una deuda contraída con “Crear País” cuya calificación es negativa. Por esa razón, no es posible acceder a su petición.

3º.- Esta Defensoría considera lo siguiente:  
(...)

**3.3.-** A su vez, el artículo 21 de la ley 1266 introdujo un régimen de transición que para lo que nos interesa en este caso se enuncia así:

*“Los titulares de la información que a la entrada en vigencia de esta ley estuvieren al día en sus obligaciones objeto de reporte, y cuya información negativa hubiere permanecido en los bancos de datos por lo menos un año contado a partir de la cancelación de las obligaciones, serán beneficiarios de la caducidad inmediata de la información negativa”.*

**3.4.-** Como la interpretación que en este caso el banco le ha dado a esa regla se puede enunciar así: si usted no ha cancelado *todas* las obligaciones objeto de reporte negativo, no podrá gozar de ese beneficio. Así las cosas, el problema jurídico en este caso consiste en determinar si (i) para gozar del beneficio o amnistía que establece la norma es necesario estar al día con *todas* las obligaciones que han dado lugar a algún reporte, sin importar quién es el acreedor; ó (ii) para recibir el beneficio solamente es necesario estar al día con las obligaciones sobre las cuales el antiguo deudor pretende aplicar la amnistía, sin perjuicio de que otras obligaciones sigan en mora y den lugar a otros reportes anteriores o posteriores al beneficio descrito.

**3.5.-** Esta Defensoría considera que la interpretación que el Banco... le ha dado al artículo 21 de la ley 1266 no es afortunada por las siguientes razones:

**a.-** De acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-1011 de 2008, no es necesario estar al día con *todas* las obligaciones para gozar de la amnistía prevista en el artículo 21 de la ley 1266. En efecto, cuando el Tribunal Constitucional estudió la constitucionalidad del artículo mencionado precisó que *“los efectos de la caducidad especial no se extienden a la información favorable, fundada en el cumplimiento oportuno en el pago de las obligaciones, ni respecto de aquellos datos financieros negativos relacionados con obligaciones que permanezcan insolutas luego del término previsto por el legislador estatutario para la aplicación del beneficio de caducidad especial”* (subrayas fuera del original). De lo anterior se colige claramente que pueden existir obligaciones insolutas –las cuales no gozarán del beneficio que trae la norma–, y que a pesar de ello el deudor puede gozar de la amnistía sobre aquellas obligaciones que pagó dentro del término previsto por el régimen de transición.

**b.-** El fragmento transcrito en el numeral anterior lo incluyó la Corte Constitucional por una razón: uno de los intervinientes en los trámites que se cumplieron ante la Corte Constitucional argumentaba que la amnistía que prevé la ley debió ser declarada inconstitucional porque no permitía medir adecuadamente el riesgo de crédito. Sin embargo, la Corte consideró que ese argu-

mento no era válido, debido a que la amnistía solamente favorecería aquella información negativa relacionada con obligaciones que estuvieran al día, mientras que la información desfavorable sobre las deudas que no fuesen canceladas en el término previsto por la ley, permanecería en las bases de datos, lo que permitiría medir el riesgo crediticio de forma apropiada y permitiría desatender la censura del impugnador. Ese razonamiento de la Corte nos confirma en lo dicho y deja ver que la interpretación propuesta por el banco no es la correcta.

**c.-** Por otra parte, en el análisis de constitucionalidad del artículo 21 de la ley 1266 la Corte Constitucional en varios apartes precisa que para gozar de la amnistía es necesario acreditar el “*pago voluntario de la obligación en mora*”, es decir, la eliminación de la información negativa conforme al régimen de transición “*depende del pago efectivo de la obligación en mora*”. Nótese que en estos fragmentos –y en otros que no es del caso transcribir porque lo dicho basta– la Corte se refiere a “la obligación” (en singular), lo que quiere significar que para recibir el beneficio de la amnistía no es indispensable ponerse al día con todas las obligaciones atrasadas por una sencilla razón: la amnistía favorecerá al deudor con respecto a aquellas obligaciones que pague dentro del término que prevé la ley y en consecuencia no lo beneficiará en relación con las obligaciones que no pague, las que seguirán en mora y como no podrán tomarse por extinguidas o amnistiadas del reporte dejarán ver esos defectos en los hábitos de pago del deudor, lo que sin lugar a dudas contribuye a medir de mejor forma y con mayor exactitud el riesgo de crédito<sup>1</sup>.

**d.-** Por último una interpretación como la propuesta por el Banco... no tiene en cuenta el principio interpretativo conocido como “principio del efecto útil”, de acuerdo con el cual “*el juez está llamado a leer la norma jurídica en el sentido en que produzca efectos, no en el que la haga inane*”<sup>2</sup>. En otras palabras, el legislador no expide normas que no puedan tener aplicación en la realidad y como precisamente la interpretación del banco hace que la aplicación del régimen de amnistía se torne mucho más exigente de lo que el legislador quiso, sin razón válida se frustra un derecho ya ponderado y definido en sus linderos por la Corte Constitucional.

**3.6.-** Por las razones expresadas anteriormente, nos apartamos de la interpretación propuesta por el Banco... y en ese orden de ideas, consideramos que el banco debe darle aplicación y cumplimiento a lo que dispone el artículo 21 de la ley 1266 de 2008. Como corolario de lo anterior, esa institución financiera deberá eliminar el reporte negativo que aparece en los reportes, teniendo en cuenta que la obligación ya fue cancelada hace más de un año.

1 Cfr. Sentencia C-1011 de 2008. Pág. 257.

2 Cfr. Sentencia C-692 de 2003.

## 5. INSTITUCIONES FINANCIERAS

### **Transformación de entidades bancarias.**

### **Colaboración en la reconstrucción del itinerario de la operación.**

**Ref:- 05-1-43-021** (19 de julio de 2005)

1º.- En su queja dice que para enjugar el saldo de un crédito que usted tuvo con la Caja hizo una consignación en la oficina del Banco... (oficina del municipio de La Macarena), consignación no reflejada en la Caja.

2º.- Los documentos disponibles en fotocopia sugieren que la consignación se hizo en Banco... el 8 de mayo de 2.000, por valor de \$4.221.561, operación que se relaciona, según lo poco y casi nada de lo que se ve en el comprobante de consignación que expidió el banco, con la obligación 62.... Ese documento tiene el especial valor probatorio que reconoce el artículo 1.386 del Código de Comercio y usted puede hacerlo valer ante Banco..., como la Caja le sugirió en carta del 4 de febrero, y aquella institución con su ayuda podrá reconstruir el itinerario de esa operación para establecer de una vez por todas si la consignación existe o no y si el abono que se hizo a la Caja... a la fecha está pendiente. Con base en la fotocopia que usted nos envió, esta Defensoría no puede definir si la consignación se realizó o no, pero sí puede solicitarle al Banco..., como en efecto lo está haciendo hoy, que se interese por averiguar si ese recibo fue expedido por el banco, corresponde a la oficina de La Macarena y dio lugar a un abono en las cuentas de la Caja.

3º.- Banco... ha dado a entender que no puede participar en la solución de este problema porque el reporte que se hizo en Datacrédito proviene de Caja en liquidación y es consecuencia de una relación contractual que debió existir entre el quejoso y la Caja, lo cual significa que son ellos, la Caja y su cliente, los llamados a establecer si la deuda se pagó o no y si había o no razón para reportar al deudor que ahora se queja. Esa razonamiento parece lógico pero no lo es por incompleto en cuanto olvida reconocer que la consignación que la Caja echa de menos es la que Banco... recibió y que parece no llegó a su destino, lo que dará lugar a que el banco responda por lo que recibió del depositante para abonar en la cuenta de la Caja o se interese en reconstruir el itinerario de esta operación para establecer cuanto detalle permita averiguar lo que a todos les conviene, que es, sencillamente, el destino final de esos dineros.

**Grupo Financiero.****Competencia de la Defensoría del Cliente.**

**Ref:- 05-1-2-086** (7 de septiembre de 2005)

1°.- Su queja se orienta a lograr que Banco..., por el hecho de pertenecer al denominado Grupo Aval, dentro del cual participan ese banco y banco X, asuma su vocería para que Banco X registre a nombre de su hermana el alivio que se deriva de la reliquidación de un crédito hipotecario que usted y ella tuvieron con esa entidad financiera, crédito que a la fecha está saldado y pago en su totalidad. Luego, cuando se haga ese registro usted espera, que se cancele la hipoteca para sanear la titulación del inmueble que ustedes le vendieron a doña M....

2°.- Este asunto exige dos precisiones. (i) La primera tiene que ver con la legitimación que usted tiene para actuar en nombre de su señora hermana y de doña M.... Para nosotros esa legitimación no existe o al menos no se ha demostrado, razón por la cual nada se dispondrá en relación con sus derechos o intereses porque la agencia oficiosa no es admisible frente a esta Defensoría. (ii) Lo segundo tiene que ver con la posibilidad de que la Defensoría de un banco disponga o conceptúe sobre el comportamiento que dos bancos de un mismo grupo financiero deben asumir para atender al cliente de una de ellas, asunto que también debe resolverse negativamente porque la Defensoría sólo puede actuar en relación con negocios de quien ha contratado sus servicios y por ello deberá permanecer ajena a las operaciones de otras entidades financieras, pertenezcan o no a un mismo grupo porque esa circunstancia no genera solidaridad ni refunde en una sola sustancia los negocios que ellas, actuando separadamente, convinieron con un determinado cliente.

3°.- Entendemos nosotros que usted obtuvo el alivio y que Banco X lo atendió, razón por la cual el crédito que estaba a cargo de dos personas, usted y su señora hermana, quedó pagó. Sin embargo ese es asunto que usted deberá precisar con Banxo X y en el cual Banco... nada tiene que ver ni puede hacer.

4°.- El crédito N° 47..., que es el que verdaderamente le interesa a esta Defensoría, está a su cargo y ha dado lugar a la solicitud de alivio a la que se refiere el oficio 901-6072-05 que el 5 de julio le envió a usted el Gerente de Administración de Cartera de Banco..., carta en la que se le aclara lo que bien sabe: el alivio aplicado por este banco es mayor que el que aplicó Banco X pero como no se pueden tomar los dos, la aplicación del más favorable implica el reintegro del ya concedido. Por eso el Banco... le sugirió que usted mismo asuma el desarrollo de las diligencias que conduzcan al reintegro y coordine ese asunto con Banco X.

5°.- Banco... ha estado atento al desarrollo de su caso, lo ha ilustrado en detalle, fijó un plazo de quince días para conocer su decisión, le sugirió que se comunicara con

los doctores M... o J..., le puso de presente que la liberación del inmueble hipotecado es posible y solo depende de la cancelación del saldo a su cargo, y, en resumen, ha actuado con presteza y claridad, razones por las cuales nada más se le puede exigir porque el Banco... no puede gestionar el reintegro ante Banco X ni optar por uno de los dos alivios, esas son decisiones y cargas que a usted le corresponden.

### **Homebanking. Usuario Activador**

**Ref:- 05-1-44 121** (5 de diciembre de 2005)

El 19 de octubre de 2005 esta Defensoría recibió la carta por medio de la cual describe el itinerario de los hechos que al operar el Homebanking ocurrieron el 14 de octubre, entre los cuales el que parece más preocupante tiene que ver con la posibilidad de operar un Lote con código abierto, máxime si se tiene en cuenta que esas condiciones no se habían convenido con el banco.

Del escrito que acabo de mencionar le dimos traslado a Banco... para conocer su opinión sobre lo acontecido y sobre el contenido de su reclamo. Banco... analizó el caso con detenimiento y, basados tanto en la carta que contiene su queja, como en las explicaciones y los documentos que recibimos del banco hemos concluido que:

**1°.-** Del convenio suscrito entre X y Y se deriva que para acceder al servicio de transferencia electrónica de fondos, se surten tres etapas básicas:

- a.- La legalización del contrato.
- b.- La definición del número de la cuenta dispersora y la asignación de un código de convenio, el cual se configura bajo las condiciones acordadas con el cliente, código que se solicita cada vez que se envían pagos por este medio.
- c.- El ingreso del cliente vía INTERNET al Homebanking que se encuentra en la página del Banco www....

**2°.-** El 14 de Octubre de 2005, Procesó el pago de su nómina a través de lote número **L02143** (Cuenta número 30...) activado el 11 de Octubre, específicamente **para el pago de nómina** (cuentas internas Banco...) y con configuración especial de costos; según la cual no se cobra el 100% de la comisión por transacción, siempre y cuando el lote maneje promedios superiores a \$40.000.000<sup>oo</sup>. La diferencia de este lote frente al **Lote L01668** asignado con anterioridad, el 15 de Julio de 2005, **para pago a proveedores** y con tarifa plena, radica en que el lote más reciente, el L02143 l permite que ... retire el 100% del saldo total disponible en sus cuentas, lo

que no se podría hacer a través del Lote L01668, que se estructuró para el pago a los proveedores y con tarifa plena.

3°.- Como para el manejo del **lote L01668**, ... la había escogido o designado a usted como *usuaria activadora* (quien aprueba mediante una clave las transferencias electrónicas de fondos), el sistema le solicitó la autorización de los traslados. No obstante, en el **Lote L02143**, que -repetimos- estaba habilitado específicamente para el pago de nómina, se creó la opción de aplicación automática, la que no requiere aprobación del usuario activador y permite que el traslado se cumpla automáticamente. Por estas razones ... efectuó el traslado a las 2:00 p.m. del 14 de octubre de 2005 y en ese momento, como consecuencia de lo antedicho, no apareció en el sistema la necesidad de aprobación alguna.

4°.- Banco... dice que durante el proceso de capacitación que imparte a sus clientes antes de activar o poner en marcha estos servicios, explica la necesidad de que el cuentacorrentista revise el saldo de la cuenta pagadora porque ese saldo queda afectado en línea directamente. Sin embargo, la *usuaria activadora*, quien aprueba mediante una clave las transferencias electrónicas de fondos (usted), se abstuvo de hacer esta consulta y hacia las 5:00 p.m. nuevamente envió el traslado.

5°.- Como el caso sucedió el viernes 14 de octubre del año en curso, el siguiente día hábil, es decir el 18 de octubre de 2005, el área de operaciones bancarias revisó el sistema y evidenció que el **lote L02143** se configuró con aplicación inmediata y por ello se hizo la modificación para que en adelante se maneje *con confirmación*, tal como se venía haciendo con el **lote inicial L01668**.

6°.- De igual manera, el área de convenios de Banco..., en coordinación con la Agencia Soacha, realizaron los procedimientos necesarios para reversar los múltiples abonos y reintegrar los dineros a la cuenta dispersora. En consecuencia, para el 31 de octubre de 2005 ya se había logrado materializar la totalidad de los reintegros.

7°.- En cuanto a la manifestación de ..., según la cual Banco... no bloqueó las cuentas, permitiendo el retiro del dinero por parte de los empleados de esa compañía, debemos poner de presente que Banco... no puede efectuar el bloqueo de una cuenta en virtud de la orden que le imparta un tercero, es decir, quien no es titular de la cuenta. No obstante lo anterior, con el fin de dar solución al caso, Banco... se comunicó con los titulares de las cuentas a fin que autorizaran el retiro y organizar el reintegro de la suma reclamada.

8°.- El 19 de octubre de 2005 se hizo la modificación del lote para que se maneje con clave autorizadora. Adicionalmente, el 21 de octubre del año en curso, Banco... le solicitó al asesor de *homebanking* que les ratificara o nuevamente les explicara a ustedes las condiciones de manejo de estos servicios.

Entendemos nosotros que Banco... ha actuado con la diligencia debida, ha tomado interés en atender su queja y ha adoptado las medidas que parecen oportunas, razones por las cuales damos por cerrado este caso, no sin antes advertirle que esta opinión no le obliga ni le impone cargas o limitaciones a los derechos de acción y queja que le reconocen las leyes.

### **Homebanking.**

#### **Retiros a través de Internet.**

**Ref:- 06-1-44- 083** (4 de julio de 2006)

La queja contiene una solicitud encaminada a obtener tanto el reintegro de los dineros que sin su intervención y por valor superior al millón de pesos fueron retirados a través de Internet, como el pago del lucro cesante y de los daños que se derivan de estos hechos.

1º.- Hemos tenido la oportunidad de verificar la existencia y particularidades del convenio de Homebanking suscrito entre usted y Banco..., del cual se desprende la posibilidad de acceder al servicio de transferencia electrónica de fondos.

2º.- De acuerdo con la copia del formato denominado *conformidad envío sobreflex Homebanking*, se puede afirmar que este fue recibido por usted.

3º.- El registro de las operaciones de Internet en el sistema corresponde a las cuentas del reclamante.

4º.- Los registros electrónicos de cada una de las transacciones objeto de la queja demuestran que todas se realizaron mediante el procedimiento establecido para el efecto. Es decir, se digitaron tanto el número de identificación como la clave de acceso, según consta en los registros electrónicos que tuvimos ocasión de verificar.

5º.- Cada una de las operaciones impugnadas se hizo con la validación del *PIN*<sup>1</sup> (clave<sup>2</sup>) asignada con las debidas seguridades.

6º.- Las operaciones analizadas no presentan mensajes de error.

---

1 Se denomina así por sus siglas en inglés (Personal Identification Number).

2 Corresponde a los dígitos que el cliente asigna para sus operaciones y necesariamente tiene que digitar para efectuar cualquier operación válida en un medio electrónico de pago. Es, de acuerdo con la ley, la firma digital del cliente, ya que sin ésta no es posible efectuar ninguna operación. Es un número de exclusivo conocimiento del cliente y conforme a lo pactado contractualmente entre las partes, es personal e intransferible.

7º.- La responsabilidad de la custodia del *código de acceso* para el manejo del Homebanking se encuentra en cabeza del titular de la cuenta, es decir, de usted.

8º.- Desde un punto de vista teórico, la prestación de este género de servicios supone conocimientos especializados en los funcionarios operativos de sistema y disponibilidad de mecanismos o instrumentos que garanticen niveles adecuados de seguridad. En concreto, esas exigencias las cumple el banco porque la plataforma tecnológica que Banco... ha organizado para la prestación de este género de negocios y servicios, desde el punto de vista de la seguridad, es adecuada porque:

a.- La información que se digita a través de la página de Internet es encriptada con la utilización del túnel VPN'S ente los servidores transaccionales (transactor –TAH) y el Host principal a 256 bits.

b.- Los datos suministrados por el cliente se protegen por un FIREWALL<sup>3</sup> *appliance* compuesto de hardware y software y un sistema de detección de intrusos (IDS), que operan 24 horas al día, durante los siete días de la semana y, adicionalmente también se protegen con el anti-Keylogger.

c.- Como elementos de protección se deben incluir, además, los programas antivirus<sup>4</sup>, anti spam<sup>5</sup> y anti phising<sup>6</sup> que Banco... utiliza en sus últimas versiones disponibles.

d.- Banco (...) cuenta con un esquema robusto y suficientemente elaborado para identificar los usuarios y los niveles de autorización para las transacciones de Banca Empresarial, que permite establecer diferentes niveles de autorización, de acuerdo con lo que cada organización disponga para atender sus necesidades. Estos instrumentos permiten que el cliente pueda contar con un adecuado y seguro esquema de asignación de usuarios y claves, para definir si son una o varias las personas legitimadas para dar la autorización que permita realizar cualquier transacción. Para las Personas Jurídicas, el banco le genera 2 claves de acceso que le permitirán al cliente definir y activar al interior de su organización el esquema de seguridad que más se acomode a sus necesidades.

En todos los casos el cliente se compromete a custodiar sus claves administrativas y a conservar las medidas de seguridad apropiadas. Por esta razón en estas operaciones hay dos usuarios administrativos: uno, el llamado *DEFINIDOR*, quien establece

---

3 El FIREWALL corresponde a las barreras de seguridades físicas y lógicas que posee un sistema para evitar el acceso indebido a intrusos.

4 Antivirus, es un programa o software que evita que virus informáticos ataquen un sistema de información.

5 Anti spam, es un programa o software que evita que se reciba correo denominado spam (ofertas no solicitadas).

6 Con esta modalidad de spam, se han hecho fraudes por solicitud de información confidencial a clientes en formatos falsos que el cliente por desconocimiento responde.

sobre qué cuentas se pueden efectuar operaciones, su cuantía y qué tipo de operaciones se pueden realizar; y otro usuario, el *ACTIVADOR*, que es quien activa o da vía libre para que se puedan realizar las instrucciones dadas por el definidor.

**9°.-** Las operaciones analizadas no presentan mensajes de error y no se hubiera podido efectuar ninguna operación sin el conocimiento del usuario y clave asignada por el cliente.

**10°.-** Hemos analizado el procedimiento que Banco... diseñó para el pago de servicios y sobre los controles transaccionales conviene señalar que el origen de la transacción, lo que a usted le puede interesar para los efectos penales o para lo que usted considere necesario, no lo pudimos conocer porque ese dato (IP) se considera confidencial pero no obstante ello se puede revelar en caso de denuncia penal.

**11°.-** Como es posible que el uso de los sistemas de tarjetas débito, con el cual hay relativa familiaridad entre los usuarios y clientes de los bancos, se confunda con el desarrollo del *homebanking-audio repuesta*, conviene aclarar que los dos servicios son completamente independientes y que los métodos para asignación de claves se desarrollan así:

**11.1.-** En el caso de la *tarjeta débito*: La tarjeta débito ofrece principalmente los servicios de retiros de efectivo en oficinas, en cajeros automáticos nacionales e internacionales, consulta de saldo en oficina, compras en establecimientos y pagos de servicios públicos en cajeros. Cabe señalar que para la entrega de la tarjeta débito y la clave es necesario que el cliente firme la solicitud correspondiente, en la cual debe registrar la huella dactilar. La oficina verifica que las mismas correspondan con las registradas en la tarjeta de registro de firmas. Si cumple con dichas condiciones, ubica en el cofre de seguridad el sobreflex correspondiente, registra en el libro la entrega del sobreflex y realiza la entrega del mismo y del plástico.

**11.2.-** En el caso del servicio *homebanking*:

Homebanking es un servicio de Banca Electrónica que permite al cliente del Banco... establecer una comunicación directa desde su computador personal con las bases de datos y sistemas del banco, a través de la red pública de Internet, facilitándole al cliente durante las 24 horas del día.

Cabe señalar que entre otros servicios a través del homebanking, se consultan saldos de cuentas corrientes o de ahorros, estado de créditos, consulta del manejo de tarjeta de crédito, pago de servicios públicos con las empresas que tienen convenio con Banco..., pago de obligaciones constituidas con el banco, etc.

Ahora bien, para utilizar el servicio de homebanking, el cliente debe haber solicitado previamente el servicio en la oficina radicadora de la cuenta y estar soportada con su firma y huella dactilar. La oficina además entrega al cliente el sobreflex de medios electrónicos, para lo cual hace firmar al cliente la planilla de “*control de entrega de sobreflex*” e imparte al cliente las medidas de seguridad que se deben conservar para el manejo de la clave de medios electrónicos de pagos.

**12°.-** No debe perderse de vista que el banco se ha interesado en advertirle a sus clientes que a pesar de las seguridades disponibles, existen riesgos de interceptación y uso fraudulento de la información, razones por las cuales se les insiste en que actúen con el más exigente sentido de privacidad de las claves, las que son personalísimas, deben protegerse como información secreta y son intransferibles.

Con base en lo antedicho hemos concluido que:

- a.- Entre Banco... y usted sí existe convenio para operar bajo el sistema de homebanking.
- b.- Banco... conserva los registros que permiten entender que usted está autorizado para operar a nombre de esa compañía bajo el sistema de homebanking.
- c.- Banco... no falló en los controles del sistema, puesto que no se violaron los valores máximos de operación.
- d.- A pesar de que el resultado final de estos negocios es desafortunado, en la prestación de los servicios que al banco le corresponden, en la existencia y funcionamiento de equipos adecuados y en el funcionamiento de programas de seguridad idóneos para este género de operaciones no hay defecto ni motivo alguno que permita afirmar que hubo negligencia de Banco... en la prestación del servicio o en sus sistemas de seguridad.
- e.- Desde el punto de vista técnico, las operaciones impugnadas no presentan ningún error y se realizaron mediante el procedimiento establecido para el efecto, para lo cual se utilizó la clave, sin que pueda pensarse que la tenencia de la tarjeta implique algún grado de seguridad porque estas transacciones no se desarrollan con el plástico ya que ese instrumento es innecesario para tal efecto.

En resumen, como Banco... no incurrió en falta o defecto alguno, no es posible acceder al reintegro que solicita y tampoco puede sugerírsele al banco un comportamiento distinto al que ha venido siguiendo, que es el adecuado para este tipo de casos, razones por las cuales procede el cierre de este asunto.

## La integración cooperativa (Historia de Banco) Competencia de la Defensoría y allanamiento de la entidad vigilada.

Ref:- 06-1-44-157 (20 de octubre de 2006)

La queja que recibimos el 9 de septiembre de este año, inmediatamente la pusimos en conocimiento de Banco... para solicitar algunos documentos que consideramos indispensables para este caso y para conocer sus puntos de vista.

Entendemos que su queja se explica porque como deudora de dos obligaciones vencidas, el 17 de abril de 2001 –después de saber que el banco no estaba dispuesto a reestructurar esos créditos– ofreció entregar el dación en pago un vehículo de su propiedad para cubrir los dos créditos antes mencionados y parcialmente los intereses, honorarios y gastos de cobranza. Casi diez meses después usted le entregó al banco el formulario de traspaso debidamente firmado, el original de la tarjeta de propiedad y el vehículo advirtiendo en ese momento que actuaba de tal manera *“con el fin de perfeccionar la venta de dicho automotor, esperando, que de acuerdo con lo acordado, el valor de esta transacción se utilice para cancelar totalmente las obligaciones que tengo con Banco... e igualmente ordenar la terminación del proceso judicial iniciado en mi contra.”* Casi cinco años después usted ha observado que la deuda parece que no recibió abono alguno, está vigente la mora, razones por las cuales solicita que (i) se le informe dónde están los dineros fruto de la venta a un funcionario del banco; (ii) se le dé noticia sobre el procedimiento que se utilizó para vender el vehículo; (iii) se expida el paz y salvo y, (iv) se actualicen los reportes ante las Centrales de Riesgos.

Con base en la carta que le dio origen a esta actuación, así como en los documentos y las explicaciones que recibimos del banco hemos concluido lo siguiente:

1º.- Banco... ha querido, como cuestión previa e indispensable para definir quién ostenta actualmente la calidad de acreedor en este caso, reconstruir antecedentes históricos que aunque públicos no son de fácil comprensión. Para tal propósito ha reseñado el itinerario de este negocio y, además, ha puesto de presente que:

- a.- El préstamo lo concedió Banco Cooperativo de Crédito y Desarrollo Social, Coopdesarrollo.
- b.- El antiguo Banco Cooperativo de Crédito y Desarrollo Social “Coopdesarrollo”, inició un proceso de integración cooperativa, con las entidades Cupocrédito, Coopsibaté y Bancoop, el cual se perfeccionó durante 1999.
- c.- Así las cosas, mediante escrituras públicas números 002 de 4 de enero de 1999 y 343 de 29 de marzo de 1999, ambas de la Notaría 43 de Bogotá, se perfeccionó el proceso de incorporación de las Cooperativas Coopsibaté y Cupocrédito al Banco Coopdesarrollo.
- d.- El proceso iniciado con Bancoop consistió en una cesión parcial de activos, pasivos, contratos y establecimientos de comercio y se perfeccionó el 4

de enero de 1999 mediante contrato suscrito entre esa entidad y Coopdesarrollo.

f.- De otra parte, con autorización impartida por la Superintendencia Bancaria, mediante Resolución 1757 de 30 de noviembre de 1999, Crecer S. A., Compañía de Financiamiento Comercial, llevó a cabo su conversión en Banco Comercial, el cual ahora y para todos los efectos se identifica con la denominación de Banco de Crédito y Desarrollo Social "Megabanco S.A.", o simplemente con la sigla Megabanco S.A. La Resolución antes citada se protocolizó en la escritura pública número 1743 de 30 de noviembre de 1999, otorgada en la Notaría 43 de esta ciudad, la cual fue debidamente inscrita en Cámara de Comercio de Bogotá el 1º de diciembre de 1999, bajo el número 705923 del Libro IX.

Sobre la naturaleza jurídica de Banco..., se advierte que es un establecimiento de crédito bancario constituido bajo la forma de sociedad comercial anónima.

g.- Previa autorización de la entonces Superintendencia Bancaria, impartida mediante Resolución 1758 de 30 de noviembre de 1999 y protocolizada en escritura pública número 1747 del 1º de diciembre de 1999 de la Notaría 43 del Círculo de Bogotá, el *Banco Cooperativo de Crédito y Desarrollo Social "Coopdesarrollo"*, cedió en forma parcial sus activos pasivos, contratos y establecimientos de comercio al *Banco de Crédito y Desarrollo Social*, adquiriendo éste último los derechos y obligaciones que tenía el *Banco Coopdesarrollo*, con el alcance y con las limitaciones previstas en el negocio antes descrito. Este acto jurídico quedó registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá bajo el número 706781 del Libro IX y afectó el certificado de existencia y representación legal del Banco de Crédito y Desarrollo Social "Megabanco S. A.", y bajo el número 706776 del Libro IX afectó el certificado de existencia y representación legal del *Banco Cooperativo de Crédito y Desarrollo Social "Coopdesarrollo"*.

h.- Por último, mediante escritura pública No. 1797 de 10 de diciembre de 1999, de la Notaría 43 de Bogotá D. C., inscrita en la Cámara de Comercio de esta ciudad el 15 de diciembre de 1999, bajo el número 8094 del Libro XIII, el *Banco Cooperativo de Crédito y Desarrollo Social "Coopdesarrollo"*, llevó a cabo una reforma de estatutos con autorización de la XL Asamblea General Extraordinaria de Delegados, transformándose en entidad de derecho privado, organismo cooperativo de segundo grado de carácter económico, institución auxiliar del cooperativismo y sin ánimo de lucro, la cual, para todos los efectos legales se denomina *Central Cooperativa de Desarrollo Social "Coopdesarrollo"*. Entidad que actualmente se encuentra en proceso de liquidación, ordenado por la Superintendencia de Economía Solidaria.

i.- Como consecuencia de los hechos descritos el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, el Banco Cooperativo de Crédito y Desarrollo So-

cial Coopdesarrollo, hoy Central Cooperativa de Desarrollo Social Coopdesarrollo en Liquidación, y Crecer S.A. Compañía de Financiamiento Comercial, hoy Banco de Crédito y Desarrollo Social, suscribieron un convenio Tripartito, en virtud del cual se estableció en el numeral 3.7 de la cláusula tercera que, una vez realizada la cesión parcial del Banco Coopdesarrollo S.A. Megabanco S.A., y llevado a cabo el saneamiento del balance del Banco de Crédito y Desarrollo Social Megabanco S.A., esta entidad quedaría obligada a transferir a un patrimonio autónomo los activos que fueron objeto de saneamiento.

j.- Así, mediante documento privado suscrito el 29 de diciembre de 1999, se celebró entre Megabanco S.A., Fiducrédito (hoy Helm Trust S.A.), Coopdesarrollo y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, un Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración, Venta de Activos y Pagos denominado “Fideicomiso Activos Megabanco”, el cual definió los términos y condiciones dentro de los cuales se llevaría a cabo la transferencia de activos que el Banco de Crédito y Desarrollo Social Megabanco S.A., debía realizar a favor de la Fiduciaria, a título de fiducia mercantil irrevocable, así como los términos y condiciones conforme a los cuales la Fiduciaria administraría los activos fideicomitidos, los enajenaría y destinaría los recursos del patrimonio autónomo para atender los derechos, responsabilidades y obligaciones asumidas por cada una de las partes.

k.- El 30 de diciembre de 1999, se suscribió un contrato de prestación de servicios profesionales entre el Banco de Crédito y Desarrollo Social Megabanco S.A. y la Fiduciaria de Crédito S.A. Fiducrédito (hoy Helm Trust), en virtud del cual Megabanco ejerce la administración, custodia y enajenación de los bienes y activos que integran el patrimonio autónomo *Fideicomiso Activos Megabanco* para representar judicial y extrajudicialmente ante cualquier persona natural o jurídica y/o autoridades de cualquier naturaleza al citado patrimonio autónomo.

Todo este complejo proceso se surtió, en desarrollo de lo que disponen los artículos 334 y 335 de la Constitución Política, a través de la Superintendencia Bancaria y del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras Fogafín, quienes hicieron uso de los institutos de salvamento y protección a la confianza pública consagrados en los artículos 113 y s.s. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero del Sistema Financiero.

2º.- En desarrollo de lo antedicho, el crédito a su cargo actualmente hace parte del *Patrimonio Autónomo*, no obstante lo cual Megabanco S.A., está legitimado para atender esta queja porque esa atribución se deriva del contrato de administración antes mencionado.

3º.- La obligación identificada con el número 4271005259, actualmente se encuentra al cobro dentro del proceso que cursa en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada.

4°.- Este crédito presenta un saldo que asciende a \$23.237.717.00 más los honorarios y costas judiciales correspondientes, según la liquidación que hizo el banco al pasado 30 de septiembre. Esta suma se discrimina así:

Capital:	\$ 9.012.332 <sup>00</sup>
Intereses:	\$ 14.225.385 <sup>00</sup>
<hr/>	
<b>Total:</b>	\$ 23.237.717 <sup>00</sup>

En todo caso la peticionaria deberá tener en cuenta el valor de honorarios y costas judiciales que se pudieren generar.

5°.- En relación con las inquietudes que usted ha expuesto sobre la venta o dación en pago de un vehículo, que es lo fundamental en este caso, el banco ha dicho lo siguiente: *“debemos aclarar que de conformidad con los documentos que figuran en la carpeta del crédito, no se observan documentos en los que se verifique la realización de alguna de estas dos operaciones.”* Para esta Defensoría es imposible inclinarse por uno u otro de los dos extremos de este negocio porque las dos afirmaciones le merecen credibilidad pero ninguna prevalece sobre la otra porque en las dos versiones carecen de pruebas o no las compartieron con nosotros. En consecuencia, sobre este punto concreto la Defensoría no tomará decisión y optará por sugerirle a las partes que se predispongan para reunirse e intercambiar la información que conocen, de tal modo que mejor ilustrado cada uno de los intervinientes definan lo que se ajuste a la verdad para ver si el banco reconoce la existencia de la dación en pago o si de identifican los elementos constitutivos de un delito y las dos partes colaboren en lo que les corresponda. La Defensoría considera que el banco debe comprometerse en lo que sea necesario para aclarar este asunto y confía en que si se establece que la dación en pago sí ocurrió, se declare extinguida la deuda. También entiende que si ello no se prueba, continúe el pleito en lo poco que queda pues ya se cumplió el remate.

6°.- El banco entiende que el vehículo fue dado en garantía y el deudor dice que lo entregó en dación en pago. Este punto es muy delicado porque, si hay una prenda, de ella debe haber constancia o prueba que no conocemos y que usted pudo controvertir en el juzgado. Es cierto que la prenda es consensual, pero si ese es el título que alega el banco no es ésta la hora de tacharlo ya que la oportunidad se dio en el proceso. En resumen, el banco recibió algunos dineros por medio de títulos judiciales que redimió y aplicó al crédito en Julio de 2002, tal y como consta en el histórico del banco.

7°.- En cuanto al estado de los reportes ante los bancos de datos de las centrales de riesgo, debemos mencionar que verificada la información que se registró en

Datacrédito y Cifín, la obligación identificada con el número 42..., figura reportada con la nota que dice: “*Está en mora 120 y Calificación “E”*”, reflejando su estado actual, ya que la deuda efectivamente presenta mora.

Como la obligación que es causa y razón de la queja que dio lugar a este concepto actualmente es objeto de un proceso ejecutivo que cursa en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 690 de 2003 este asunto está excluido de competencia de la Defensoría. Sin embargo, Banco... no ha reparado en ello y ha atendido la queja, pero como en este caso la Defensoría carece de elementos de juicio para inclinarse en uno u otro sentido, más que por la limitación legal a la que nos acabamos de referir, debe declarar que ante la Defensoría el caso ha concluido.

### **Libertad de horarios no es absoluta.**

**Los usuarios que ingresen antes del cierre serán atendidos.**

**Ref:- 08-1-43- 148** (8 de agosto de 2008)

1º.- Su queja se explica porque el Banco..., sucursal de Chiquinquirá, Boyacá, en varias oportunidades se negó a atender a los usuarios que se encontraban dentro de sus instalaciones al llegar la hora de cierre y por esa razón usted resultó perjudicado, debido a que no pudo recibir el pago de su salario en la fecha prevista y se vio obligado a volver en otro momento para repetir la cola y el proceso de espera. Además, usted dice que los funcionarios del banco asumieron una actitud dominante y arbitraria y en presencia de los ruegos de los clientes lo único que atinaban a decir era que estaban obedeciendo órdenes impartidas desde Bogotá, y en otras ocasiones aseguraban que el *sistema* estaba fallando.

2º.- En la carta que el Banco... nos hizo llegar el 31 de julio de 2008, explicó que todo el personal de la oficina de Chiquinquirá estaba enterado que en estos casos es necesario atender a todos los clientes que se encuentren dentro de las instalaciones del banco sin que el cierre implique el retiro de esas personas, a menos que se presenten hechos imprevisibles de índole tecnológica o de seguridad. Igualmente, el banco enumeró una serie de medidas que se han adelantado con el fin de mejorar la atención al público, entre las cuales está la posibilidad de que usted se vincule al Banco a través de una cuenta de ahorros que estaría exonerada de cuota de manejo de la tarjeta débito y que tendría la devolución del impuesto de los dos puntos del IVA por compras con la tarjeta en establecimientos comerciales, gracias al convenio existente entre el Banco... y la Gobernación de Boyacá. Así mismo, el Banco... de Colombia nos dijo que con la tarjeta débito se haría mucho más sencillo el retiro de su salario en cajeros automáticos que tienen un servicio las 24 horas del día sin necesidad de verificar el giro.

3º.- Considera esta Defensoría que las Instituciones Financieras son libres de establecer los horarios dentro de los cuales prestan servicios al público<sup>1</sup> (Cfr. Circular Básica Jurídica, Título II, capítulo 5, numeral 1.1; y la Circular Externa 022 de 2006) porque esa decisión depende de circunstancias que cada entidad deberá analizar para lograr el mejor desempeño según las costumbres y prácticas comerciales de cada región o de cada ciudad. Esta libertad ha sido reiterada en algunos conceptos de la Superintendencia Financiera de Colombia<sup>2</sup>. Ahora bien, lo anterior no quiere decir que esa libertad sea absoluta sino más bien que está limitada por los intereses de la comunidad y por los derechos del usuario<sup>3</sup>. Descendiendo al caso bajo estudio, está claro que si los usuarios ingresan antes de la hora de cierre, los funcionarios del banco están en la obligación de atenderlos a no ser que, tal como lo dice el banco, se presenten circunstancias de carácter técnico o de seguridad que impidan o aconsejen interrumpir la prestación del servicio. En conclusión, los funcionarios del Banco... en Chiquinquirá están desinformados o carecen de interés para acoger las instrucciones que sobre este particular les ha dado el banco.

### Competencia de la Superintendencia Financiera.

**Ref:- 06-1-44- 086** (4 de julio de 2006)

La Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyas funciones son de carácter eminentemente administrativo conforme a las cuales carece de competencia para dirimir conflictos propios del ámbito contractual o para establecer la responsabilidad civil que se deriva de acciones u omisiones dañosas. El tema ha sido analizado por el Consejo de Estado y ha dado lugar a que se diga que *“Respecto de la legalidad o puntualidad o regularidad como el banco cumpla con los negocios celebrados con su clientela, el superintendente sólo puede dar órdenes para evitar lo que contraría la ley pero no para revocar los actos de ejecución contractual...”*.

“...El Superintendente no puede ordenar ni directa ni indirectamente que tal perjuicio sea reparado, ni siquiera puede estimar si hubo o no perjuicio o si se cumplió bien o mal la obligación del contrato porque tal extensiva interpretación de sus facultades de vigilancia transformaría su función de administrativa en jurisdiccional.

*Importa puntualizar que la nota característica de la competencia que para vigilar los bancos tiene el superintendente, consiste en su capacidad para impedir que se ejecuten actos o hechos peligrosos y no la de ordenar que se*

1 Cfr. Circular Básica Jurídica, Título II, capítulo 5, numeral 1.1; y la Circular Externa 022 de 2006.

2 Pueden verse los conceptos 2007001579-001 del 28 de febrero de 2007 y 2007000601-001 del 25 de enero de 2007.

3 Así por ejemplo, la entidad financiera está sometida a un régimen de publicidad para la modificación de los horarios de atención al público.

*cumplan determinados actos o hechos, en especial aquéllos íntimamente vinculados con los contratos celebrados con la clientela o los que regulan las relaciones con los accionistas”.* (Sentencia del 12 de junio de 1975, expediente 2945, consejero ponente doctor Miguel Lleras Pizarro. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección cuarta del Consejo de Estado).

**La Colaboración de la entidad vigilada.  
Reconocer el error enaltece a los administradores.**

**Ref:- 06-85-28-04** (13 de julio de 2.006)

Con la presente le estamos enviando copia de la comunicación que preparamos para atender el caso de la referencia. Desde el punto de vista de la Defensoría, la comisionista ha actuado con la celeridad que es necesaria en este tipo de negocios y sin adoptar una posición contenciosa, con la sinceridad que es deseable en este tipo de compañías, ha asumido las consecuencias de su error. Para la Defensoría ese comportamiento enaltece a los administradores de ... y demuestra que las entidades que se comprometen en el mejoramiento del servicio al cliente ofrecen este tipo de respuestas, que, sin duda, las aprestigia y las hace confiables.

**La Colaboración de la entidad vigilada.  
Si el vigilado por la Superintendencia Financiera no colabora con la Defensoría, ella nada puede hacer.**

**Ref:- 06-1-44-166** (22 de octubre de 2006)

Deseamos ponerle de presente que a pesar de habérselo solicitado, el banco no nos ilustró sobre las condiciones que en esa entidad se aplican a las remesas; se abstuvo de explicar el fundamento contractual, fáctico o legal que lo legitima para el cobro de los cargos que rechaza el cliente; nada dijo sobre el momento en el que causan las comisiones y ninguna posición asumió sobre la negociación de esta remesa. Si las cosas sucedieron de otra manera, la conclusión tal vez sería distinta, pero careciendo de mejores elementos de juicio y ante el silencio del banco hemos de suponer que los hechos sucedieron como dice el quejoso.

**Exigencias inútiles resultan ilegales.  
Las Instituciones Financieras sólo pueden restringir el acceso a sus servicios por criterios objetivos y razonables.**

**Ref:- 08-1-43- 202** (25 de agosto de 2008)

1°.- Su queja se explica porque el Banco..., sucursal de El Colegio, Cundinamarca, se ha negado a abrir una cuenta de ahorros a nombre de la (...), ya que ha exigido

infinidad de requisitos para tal fin. En su queja ustedes enumeraron todos los documentos que han aportado, pero indicaron que hace falta una hoja de la resolución del año 1971, por medio de la cual el Ministerio de Agricultura reconoció la personería jurídica de la Asociación (...) y por esa razón no les han aprobado la apertura de la cuenta de ahorros. Por otra parte, ustedes explicaron en su queja que en el Ministerio de Agricultura se demoran tres meses para expedir una copia de la resolución.

Por todo lo anterior, La Asociación (...) se ha visto afectada puesto que la cuenta de ahorros es necesaria para que Acción Social consigne el dinero destinado al proyecto "*Flores exóticas mini cadenas productivas*". Su petición consiste en que se les informe cuál es el trámite necesario para que la Asociación (...) pueda abrir la cuenta de ahorros.

2°.- En la carta que Banco... nos hizo llegar el 19 de agosto de 2008, después de enumerar los requisitos necesarios para la apertura de cuentas por parte de asociaciones sin ánimo de lucro, explicó que debido a que la resolución que reconoce la personería jurídica de la Asociación (...) no está completa porque falta una hoja, no se puede continuar con el trámite de apertura de la cuenta de ahorros. En otras palabras, según el banco el texto íntegro de la mencionada resolución es indispensable para abrir la cuenta.

3°.- Considera esta Defensoría lo siguiente:

**3.1.-** Las Instituciones Financieras no deben restringir el acceso a sus servicios, teniendo como fundamento para tal decisión, criterios subjetivos o no razonables<sup>1</sup>. Si esto llegase a suceder se estaría violando el principio constitucional de la igualdad. En ese orden de ideas, la autonomía de la voluntad privada de la cual gozan las instituciones financieras para contratar, tiene como límite los derechos constitucionales de los usuarios, entre ellos el de igualdad. Este postulado ha sido reiterado en algunos conceptos de la SFC y de la Superintendencia Bancaria<sup>2</sup>.

**3.2.-** Según la sentencia T-468 de 2003, lo antedicho no significa que las entidades financieras deban contratar automáticamente con todas las personas que requieran sus servicios, porque si así fuera el núcleo esencial del derecho a la libertad económica y por esa vía la libertad de contratación (art. 1602 del CC) se verían afectados de manera desproporcionada.

---

1 Cfr. Constitución Política (art. 13), sentencias de la Corte Constitucional T-1165 de 2001 reiterada en la sentencia T-468 de 2003, Circular Básica Jurídica, Título I, Capítulo 6, numeral 6 y la Circular Externa 023 de 2005.

2 Pueden verse los conceptos 2007017233-001 del 11 de mayo de 2007 y 2004063698-2 del 9 de diciembre de 2004.

**3.3.-** Descendiendo al caso bajo estudio, podemos decir que la exigencia que ha hecho Banco... , consistente en obtener copia íntegra del documento que acredite la existencia de la Asociación (...), es razonable y objetiva. En efecto, siguiendo la sentencia atrás citada podemos decir que en los contratos que celebran las instituciones financieras con sus clientes los atributos de cada individuo importan mucho *“precisamente en atención a la preponderancia de las calidades personales de quienes contratan con los bancos”*<sup>3</sup> y para verificar esas cualidades de carácter personalísimo y simultáneamente para evitar los riesgos en los cuales pueden incurrir las instituciones financieras al contratar con personas jurídicas sobre cuya existencia y representación no tienen certeza, el banco ha establecido algunas exigencias entendibles, útiles y válidas dentro de ese contexto. En el presente caso, con la exigencia del banco se están evitando algunos o parte de los denominados riesgos legales que son *“Aquellos vinculados con los posibles multas, responsabilidades penales y sanciones administrativas impuestas por las autoridades de control, como consecuencia de la ausencia de la debida diligencia en el momento de identificar clientes y en la prestación corriente de sus servicios”*<sup>4</sup>.

**3.4.-** Parece que la exigencia relacionada con la entrega de una copia de la resolución antes mencionada no obedece a un capricho del Banco..., sino que, por el contrario, responde a una exigencia legal. Sin embargo, vistas las cosas con cuidado se concluye que esta exigencia en concreto es inútil e innecesaria porque si lo que el banco desea es que el interesado demuestre la existencia y la representación legal de la Asociación (...), no es la copia de esa resolución el documento idóneo para tal propósito porque según el artículo 10 del decreto 2716 de 1994, *“Para todos los efectos legales será prueba de la existencia y representación legal de una asociación agropecuaria campesina, la certificación que en tal sentido expida la Oficina Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o la Secretaría de Gobierno respectiva, según el caso”*.

En síntesis, el Banco... está obligado a determinar con certeza la identidad de sus potenciales clientes y si el mecanismo o documento idóneo en este caso no es la resolución que concedió la personería jurídica, exigirla nada prueba y como de nada sirve, condicionar la apertura de la cuenta de ahorros a esa exigencia es someter al cliente potencial al capricho de un funcionario porque para lo que se quiere bastaría otro documento; el certificado que expida el *Secretario General del Ministerio de Agricultura*. En resumen, lo que el banco pide o exige en este caso ni es necesario ni es útil y por esa razón termina siendo una exigencia innecesaria de las que censura la Corte Constitucional en la Sentencia T-468.

3 Cfr. Sentencia T-468 de 2003.

4 Ibídem. Ver además el Concepto 2008009451-001 del 2 de abril de 2008, de la Superintendencia Financiera de Colombia.

**Los adultos mayores deben recibir un trato preferencial, sean o no clientes.****Ref.- 08-1-43-228** (10 de octubre de 2008)

1°.- Su queja se explica porque:

1.1.- El martes 2 de septiembre del año en curso, usted se dirigió al banco a hacer una transacción originada por cuota de alimentos en virtud de un recaudo judicial, debido a que esta entidad es la única autorizada para tales efectos en su ciudad. Pero tras hacer un turno de una hora y cuarenta minutos, le reclamó al cajero que la atendió sobre los motivos por los cuales no atendían a los usuarios de la fila en la que usted se encontraba y éste le respondió que *“sólo atendían de forma preferencial a los socios de la entidad”*.

1.2.- A pesar de su molestia y cansancio, quiso solicitar información con unos funcionarios de la oficina, pero le indicaron que la persona que podría atender su queja era el gerente. Después de esperarlo por más de 20 minutos, cuando por fin logró atenderla, usted le explicó las razones de su inconformismo y cuando le inquirió sobre la veracidad de la respuesta del cajero, el gerente le respondió que esas eran *“las políticas del banco”* y que tenían que *“darle trato preferencial a nuestros clientes, que son los que nos generan dividendos; así son los negocios y así es este mundo en que vivimos, los demás tienen que esperar; además hora y 40 minutos no es mucho tiempo, hay personas que tienen que esperar más de dos horas y no se quejan”*. Entonces usted quiso saber si no había opción de que los adultos mayores fueran atendidos de forma preferencial y él le preguntó su edad. Cuando usted le respondió que tenía 66 años, asegurándole que cada mes tenía que hacer esta operación, él le sugirió: *“dígame a alguien de abajo o al subgerente que le ayude, dígame que está enferma”*.

1.3.- Usted asegura que salió afectada por esta clase de respuestas que la decepcionaron, en especial cuando para usted resulta claro que existen muchas personas en la misma situación y que por distintas razones deciden no hacer ningún tipo de reclamo, facilitando con esta actitud que sean atropellados sus derechos.

2°.- En comunicación que recibimos el 24 de septiembre del año en curso el banco nos puso de presente que:

2.1.- De acuerdo con la información remitida por la Coordinación SIG de la Regional Oriental, el Director de la Oficina de Sogamoso lamentó lo ocurrido. Sin embargo, afirma que estos inconvenientes se ocasionaron por el alto número

de personas que en desarrollo de varios *Programas-Convenios* el día de los hechos se presentaron en el banco. En esa ocasión coincidieron los trámites ordinarios con el pago de pensionados de: el ISS; FOPEP; la nómina del Magisterio y la nómina de la Secretaría de Educación de Boyacá. Esta concurrencia de personas y de programas hizo que se presentara una seria congestión dentro del *hall* bancario, lo que dificultó la pronta atención al público y la generó consecuente incomodidad del público en general.

**2.2.-** La demora en la atención del Director se produjo porque en el momento en que usted lo requería, él se encontraba atendiendo clientes (solicitantes o deudores) de crédito, quienes igualmente estaban en turno de espera.

**2.3.-** Como las circunstancias descritas no justifican la postergación de los servicios que demandan las personas de la tercera edad el banco dio las instrucciones del caso al Director de la Oficina de Sogamoso para que tomara las acciones tendientes a mejorar el servicio y para que se le dé prioridad a los clientes o usuarios que deseen manifestarse a través de peticiones, quejas o reclamos, con el fin de abrirles un espacio y atender prontamente sus solicitudes.

**3°.-** La Defensoría del Cliente considera que:

**3.1.-** En principio y en gracia de discusión podría afirmarse que los bancos tienen la facultad de establecer un trato preferencial a favor de sus clientes ordinarios, lo cual no sólo constituye un incentivo para ellos sino el reconocimiento que se les otorga a propósito del trámite en cada una de las operaciones del banco. Empero, esta circunstancia no puede obviar el hecho de que existen personas cuyo trato preferencial ya no es el resultado de estrategias comerciales o de la cortesía sino de constituye un deber de imperioso cumplimiento, dadas las características que implica su condición. Por lo tanto, no resulta admisible un trato diferenciado cuando las condiciones materiales entre los sujetos son equiparables, pero cuando un individuo o una comunidad está en condiciones menos favorables, nuestro ordenamiento jurídico ha dispuesto ciertos instrumentos para compensar su condición de vulnerabilidad. Tal como lo explicó la Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-838 de 2003 el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política *“exige que las autoridades públicas apliquen un trato igual entre iguales y desigual entre desiguales, esto último con base en una justificación objetiva y razonable y para lograr el propósito de? que la igualdad sea material, es decir, real y efectiva, y no sólo formal. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que el otorgamiento de un trato desigual debe cumplir unos requisitos que son la existencia de un fin legítimo o válido a la luz de la Constitución y la utilización de un medio adecuado o idóneo? y proporcio-*

nado, esto es, que no sacrifique derechos, principios o valores constitucionales de mayor importancia, para la consecución de dicho fin<sup>1</sup>". Esto quiere decir que "la igualdad debe predicarse respecto iguales", sin que ello suponga discriminación alguna. En consideración a lo antes expuesto, si usted es adulto mayor, debe recibir un trato preferencial independientemente de que sea cliente o usuaria del banco, lo cual implica que el banco no la puede someter a filas o a turnos de segunda o tercera importancia porque los primeros lugares los reserva para atender a sus clientes ordinarios.

**3.2.-** El banco debe recordar que cuando la Ley 1117 habla de la "ventanilla preferencial" se está refiriendo a un instrumento que dentro de la organización de los servicios masivos garantice el privilegio para los adultos mayores. El artículo 9° de la Ley 1117 de 2.007 dice que "Las entidades públicas que tengan servicio de atención al público, deberán establecer dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente ley, una ventanilla preferencial para la atención a las personas mayores de 62 años con el fin de facilitar y agilizar las gestiones que realicen."

**3.3.-** Todo da a entender que la buena voluntad de Director de la oficina ha sido superada por las exigencias que a un mismo tiempo y con razón hace el gran número de personas que en desarrollo de los convenios de pagos concurren a cobrar sus mesadas pensionales y desbordan la capacidad de respuesta de la oficina, lo que no es resultado de la negligencia, el descuido o la mala voluntad de los funcionarios que trabajan en esa agencia sino más bien falta de previsión de las Vicepresidencias u Oficinas especializadas dentro del banco que durante los días de mayor demanda en esas oficinas deberían poner al servicio del público un mayor número de funcionarios temporales o lo que su experiencia aconseje para lograr que los servicios ordinarios fluyan al ritmo que es usual sin afectar los servicios extraordinarios y sin desconocer los privilegios que las leyes exigen para los adultos mayores.

**3.4.-** Sin perjuicio de las consideraciones antedichas, esta Defensoría ve con buenos ojos el interés con el que el banco investigó los hechos que fundaron su queja y la forma en que atendió su reclamación.

---

1 Ver entre otras, las sentencias C-773 de 1998, C-337 de 1997 y C-022 de 1996.

## 6. GRAVÁMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS

### Cuentas exentas.

#### Marcación de la cuenta.

Ref:- 05-1-44-006 (12 de julio de 2005)

La solicitud que usted radicó el 21 de junio que acaba de pasar, encaminada a conocer las bases “*del funcionamiento y manejo del impuesto del cuatro por mil*” dio lugar a que de su inquietud le diéramos traslado a Banco..., entidad que la semana pasada nos hizo llegar su respuesta, junto con el reglamento de ahorros y del contrato que usted suscribió en julio de 2003, al materializar la apertura de la cuenta de ahorros N° 21.... Con base en estos documentos podemos comunicarle lo siguiente:

1°.- El gravamen a los movimientos financieros –GMF– es exigible desde el 1° de enero de 2001, porque así lo dispuso la Ley 633 del 29 de diciembre de 2000. El hecho generador del impuesto lo constituye la realización de transacciones financieras mediante las cuales se disponga de la totalidad o parte de los recursos depositados en cuentas corrientes o cuentas de ahorros, depósitos bancarios de cualquier clase o por el libramiento de cheques de gerencia. Para estos efectos la expresión “*transacciones financieras*” comprende toda operación de retiro en efectivo, mediante cheque, con talonario, con tarjeta débito en cajero electrónico, mediante puntos de pago, notas débito o mediante cualquiera otra modalidad que implique disposición de recursos existentes en cuentas de depósitos corrientes o de ahorros.

2°.- Según lo que dispone el numeral 1° del Artículo 879 del Estatuto tributario, se encuentran exentos de este gravamen los retiros efectuados sobre cuentas de ahorros destinados únicos y exclusivamente a la financiación de vivienda y en el transcurso del el año gravable el valor de la exención no podrá exceder el 50% del salario mínimo mensual vigente que se aplicará proporcionalmente y en forma no acumulativa sobre los retiros mensuales efectuados por el titular de la cuenta. Para los efectos relacionados con la exención del GMF, los dineros captados a través de esas cuentas de ahorro deben destinarse exclusivamente a la financiación de vivienda.

3°.- Su cuenta no está “*marcada como exenta*” del GMF y en relación con ella no se dan las condiciones que generan la exención que ha dado lugar esta carta.

## Cuentas exentas.

Ref:- 05-1-2-020 (25 de julio de 2.005)

1º.- Su queja se origina en la solicitud que le hizo al Banco... para que no le retuvieran el “cuatro por mil” –GMF– porque los desembolsos que se tramitan por su cuenta no superan el límite legal y esa circunstancia, según lo que disponen los artículos 5,6,8, y 13 de la Ley 879 lo legitiman para obtener el beneficio. Un segundo tema parece mencionado en su carta y es el que tiene que ver con el funcionario que lo atendió, le puso un sello a su carta y le devolvió tanto el original como la copia, sin dar ni ofrecer respuesta alguna a su solicitud. A los dos temas haremos referencia más adelante.

2º.- Sobre lo primero, lo relacionado con el GMF, debemos tener en cuenta que:

2.1.- Este gravamen es exigible desde el 1º de enero de 2001, porque así lo dispuso la Ley 633 del 29 de diciembre de 2000.

2.2.- El hecho generador del impuesto lo constituye la realización de transacciones financieras mediante las cuales se disponga de la totalidad o parte de los recursos depositados en cuentas corrientes o cuentas de ahorros, depósitos bancarios de cualquier clase o por el libramiento de cheques de gerencia. Para estos efectos la expresión “*transacciones financieras*” comprende toda “disposición de recursos provenientes de cuentas corrientes, de ahorro, o de depósito que implique entre otros: retiro en efectivo mediante cheque, talonario, tarjetas débito, cajero electrónico, puntos de pago, notas débito o a través de cualquier otra modalidad, así como los movimientos contables en los que se configure el pago de obligaciones o el traslado de bienes, recursos o derechos a cualquier título, incluidos los realizados sobre carteras colectivas y títulos, o la disposición de recursos a través de contratos o convenios de recaudo a que se refiere este artículo. Esto incluye los débitos efectuados sobre los depósitos acreditados como ‘saldos positivos de tarjetas de crédito’ y las operaciones mediante las cuales los establecimientos de crédito cancelan el importe de los depósitos a término mediante el abono en cuenta”. (Cfr. artículo 45 de la Ley 788 del 27 de diciembre de 2.002, que vino a adicionar el artículo 871 del Estatuto Tributario, y que también modificó el parágrafo del citado artículo 871).

2.3.- El artículo 875 del Estatuto Tributario, cuyo primer inciso fue modificado por el Art. 46 de la Ley 788 dice que los sujetos pasivos del GMF son los usuarios y clientes de las entidades vigiladas por las Superintendencias Bancaria, de Valores o de Economía Solidaria; así como las entidades vigiladas por estas mismas Superintendencias, incluido el Banco de la República. El inciso segundo precisa que “*Cuando se trate de retiros de fondos que manejen ahorro colectivo, el sujeto pasivo será el ahorrador individual beneficiario del retiro.*”

**2.4.-** El gravamen a los movimientos financieros es un impuesto instantáneo y se causa en el momento en que se produzca la disposición de los recursos objeto de la transacción financiera. (*Cfr. Art. 873 del Estatuto tributario*).

**2.5.-** La base gravable del gravamen a los movimientos financieros estará integrada por el valor total de la transacción financiera mediante la cual se dispone de los recursos. (*Cfr. Art. 874 del Estatuto Tributario*).

**2.6.-** Según lo que dispone el artículo 879 del Estatuto Tributario, se encuentran exentas del gravamen a los movimientos financieros:

a.- Los retiros efectuados de las cuentas de ahorro destinadas exclusivamente a la financiación de vivienda. La exención no podrá exceder en el año fiscal del cincuenta por ciento (50%) del salario mínimo mensual vigente y se aplicará proporcionalmente en forma no acumulativa sobre los retiros mensuales efectuados por el titular de la cuenta. El gobierno expedirá la reglamentación correspondiente.

La exención se aplicará exclusivamente a una cuenta de ahorros por titular y siempre y cuando pertenezca a un único titular. Cuando quiera que una persona sea titular de más de una cuenta de ahorros en uno o varios establecimientos de crédito, deberá elegir aquella en relación con la cual operará el beneficio tributario aquí previsto e indicárselo al respectivo establecimiento. (*Este numeral fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1107 oct. 24/2001*).

b.- Los traslados entre cuentas corrientes de un mismo establecimiento de crédito, cuando dichas cuentas pertenezcan a un mismo y único titular que sea una sola persona. (*Este numeral fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1297 dic. 6/2001*).

c.- Las operaciones que realice la Dirección del Tesoro Nacional directamente o a través de los órganos ejecutores, incluyendo las operaciones de reporto que se celebren con esta entidad y el traslado de impuestos a dicha dirección por parte de las entidades recaudadoras; así mismo, las operaciones realizadas durante el año 2001 por las tesorerías públicas de cualquier orden con entidades públicas o con entidades vigiladas por las Superintendencias Bancaria o de Valores, efectuadas con títulos emitidos por Fogafín para la capitalización de la banca pública.

d.- Las operaciones de liquidez que realice el Banco de la República, conforme a lo previsto en la Ley 31 de 1992.

e.- Los créditos interbancarios y la disposición de recursos originada en operaciones de reporto y operaciones simultáneas sobre títulos materializados o desmaterializados, realizados exclusivamente entre entidades vigiladas por las superintendencias Bancaria o de Valores, entre éstas e intermediarios de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios o entre

dichas entidades vigiladas y la Tesorería General de la Nación y las tesorerías de las entidades públicas, para equilibrar defectos o excesos transitorios de liquidez.

Respecto de las operaciones simultáneas, lo previsto en el presente numeral se aplicará cuando el término de las mismas no supere los tres meses contados a partir de la fecha de su iniciación. *(Este numeral fue modificado por el artículo 48 de la Ley 788 de 2002).*

f.- Las transacciones ocasionadas por la compensación interbancaria respecto de las cuentas que poseen los establecimientos de crédito en el Banco de la República.

g.- Las operaciones de compensación y liquidación de los depósitos centralizados de valores y de las bolsas de valores sobre títulos desmaterializados, y los pagos correspondientes a la administración de valores en dichos depósitos.

h.- Las operaciones de reporto realizadas entre el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, Fogafín, o el Fondo de Garantías de Instituciones Cooperativas, Fogacoop con entidades inscritas ante tales instituciones.

i.- El manejo de recursos públicos que hagan las tesorerías de las entidades territoriales.

j.- Las operaciones financieras realizadas con recursos del sistema general de seguridad social en salud, de las EPS y ARS *(diferentes a los que financian gastos administrativos)*, del sistema general de pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, de los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987 y del sistema general de riesgos profesionales, hasta el pago a las instituciones prestadoras de salud, IPS, o al pensionado, afiliado o beneficiario, según el caso.

También quedarán exentas las operaciones realizadas con los recursos correspondientes a los giros que reciben las IPS (instituciones prestadoras de servicios) por concepto de pago del POS (plan obligatorio de salud) por parte de las EPS o ARS hasta en un 50%. *(Este numeral fue modificado por medio del artículo 48 de la Ley 788 de 2002 y el texto que aparece entre paréntesis y en cursivas fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-824 del 8 de agosto de 2004. En Sentencia C-1297 del 6 de diciembre del mismo año, la Corte Constitucional confirmó la exequibilidad de los otros apartes).*

k.- Los desembolsos de crédito mediante abono en la cuenta o mediante expedición de cheques, que realicen los establecimientos de crédito.

l.- Las operaciones de compra y venta de divisas efectuadas a través de cuentas de depósito del Banco de la República o de cuentas corrientes, realizadas entre intermediarios del mercado cambiario vigilados por las superintendencias Bancaria o de Valores, el Banco de la República y la Dirección del Tesoro Nacional.

Las cuentas corrientes a que se refiere el anterior inciso deberán ser de utilización exclusiva para la compra y venta de divisas entre los intermediarios del mercado cambiario.

m.- Los cheques de gerencia cuando se expidan con cargo a los recursos de la cuenta corriente o de ahorros del ordenante, siempre y cuando que la cuenta corriente o de ahorros sea de la misma entidad de crédito que expida el cheque de gerencia.

n.- Los traslados que se realicen entre cuentas corrientes y/o de ahorros abiertas en un mismo establecimiento de crédito a nombre de un mismo y único titular.

La indicada exención se aplicará también cuando el traslado se realice entre cuentas de ahorro colectivo y cuentas corrientes o de ahorros que pertenezcan a un mismo y único titular, siempre y cuando estén abiertas en el mismo establecimiento de crédito.

De acuerdo con el reglamento del Gobierno Nacional, los retiros efectuados de cuentas de ahorro especial que los pensionados abran para depositar el valor de sus mesadas pensionales y hasta el monto de las mismas, cuando éstas sean equivalentes a dos salarios mínimos o menos.

o.- Las operaciones del fondo de estabilización de la cartera hipotecaria, cuya creación se autorizó por el artículo 48 de la Ley 546 de 1999, en especial las relativas a los pagos y aportes que deban realizar las partes en virtud de los contratos de cobertura, así como las inversiones del fondo. *(Este numeral fue adicionado al artículo 879 del Estatuto Tributario por medio del artículo 48 de la Ley 788 de 2002).*

p.- Las operaciones derivadas del mecanismo de cobertura de tasa de interés para los créditos individuales hipotecarios para la adquisición de vivienda. *(Este numeral fue adicionado al artículo 879 del Estatuto Tributario por medio del artículo 48 de la Ley 788 de 2002).*

q.- Los movimientos contables correspondientes a pago de obligaciones o traslado de bienes, recursos y derechos a cualquier título efectuado entre entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o de Valores, entre éstas e intermediarios de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios o entre dichas entidades vigiladas y la Tesorería General de la Nación y las tesorerías de las entidades públicas, siempre que correspondan a operaciones de compra y venta de títulos de deuda pública. *(Este numeral fue adicionado al artículo 879 del Estatuto Tributario por medio del artículo 48 de la Ley 788 de 2002).*

r.- Los movimientos contables correspondientes a la compensación derivada de operaciones de reaseguro. *(Este numeral fue adicionado al artículo 879 por el artículo 126 de la Ley 812 de 2003 y declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-305/04).*

Parágrafo primero:- El gravamen a los movimientos financieros que se genere por el giro de recursos exentos de impuestos de conformidad con los tratados, acuerdos y convenios internacionales suscritos por el país, será objeto de devolución en los términos que indique el reglamento.

Parágrafo Segundo:- Para efectos de control de las exenciones consagradas en el presente artículo, las entidades respectivas deberán identificar las cuentas en las cuales se manejen de manera exclusiva dichas operaciones, conforme lo disponga el reglamento que se expida para el efecto. En ningún caso procede la exención de las operaciones señaladas en el presente artículo cuando se incumpla con la obligación de identificar las respectivas cuentas, o cuando aparezca más de una cuenta identificada para el mismo cliente”. *(Este parágrafo fue adicionado al artículo 879 del Estatuto Tributario por medio del artículo 48 de la Ley 788 de 2002).*

**2.7.-** Según lo que dispone el numeral 1º del Artículo 879 del Estatuto Tributario, se encuentran exentos de este gravamen “los retiros efectuados de cuentas de ahorros destinadas única y exclusivamente a la financiación de vivienda”, caso en el cual en el transcurso del año gravable el valor de la exención no podrá exceder el 50% del salario mínimo mensual vigente que se aplicará proporcionalmente y en forma no acumulativa sobre los retiros mensuales efectuados por el titular de la cuenta. Por cuanto esta exención es la que le interesa a la mayoría de clientes del sector financiero, recapitulando podemos subrayar que para tal efecto es necesario tener en cuenta que:

- a.- Los dineros captados a través de esas cuentas de ahorro deben destinarse por el banco exclusivamente a la financiación de vivienda.
- b.- En el transcurso del año gravable el valor de la exención no podrá exceder el 50% del salario mínimo mensual vigente que se aplicará proporcionalmente y en forma no acumulativa sobre los retiros mensuales efectuados por el titular de la cuenta.
- c.- La exención sólo se aplicará a una cuenta de ahorros por titular, siempre y cuando pertenezca a un único titular, lo cual implica que se le negará a las cuentas conjuntas y a las cuentas colectivas.
- d.- Como es posible que una persona sea titular de más de una cuenta de ahorros en uno o varios establecimientos de crédito, si se dan las otras condiciones ese ahorrador deberá elegir cuál es la cuenta en relación con la cual operará el beneficio tributario aquí previsto y, como es obvio, deberá indicárselo al respectivo establecimiento.
- e.- Como es apenas lógico suponerlo, para efectos de control de las exenciones consagradas en el sistema tributario las entidades financieras deberán identificar (o “marcar” como dicen ellas) las cuentas en las cuales se manejen de manera exclusiva dichas operaciones.

**2.8.-** Entendemos nosotros que en el caso del Banco... en algún momento el valor total de la cartera que se destinaba a la financiación de vivienda resultó inferior al saldo total de las cuentas que se beneficiaban de la exención y por ese motivo, en obediencia a lo que manda el artículo 5° del Decreto 449 de 2.003, reglamentario del numeral 1° del artículo 879 del E.T., el banco estaba obligado a efectuar “*los ajustes pertinentes...*”, circunstancia que más adelante, cuando el banco no pudo o no quiso lograr el equilibrio antes mencionado, dio lugar a que esa entidad financiera tomara “*la decisión de no continuar otorgando (sic) la exención a las cuentas de ahorros...*”, (oficio 941-T-001799-05, del 27 de junio de 2005). Por ese motivo:

- a.- A partir del 24 de diciembre de 2.004 (Boletín extraordinario N° 963-22-335), en el Banco... ninguna cuenta de ahorros, sin que importe la fecha de su apertura, se puede registrar como exenta del gravamen a los movimientos financieros (GMF).
- b.- Esta decisión sólo admite una excepción: la de las cuentas de ahorros de las que su titular es un pensionado. (Boletín extraordinario N° 963-22-335).
- c.- Las cuentas marcadas como exentas después del 24 de diciembre debieron ser desmarcadas porque así lo dispuso la administración del banco. (Boletín extraordinario N° 963-22-335). En consecuencia, los funcionarios de las diversas oficinas del banco debían abstenerse de entregar y/o tramitar los formularios que se diseñaron para solicitar la exención.

**2.9.-** La cuenta de su interés se abrió el 3 de febrero de este año y en el cuadro que dentro del formulario de apertura se relaciona con la “*actividad económica*” del solicitante, el escrito de su puño y letra dice: “*independiente (mecánico eléctrico)*”, circunstancia que nada aclara para los efectos de esta opinión y de su queja porque en términos generales un ahorrador bien puede ser independiente pero también puede ser pensionado o siendo independiente puede tener una cuenta de ahorros destinada única y exclusivamente a la financiación de vivienda. Así las cosas, todo parece indicar que ni usted ni el banco precisaron los datos que podrían haber generado la exención.

**2.10.-** En síntesis, el concepto del suscrito Defensor se resume así:

**a.- Para las cuentas de ahorros destinadas única y exclusivamente a la financiación de vivienda:**

- 1.- La exención es un beneficio concedido por el Estado, que el banco no puede condicionar ni negar cuando a él hubiere lugar y que tampoco puede extender a casos no contemplados por el legislador. Por ello, la concepción que inspira la comunicación 941-T-001799-05 es, por lo menos inadecuada y bien haría el banco en revisarla para dejar en claro que ese beneficio no es favor, estímulo ni cosa que dependa del banco.

2.- Si en un caso concreto la exención es procedente, el beneficiario debe identificar la cuenta, y por ello cuando aparezca más de una cuenta identificada para el mismo cliente, la exención no será posible.

3.- La exención trata de estimular las cuentas de ahorros destinadas única y exclusivamente a la financiación de vivienda, caso en el cual en el transcurso del año gravable el valor de la exención no podrá exceder el 50% del salario mínimo mensual vigente que se aplicará proporcionalmente y en forma no acumulativa sobre los retiros mensuales efectuados por el titular de la cuenta.

4.- La exención se extiende a los traslados que se realicen entre cuentas corrientes y/o de ahorros abiertas en un mismo establecimiento de crédito a nombre de un mismo y único titular. Esta exención también se aplicará cuando el traslado se realice entre cuentas de ahorro colectivo y cuentas corrientes o de ahorros que pertenezcan a un mismo y único titular, cuando estén abiertas en el mismo establecimiento de crédito.

**b.- Para las cuentas de ahorro especial que los pensionados abran para depositar el valor de sus mesadas pensionales:**

1.- La exención se aplica sobre los retiros efectuados de esas cuentas y hasta el saldo de las mismas, cuando no exceda de salarios mínimos.

2.- En estos casos el cuantahorrista debe identificar la cuenta y de ello debe darle noticia al banco.

3.- Sin esta diligencia el banco no puede suponer que la cuenta genera o no la exención y deberá tratarla como cuenta ordinaria, excluida por ello mismo del beneficio tributario.

**c.- En este caso concreto:**

1.- Como en el cuadro que dentro del formulario de apertura se relaciona con la "actividad económica" del solicitante, el escrito de su puño y letra dice: "independiente (mecánico eléctrico)", esa precisión no contiene los datos que le hubieran dado a entender al banco que la cuenta estaba exenta porque, como ya se dijo, en términos generales un ahorrador bien puede ser independiente pero también puede ser pensionado o siendo independiente puede tener una cuenta de ahorros destinada única y exclusivamente a la financiación de vivienda. Así las cosas, el banco no recibió la información necesaria para evaluar la procedencia de la exención a la que se refiere este concepto y al someter la cuenta al régimen general actuó como legalmente era exigible.

2.- Es muy claro que usted ha tratado este tema con el banco pero ninguno de los dos extremos, el remitente y el destinatario, se ha interesado en aclarar la razón por la cual se solicita la exención. Para el efecto, la lectura de las cartas que usted le envió al banco el 27 de abril de este año y la que le envió a la Defensoría de la Asobancaria el 24 de mayo bastan. Lo conveniente sería que usted demostrara su condición de pensionado y que solicitara la exención.

3.- Como la exención es un beneficio concedido por el Estado, que el banco no puede condicionar ni negar cuando a él hubiere lugar y que tampoco puede extender a casos no contemplados por el legislador. Por ello, la concepción que inspira el oficio 941-T-001799-05 puede ser inadecuada y bien hará el banco en revisarla para dejar en claro que:

- Ese beneficio no es favor, estímulo ni cosa que dependa del Banco.
- Las cuentas de ahorros que se marcaron como exentas antes del 24 de diciembre de 2.004 estarán o no exentas según satisfagan los requisitos legales, sin que para ello importe la fecha de apertura. Este punto debe ser revisado por el banco para ver si ajusta la instrucción a que se refiere el mencionado boletín 963-22-335.

3º.- Sobre lo segundo, lo que tiene que ver con el comportamiento del funcionario que lo atendió, quien le puso un sello a su carta y le devolvió tanto el original como la copia sin dar ni ofrecer respuesta alguna a su solicitud, no es admisible en quienes participan en la prestación de los servicios bancarios, es signo de mala educación y es censurable desde cualquier punto de vista. Esto no fue objeto de pronunciamiento del banco ni puede serlo de esta Defensoría porque en estos casos, las fechas, las horas y los nombres son definitivos para formular cualquier llamado de atención. La Defensoría considera que lo dicho por usted puede ser cierto, pero desea señalar cómo el interés que el banco puso en la atención de su caso, de alguna manera compensa el mal trato si lo hubo. En efecto, el banco actuó muy juiciosamente: solicitó el concepto de su asesor externo en asuntos tributarios (27 de enero de 2.005), puso el tema en conocimiento del área tributaria del banco (27 de junio de este año) y, con apoyo en esas opiniones calificadas, que obran en el expediente a folios 5, 6 y 7, preparó la respuesta que le envió a usted el 27 de junio que acaba de pasar.

**Momento en el que se causa el GMF.  
Sobregiro o descubierto.**

**Ref:- 06-1-12- 030** (22 de junio de 2006)

La copia de la comunicación que recibimos el pasado 25 de abril la remitimos a Banco... para conocer sus puntos de vista y basados tanto en la carta que le dio origen a esta actuación como en las explicaciones que recibimos de esta entidad financiera hemos concluido lo siguiente:

**1º.-** Su queja se explica porque el banco se abstuvo de pagar un cheque en vista de que el saldo disponible era suficiente para descargar el valor girado pero no alcanzaba para pagar el impuesto conocido como *cuatro por mil*, decisión que no tuvo en cuenta el portafolio de negocios colaterales en los que usted participa como cliente del banco y tampoco valoró su pasado como cliente tradicional y de buenas referencias.

**2º.-** El banco analizó el caso, nos facilitó todos los documentos que le pedimos y nos puso de presente que **(i)** como la plataforma tecnológica del banco automatizó el proceso de devolución de cheques, ciertas decisiones también quedaron sistematizadas como sucede con la revisión del saldo disponible, que siempre debe ser igual o superior a la suma del saldo en cuenta más el saldo disponible dentro del cupo de sobregiro, sin que los gerentes tengan libertad para conceder sobregiros por fuera del cupo asignado o sin la previa solicitud del cuentacorrentista; **(ii)** la compensación o el débito sobre la cuenta de ahorros no eran posibles por ser una cuenta conjunta.

**3º.-** La Defensoría considera que el banco analizó con cuidado su queja y que en presencia de los hechos descritos en la carta que la contiene y de las explicaciones del banco, son admisibles las siguientes precisiones:

**3.1.-** Para el Código de Comercio el sobregiro o descubierto es una modalidad de crédito que se perfecciona sin necesidad de forma escrita (Cfr. Art. 1404 C.Co.) y que es exigible a partir del día siguiente a su otorgamiento, salvo pacto en contrario (Cfr. Art. 125 D 663 de 1993), operación que el banco puede someter a cupos, a coeficientes o a condiciones y que en cualquier caso el establecimiento bancario puede conceder o no, dependiendo de circunstancias tales como su disponibilidad de tesorería, la situación de girador o cualquiera otra que no será necesario justificar en cada caso concreto. Así las cosas, la decisión de si en este caso se concedía o no el sobregiro dependía del banco y nada podría modificar su método de valoración del riesgo y decisión crediticia porque en ello tiene plena autonomía.

**3.2.-** No se puede perder de vista que si el valor de los fondos disponibles en cuenta corriente coincidía con el monto del cheque librado, el sobregiro era innecesario y le impedía al banco la devolución del cheque *por fondos insuficientes* sin agotar previamente la oferta de pago parcial al tenedor, carga que parece no se satisfizo en este caso porque hasta donde sabemos el cheque resultó impagado íntegramente.

**3.3.-** El régimen legal del Gravamen a los movimientos financieros, GMF, no modifica lo antedicho porque este impuesto, aplicable a partir del primero (1º) de enero del año 2001 sobre los movimientos financieros, está a cargo de los usuarios del sistema financiero y de las entidades que lo conforman (Ley 633) y el hecho generador del gravamen lo constituye la realización de las transacciones financieras mediante las cuales se disponga de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros y el libramiento de cheques de gerencia. Como para estos efectos se entiende por transacción financiera toda disposición de recursos provenientes de cuentas corrientes, de ahorro, o de depósito que implique entre otros: retiro en efectivo mediante cheque, talonario, tarjetas débito, cajero electrónico, puntos de pago, notas débito o a través de cualquier otra modalidad, así como los movimientos contables en los que se configure el pago de obligaciones o el traslado de bienes, recursos o derechos, incluidos los realizados sobre carteras colectivas y títulos, o la disposición de recursos a través de contratos o convenios de recaudo, el negocio que originó esta queja está incluido entre los gravables, en el entendido de que no es el libramiento lo que causa el impuesto sino el pago.

Téngase en cuenta que el gravamen a los movimientos financieros es un impuesto instantáneo y se causa en el momento en que se produzca la disposición de los recursos objeto de la transacción financiera, que en el caso de esta queja es el momento en el que se ha debido pagar el cheque (Cfr. Art. 873 E.T) y la base gravable es el valor total de la transacción financiera mediante la cual se dispone de los recursos (Cfr. Art. 874 E.T), elementos que se deben tener en cuenta para ver cómo en este caso el impuesto no se causó y el cheque tampoco se pagó.

En resumen, como en este caso el sujeto pasivo del gravamen a los movimientos financieros es el girador del cheque, si en su cuenta corriente no hay el dinero necesario para el pago del impuesto no por ello el cuentacorrentista deja de ser deudor del impuesto que se cause al pagar el cheque sino más bien entra ser deudor moroso de ese gravamen y como el banco actuará como agente retenedor será responsable por el recaudo y el pago del GMF. (Art. 877 E.T.)

**4º.-** Nosotros, como Defensores del Cliente queremos señalar que en este caso usted y el banco actuaron, cada uno por su lado, como lo consideraron razonable pero ambos se equivocaron y si sus expectativas no resultaron como esperaban

ahora pueden acordar lo necesario para conservar sus viejos vínculos comerciales y para mejorarlos en lo que sea posible.

En estos casos es necesario recordar que el banco, como todas las organizaciones que tienen a su servicio grupos numerosos de personas con distintos conocimientos, funciones y especialidades académicas o laborales, promueve la capacitación de esos individuos, observa su desempeño, previene sus errores, los orienta como considera prudente y a veces las decisiones, por nuevas o por técnicas resultan insatisfactorias para alguna de las partes.

Desde nuestro punto de vista estas experiencias suelen ocurrir por varias razones, que a veces se originan en el cliente mismo, en varios o en un solo funcionario, en limitaciones técnicas, en falta de información y en decenas de motivos que el banco debe corregir y está tratando de superar constantemente, a lo que en mucho contribuyen las cartas como la suya, que carecen de contenido patrimonial y que no reclaman cosas materiales sino calidad y personalización en el tratamiento que se le da los clientes y usuarios.

### **Cuentas exentas.**

#### **Marcación de la cuenta.**

**Ref:- 06-1-2-143** (27 de agosto de 2006)

Su queja se explica porque es titular de una cuenta de ahorros en la que solamente deposita su pensión de jubilación y como ha observado que el Banco... le cobra por la utilización de los cajeros automáticos y, por otra parte, le debita lo correspondiente al GMF –ordinariamente conocido como cuatro por mil- espera que tales cargos y descuentos se suspendan.

Con base en la carta que le dio origen a esta actuación, los documentos que recibimos del banco y las explicaciones de esa entidad financiera, hemos concluido que por la utilización de los cajeros automáticos debe pagar la tarifa ordinaria o, lo que es lo mismo, la que usualmente el banco le cobra a sus clientes; y, en segundo término, hemos concluido que su cuenta estaba y está en posibilidad de ser tratada como exenta del GMF, razón por la cual el banco ha obrado como le corresponde al incluirla desde ahora dentro del grupo de *cuentas marcadas* como exentas pero no le debe reintegrar el valor de los cargos anteriores porque en estos casos el ahorrador debe identificar la cuenta y de ello debe darle noticia al banco, razón por la cual sin esta diligencia el banco no puede suponer que la cuenta genera o no la exención y deberá tratarla como cuenta ordinaria, excluida por ello mismo del beneficio tributario.

Para llegar a estas conclusiones hemos tenido en cuenta que:

**1°.-** Como el banco no le ha ofrecido un tratamiento especial para el uso de los cajeros automáticos, los cargos por ese concepto son los ordinarios y como se ajustan al Manual de Tarifas del Banco, la autorización que lleva su firma (anexo N° 22, entre los documentos que recibimos del banco) es eficaz y legítima esos descuentos.

**2°.-** En relación con el GMF conviene precisar lo siguiente:

**2.1.-** Este gravamen es exigible desde el 1° de enero de 2001, porque así lo dispuso la Ley 633 del 29 de diciembre de 2000.

**2.2.-** El hecho generador del impuesto lo constituye la realización de transacciones financieras mediante las cuales se disponga de la totalidad o parte de los recursos depositados en cuentas corrientes o cuentas de ahorros, depósitos bancarios de cualquier clase o por el libramiento de cheques de gerencia. Para estos efectos la expresión “*transacciones financieras*” comprende toda “disposición de recursos provenientes de cuentas corrientes, de ahorro, o de depósito que implique entre otros: retiro en efectivo mediante cheque, talonario, tarjetas débito, cajero electrónico, puntos de pago, notas débito o a través de cualquier otra modalidad, así como los movimientos contables en los que se configure el pago de obligaciones o el traslado de bienes, recursos o derechos a cualquier título, incluidos los realizados sobre, carteras colectivas y títulos, o la disposición de recursos a través de contratos o convenios de recaudo a que se refiere este artículo. Esto incluye los débitos efectuados sobre los depósitos acreditados como “saldos positivos de tarjetas de crédito” y las operaciones mediante las cuales los establecimientos de crédito cancelan el importe de los depósitos a término mediante el abono en cuenta”. (Cfr. artículo 45 de la Ley 788 del 27 de diciembre de 2002, que vino a adicionar el artículo 871 del estatuto tributario, y que también modificó el parágrafo del citado artículo 871).

**2.3.-** El artículo 875 del Estatuto Tributario, cuyo primer inciso fue modificado por el Art. 46 de la Ley 788 dice que los sujetos pasivos del GMF son los usuarios y clientes de las entidades vigiladas por las Superintendencias Bancaria, de Valores o de Economía Solidaria; así como las entidades vigiladas por estas mismas Superintendencias, incluido el Banco de la República. El inciso 2° dice: “*Cuando se trate de retiros de fondos que manejen ahorro colectivo, el sujeto pasivo será el ahorrador individual beneficiario del retiro.*”

**2.4.-** El gravamen a los movimientos financieros es un impuesto instantáneo y se causa en el momento en que se produzca la disposición de los recursos objeto de la transacción financiera. (Cfr. Art. 873 del Estatuto tributario)

**2.5.-** La base gravable del GMF estará integrada por el valor total de la transacción financiera mediante la cual se dispone de los recursos. (*Cfr. Art. 874 del Estatuto tributario*).

**2.6.-** Según lo que dispone el artículo 879 del Estatuto Tributario, se encuentran exentas del gravamen a los movimientos financieros:

a.- Los retiros efectuados de las cuentas de ahorro destinadas exclusivamente a la financiación de vivienda. La exención no podrá exceder en el año fiscal del cincuenta por ciento (50%) del salario mínimo mensual vigente y se aplicará proporcionalmente en forma no acumulativa sobre los retiros mensuales efectuados por el titular de la cuenta. El gobierno expedirá la reglamentación correspondiente.

La exención se aplicará exclusivamente a una cuenta de ahorros por titular y siempre y cuando pertenezca a un único titular. Cuando quiera que una persona sea titular de más de una cuenta de ahorros en uno o varios establecimientos de crédito, deberá elegir aquella en relación con la cual operará el beneficio tributario aquí previsto e indicárselo al respectivo establecimiento. (*Este numeral fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1107 oct. 24/2001*).

b.- Los traslados entre cuentas corrientes de un mismo establecimiento de crédito, cuando dichas cuentas pertenezcan a un mismo y único titular que sea una sola persona. (*Este numeral fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1297 dic. 6/2001*).

c.- Las operaciones que realice la Dirección del Tesoro Nacional directamente o a través de los órganos ejecutores, incluyendo las operaciones de reporto que se celebren con esta entidad y el traslado de impuestos a dicha dirección por parte de las entidades recaudadoras; así mismo, las operaciones realizadas durante el año 2001 por las tesorerías públicas de cualquier orden con entidades públicas o con entidades vigiladas por las Superintendencias Bancaria o de Valores, efectuadas con títulos emitidos por Fogafín para la capitalización de la banca pública.

d.- Las operaciones de liquidez que realice el Banco de la República, conforme a lo previsto en la Ley 31 de 1992.

e.- Los créditos interbancarios y la disposición de recursos originada en operaciones de reporto y operaciones simultáneas sobre títulos materializados o desmaterializados, realizados exclusivamente entre entidades vigiladas por las superintendencias Bancaria o de Valores, entre éstas e intermediarios de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios o entre dichas entidades vigiladas y la Tesorería General de la Nación y las tesorerías de las entidades públicas, para equilibrar defectos o excesos transitorios de liquidez.

Respecto de las operaciones simultáneas, lo previsto en el presente numeral se aplicará cuando el término de las mismas no supere los tres meses conta-

dos a partir de la fecha de su iniciación. *(Este numeral fue modificado por el artículo 48 de la Ley 788 de 2002).*

f.- Las transacciones ocasionadas por la compensación interbancaria respecto de las cuentas que poseen los establecimientos de crédito en el Banco de la República.

g.- Las operaciones de compensación y liquidación de los depósitos centralizados de valores y de las bolsas de valores sobre títulos desmaterializados, y los pagos correspondientes a la administración de valores en dichos depósitos.

h.- Las operaciones de reporto realizadas entre el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, Fogafín, o el Fondo de Garantías de Instituciones Cooperativas, Fogacoop con entidades inscritas ante tales instituciones.

i.- El manejo de recursos públicos que hagan las tesorerías de las entidades territoriales.

j.- Las operaciones financieras realizadas con recursos del sistema general de seguridad social en salud, de las EPS y ARS *(diferentes a los que financian gastos administrativos)*, del sistema general de pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, de los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987 y del sistema general de riesgos profesionales, hasta el pago a las instituciones prestadoras de salud, IPS, o al pensionado, afiliado o beneficiario, según el caso.

También quedarán exentas las operaciones realizadas con los recursos correspondientes a los giros que reciben las IPS (instituciones prestadoras de servicios) por concepto de pago del POS (plan obligatorio de salud) por parte de las EPS o ARS hasta en un 50%. *(Este numeral fue modificado por medio del artículo 48 de la Ley 788 de 2002 y el texto que aparece entre paréntesis y en cursivas fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-824 del 8 de agosto de 2004. En Sentencia C-1297 del 6 de diciembre del mismo año, la Corte Constitucional confirmó la exequibilidad de los otros apartes)*

k.- Los desembolsos de crédito mediante abono en la cuenta o mediante expedición de cheques, que realicen los establecimientos de crédito.

l.- Las operaciones de compra y venta de divisas efectuadas a través de cuentas de depósito del Banco de la República o de cuentas corrientes, realizadas entre intermediarios del mercado cambiario vigilados por las superintendencias Bancaria o de Valores, el Banco de la República y la Dirección del Tesoro Nacional.

Las cuentas corrientes a que se refiere el anterior inciso deberán ser de utilización exclusiva para la compra y venta de divisas entre los intermediarios del mercado cambiario.

m.- Los cheques de gerencia cuando se expidan con cargo a los recursos de la cuenta corriente o de ahorros del ordenante, siempre y cuando la cuenta corriente o de ahorros sea de la misma entidad de crédito que expida el cheque de gerencia.

n.- Los traslados que se realicen entre cuentas corrientes y/o de ahorros abiertas en un mismo establecimiento de crédito a nombre de un mismo y único titular.

La indicada exención se aplicará también cuando el traslado se realice entre cuentas de ahorro colectivo y cuentas corrientes o de ahorros que pertenezcan a un mismo y único titular, siempre y cuando estén abiertas en el mismo establecimiento de crédito.

o.- De acuerdo con el reglamento del Gobierno Nacional, los retiros efectuados de cuentas de ahorro especial que los pensionados abran para depositar el valor de sus mesadas pensionales y hasta el monto de las mismas, cuando éstas sean equivalentes a dos salarios mínimos o menos.

p.- Las operaciones del fondo de estabilización de la cartera hipotecaria, cuya creación se autorizó por el artículo 48 de la Ley 546 de 1999, en especial las relativas a los pagos y aportes que deban realizar las partes en virtud de los contratos de cobertura, así como las inversiones del fondo. *(Este numeral fue adicionado al artículo 879 del Estatuto Tributario por medio del artículo 48 de la Ley 788 de 2002).*

q.- Las operaciones derivadas del mecanismo de cobertura de tasa de interés para los créditos individuales hipotecarios para la adquisición de vivienda. *(Este numeral fue adicionado al artículo 879 del Estatuto Tributario por medio del artículo 48 de la Ley 788 de 2002).*

r.- Los movimientos contables correspondientes a pago de obligaciones o traslado de bienes, recursos y derechos a cualquier título efectuado entre entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o de Valores, entre éstas e intermediarios de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios o entre dichas entidades vigiladas y la Tesorería General de la Nación y las tesorerías de las entidades públicas, siempre que correspondan a operaciones de compra y venta de títulos de deuda pública. *(Este numeral fue adicionado al artículo 879 del Estatuto Tributario por medio del artículo 48 de la Ley 788 de 2002).*

s.- Los movimientos contables correspondientes a la compensación derivada de operaciones de reaseguro. *(Este numeral fue adicionado al artículo 879 por el artículo 126 de la Ley 812 de 2003 y declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-305/2004.)*

**2.7.-** El gravamen a los movimientos financieros que se genere por el giro de recursos exentos de impuestos de conformidad con los tratados, acuerdos y convenios internacionales suscritos por el país, será objeto de devolución en los términos que indique el reglamento. (Cfr. Parágrafo, Art. 879 del ET.)

**2.8.-** Para efectos de control de las exenciones consagradas en el artículo 879 E.T., las entidades respectivas deberán identificar las cuentas en las cuales se manejen de manera exclusiva dichas operaciones, conforme lo disponga el re-

glamento que se expida para el efecto. En ningún caso procede la exención de las operaciones señaladas en el presente artículo cuando se incumpla con la obligación de identificar las respectivas cuentas, o cuando aparezca más de una cuenta identificada para el mismo cliente”. (Parágrafo adicionado al artículo 879 del Estatuto Tributario por medio del artículo 48 de la Ley 788 /02).

**2.9.-** Según lo que dispone el numeral 1° del Artículo 879 del Estatuto Tributario, se encuentran exentos de este gravamen “los retiros efectuados de cuentas de ahorros destinadas única y exclusivamente a la financiación de vivienda”, caso en el cual en el transcurso del año gravable el valor de la exención no podrá exceder el 50% del salario mínimo mensual vigente que se aplicará proporcionalmente y en forma no acumulativa sobre los retiros mensuales efectuados por el titular de la cuenta. Por cuanto esta exención es la que le interesa a la mayoría de clientes del sector financiero, recapitulando podemos subrayar que para tal efecto es necesario tener en cuenta que:

- a.- Los dineros captados a través de esas cuentas de ahorro deben destinarse por el banco exclusivamente a la financiación de vivienda.
- b.- En el transcurso del año gravable el valor de la exención no podrá exceder el 50% del salario mínimo mensual vigente que se aplicará proporcionalmente y en forma no acumulativa sobre los retiros mensuales efectuados por el titular de la cuenta.
- c.- La exención sólo se aplicará a una cuenta de ahorros por titular, siempre y cuando pertenezca a un único titular, lo cual implica que se le negará a las cuentas conjuntas y a las cuentas colectivas.
- d.- Como es posible que una persona sea titular de más de una cuenta de ahorros en uno o varios establecimientos de crédito, si se dan las otras condiciones ese ahorrador deberá elegir cuál es la cuenta en relación con la cual operará el beneficio tributario aquí previsto y, como es obvio, deberá indicárselo al respectivo establecimiento.
- e.- Como es apenas lógico suponerlo, para efectos de control de las exenciones consagradas en el sistema tributario, las entidades financieras deberán identificar (o “marcar” como dicen ellas) las cuentas en las cuales se manejen de manera exclusiva dichas operaciones.

**2.10.-** Entendemos nosotros que en el caso del Banco... en algún momento el valor total de la cartera que se destinaba a la financiación de vivienda resultó inferior al saldo total de las cuentas que se beneficiaban de la exención y por ese motivo, en obediencia a lo que manda el artículo 5° del Decreto 449 de 2.003, reglamentario del numeral 1° del artículo 879 del E.T., el banco estaba obligado a efectuar “*los ajustes pertinentes...*”, circunstancia que más adelante, cuando el banco no pudo o no quiso lograr el equilibrio antes mencionado, dio lugar a que esa entidad financiera tomara “*la decisión de no continuar otorgando (sic) la*

*exención a las cuentas de ahorros...”, (oficio 941-T-001799-05, del 27 de junio de 2005). Por ese motivo:*

- a.- A partir del 24 de diciembre de 2.004 (Boletín extraordinario N° 963-22-335), en el Banco... ninguna cuenta de ahorros, sin que importe la fecha de su apertura, se puede registrar como exenta del gravamen a los movimientos financieros (GMF).
- b.- Esta decisión sólo admite una excepción: la de las cuentas de ahorros cuyo titular es un pensionado. (Boletín extraordinario N° 963-22-335),
- c.- Las cuentas marcadas como exentas después del 24 de diciembre (distintas de las de pensionados) debieron ser desmarcadas porque así lo dispuso la administración del banco. (Boletín extraordinario N° 963-22-335), En consecuencia, los funcionarios de las diversas oficinas del banco debían abstenerse de entregar y/o tramitar los formularios que se diseñaron para solicitar la exención.

**2.11.-** En síntesis, los casos que interesan a la mayoría de clientes de entidades financieras son dos: los que tiene que ver con cuentas de ahorros destinadas única y exclusivamente a la financiación de vivienda; y los relacionados con las cuentas de ahorro especial que los pensionados abran para depositar el valor de sus mesadas pensionales, así:

**a.- Para las cuentas de ahorros destinadas única y exclusivamente a la financiación de vivienda:**

- 1.- La exención es un beneficio concedido por el Estado, que el banco no puede condicionar ni negar cuando a él hubiere lugar y que tampoco puede extender a casos no contemplados por el legislador. Por ello, la concepción que inspira la comunicación 941-T-001799-05 es, por lo menos inadecuada y bien haría el banco en revisarla para dejar en claro que ese beneficio no es favor, estímulo ni cosa que dependa del banco.
- 2.- Si en un caso concreto la exención es procedente, el beneficiario debe identificar la cuenta, y por ello cuando aparezca más de una cuenta identificada para el mismo cliente la exención no será posible.
- 3.- La exención trata de estimular las cuentas de ahorros destinadas única y exclusivamente a la financiación de vivienda, caso en el cual en el transcurso del año gravable el valor de la exención no podrá exceder el 50% del salario mínimo mensual vigente que se aplicará proporcionalmente y en forma no acumulativa sobre los retiros mensuales efectuados por el titular de la cuenta.
- 4.- La exención se extiende a los traslados que se realicen entre cuentas corrientes y/o de ahorros abiertas en un mismo establecimiento de crédito a

nombre de un mismo y único titular. Esta exención también se aplicará cuando el traslado se realice entre cuentas de ahorro colectivo y cuentas corrientes o de ahorros que pertenezcan a un mismo y único titular, siempre y cuando estén abiertas en el mismo establecimiento de crédito.

**b.- Para las cuentas de ahorro especial que los pensionados abran para depositar el valor de sus mesadas pensionales:**

- 1.- La exención se aplica sobre los retiros efectuados de esas cuentas y hasta el saldo de las mismas, cuando no exceda de dos salarios mínimos o menos.
- 2.- En estos casos el ahorrador debe identificar la cuenta y de ello debe darle noticia al banco.
- 3.- Sin esta diligencia el banco no puede suponer que la cuenta genera o no la exención y deberá tratarla como cuenta ordinaria, excluida por ello mismo del beneficio tributario.

Con base en lo expuesto podemos concluir que el banco ha actuado como legalmente le corresponde y que nada se le puede reprochar en este caso.

**Operaciones exentas.**

**Cuentas especiales para el depósito mesadas pensionales están exentas.**

**Ref:- 06-1-2- 176** (15 de septiembre de 2006)

Su queja se explica porque es titular de una cuenta de ahorros en la que se depositan tanto el valor de sus mesadas pensionales como el salario que recibe como docente y en vista del cobro del GMF –ordinariamente conocido como cuatro por mil– espera que el banco se abstenga de liquidar y cobrar ese impuesto.

**1º.- Según lo que dispone el artículo 879 del estatuto tributario se encuentran exentas del gravamen a los movimientos financieros:**

- a.- Los retiros efectuados de las cuentas de ahorro destinadas exclusivamente a la financiación de vivienda. En este caso la exención no podrá exceder en el año fiscal del cincuenta por ciento (50%) del salario mínimo mensual vigente y se aplicará proporcionalmente en forma no acumulativa sobre los retiros mensuales efectuados por el titular de la cuenta.

La exención se aplicará exclusivamente a una cuenta de ahorros por titular y siempre y cuando pertenezca a un único titular. Cuando quiera que una persona sea titular de más de una cuenta de ahorros en uno o varios establecimientos de crédito, deberá elegir aquella en relación con la cual operará el beneficio tributario aquí previsto e indicárselo al respectivo establecimiento. (Este numeral fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1107 oct. 24/2001)

b.- Los traslados que se realicen entre cuentas corrientes y/o de ahorros abiertas en un mismo establecimiento de crédito a nombre de un mismo y único titular.

La indicada exención se aplicará también cuando el traslado se realice entre cuentas de ahorro colectivo y cuentas corrientes o de ahorros que pertenezcan a un mismo y único titular, siempre y cuando estén abiertas en el mismo establecimiento de crédito.

c.- De acuerdo con el reglamento del Gobierno Nacional, los retiros efectuados de cuentas de ahorro especial que los pensionados abran para depositar el valor de sus mesadas pensionales y hasta el monto de las mismas, cuando éstas sean equivalentes a dos salarios mínimos o menos.

d.- Los cheques de gerencia cuando se expidan con cargo a los recursos de la cuenta corriente o de ahorros del ordenante, siempre y cuando que la cuenta corriente o de ahorros sea de la misma entidad de crédito que expida el cheque de gerencia.

**2°.-** En síntesis, los casos que interesan a la mayoría de clientes de entidades financieras son dos: los que tiene que ver con cuentas de ahorros destinadas única y exclusivamente a la financiación de vivienda; y los relacionados con las cuentas de ahorro especial que los pensionados abran para depositar el valor de sus mesadas pensionales, así:

**2.1.- Para las cuentas de ahorros destinadas única y exclusivamente a la financiación de vivienda debemos subrayar lo siguiente:**

a.- La exención es un beneficio concedido por el Estado, que el banco no puede condicionar ni negar cuando a él hubiere lugar y que tampoco puede extender a casos no contemplados por el legislador.

b.- Si en un caso concreto la exención es procedente, el beneficiario debe identificar la cuenta, y por ello cuando aparezca más de una cuenta identificada para el mismo cliente la exención no será posible.

c.- La exención trata de estimular las cuentas de ahorros destinadas única y exclusivamente a la financiación de vivienda, caso en el cual en el transcurso del año gravable el valor de la exención no podrá exceder el 50% del salario mínimo mensual vigente que se aplicará proporcionalmente y en forma no acumulativa sobre los retiros mensuales efectuados por el titular de la cuenta.

- d.- La exención se extiende a los traslados que se realicen entre cuentas corrientes y/o de ahorros abiertas en un mismo establecimiento de crédito a nombre de un mismo y único titular. Esta exención también se aplicará cuando el traslado se realice entre cuentas de ahorro colectivo y cuentas corrientes o de ahorros que pertenezcan a un mismo y único titular, siempre y cuando estén abiertas en el mismo establecimiento de crédito.
- e.- Los dineros captados a través de cuentas de ahorro destinadas exclusivamente a la financiación de vivienda deben destinarse por el banco exclusivamente a la financiación de vivienda.
- f.- La exención solo se aplicará a una cuenta de ahorros por titular, siempre y cuando pertenezca a un único titular, lo cual implica que se le negará a las cuentas conjuntas y a las cuentas colectivas.
- g.- Como es posible que una persona sea titular de más de una cuenta de ahorros en uno o varios establecimientos de crédito, si se dan las otras condiciones ese ahorrador deberá elegir cuál es la cuenta en relación con la cual operará el beneficio tributario aquí previsto y, como es obvio, deberá indicárselo al respectivo establecimiento.
- h.- Como es apenas lógico suponerlo, para efectos de control de las exenciones consagradas en el sistema tributario las entidades financieras deberán identificar (o “marcar” como dicen ellas) las cuentas en las cuales se manejen de manera exclusiva dichas operaciones.

**2.2.-** Entendemos nosotros que en el caso del Banco... en algún momento el valor total de la cartera que se destinaba a la financiación de vivienda resultó inferior al saldo total de las cuentas que se beneficiaban de la exención y por ese motivo, en obediencia a lo que manda el artículo 5° del Decreto 449 de 2.003, reglamentario del numeral 1° del artículo 879 del E.T., el banco estaba obligado a efectuar “*los ajustes pertinentes...*”, circunstancia que más adelante, cuando el banco no pudo o no quiso lograr el equilibrio antes mencionado, dio lugar a que esa entidad financiera tomara “*la decisión de no continuar otorgando (sic) la exención a las cuentas de ahorros...*”, (oficio 941-T-001799-05, del 27 de junio de 2005). Por ese motivo:

- a.- A partir del 24 de diciembre de 2.004 (Boletín extraordinario N° 963-22-335), en el Banco... ninguna cuenta de ahorros, sin que importe la fecha de su apertura se puede registrar como exenta del gravamen a los movimientos financieros (GMF).
- b.- Esta decisión solo admite una excepción: la de las cuentas de ahorros cuyo titular es un pensionado. (Boletín extraordinario N° 963-22-335),
- c.- Las cuentas marcadas como exentas después del 24 de diciembre (distintas de las de pensionados) debieron ser desmarcadas porque así lo dispuso la administración del banco. (Boletín extraordinario N° 963-22-335). En consecuencia, los funcionarios de las diversas oficinas del banco debían abstenerse de entregar y/o tramitar los formularios que se diseñaron para solicitar la exención.

### **2.3.- Para las cuentas de ahorro especial que los pensionados abran para depositar el valor de sus mesadas pensionales:**

- a.- La exención se aplica sobre los retiros efectuados de esas cuentas.
- b.- La exención sólo se aplica hasta el saldo de esas cuentas, cuando no exceda de dos salarios mínimos. Lo cual significa que el saldo de la cuenta puede superar los dos salarios mínimos sin que por ello se pierda el beneficio y, de paso, también significa que si la cuenta recibe otros depósitos distintos del valor de sus mesadas pensionales el beneficio se pierde.
- c.- En estos casos el ahorrador identificará la cuenta y de ello deberá darle noticia al banco. A su turno, las entidades financieras deberán identificar las cuentas en las cuales se manejen de manera exclusiva dichas operaciones, conforme lo disponga el reglamento que se expida para el efecto. En ningún caso procede la exención cuando se incumpla con la obligación de identificar las respectivas cuentas, o cuando aparezca más de una cuenta identificada para el mismo cliente. (El párrafo que contiene esta disposición fue adicionado al artículo 879 del Estatuto Tributario por medio del artículo 48 de la Ley 788 de 2002)
- d.- Sin esta diligencia de identificación –a la que gráficamente los bancos denominan marcación de la cuenta– el banco no puede suponer que la cuenta genera o no la exención y deberá tratarla como cuenta ordinaria, excluida por ello mismo del beneficio tributario.

Con base en lo expuesto podemos concluir que el banco ha actuado como legalmente le corresponde y que para lograr el beneficio tributario usted podría abrir otra cuenta para separar los dos conceptos: la mesada pensional y el salario, de tal modo que una cuenta quedaría exenta y la otra sometida al régimen común.

## 7. CUENTA DE AHORROS

**Entrega de saldos sin juicio de sucesión.**

**Ahorro voluntario.**

**Ref:- 2005-1006-2-030** (13 de abril de 2005)

Me permito informarle que admitido su reclamo para trámite, radicado en este Despacho el pasado 03 de Marzo, por medio del cual solicitó la entrega del saldo de la cuenta corriente cuyo titular, J... fallecido el 04 de Enero, esta Defensoría dio traslado del mismo al Banco... y le solicitó los documentos e información que consideró necesarios para su estudio.

El banco manifestó que no era posible hacer entrega del saldo de la cuenta corriente No. 22... toda vez que la entrega de saldos sin juicio de sucesión aplica única y exclusivamente a los depósitos que se encuentren en la sección de ahorros y no a aquellos dineros que reposen en cuentas corrientes, de suerte que para el presente caso es necesario iniciar el respectivo juicio de sucesión.

Sea lo primero manifestar que de acuerdo con el Artículo 2.1.2.1.20 del Decreto 1730 de 1991, así como con el Artículo 4° del Decreto 1453 de 1998 y el Numeral 7 del Artículo 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el banco podrá, a su juicio, entregar al cónyuge sobreviviente, o a los herederos, o a uno y otros conjuntamente, según el caso, sin necesidad de juicio de sucesión, los depósitos que una persona deja en ahorros y cuyo saldo a favor no excede el límite que se determine de conformidad con el reajuste anual ordenado en el Artículo 29 del Decreto 2349 de 1965, siempre y cuando no hubiere albacea nombrado o administrador de los bienes de la sucesión. Como condición de este pago el establecimiento bancario puede requerir declaraciones juradas respecto a las partes interesadas, la presentación de las debidas renunciaciones, la expedición de un documento de garantía por la persona a quien se haga el pago y el recibo del caso; todo, para soportar documentalmente la constancia del pago. Por razón de tal pago, hecho de acuerdo con este artículo, el establecimiento bancario no tendrá responsabilidad para con el albacea o el administrador nombrados después.

Como corolario de las anteriores consideraciones, la entrega del saldo de la cuenta sin juicio de sucesión procede únicamente frente a los ahorros voluntarios depositados en cuentas de ahorro. De modo que los saldos que reposen en las cuentas

corrientes sólo pueden ser entregadas al cónyuge sobreviviente, o a los herederos, o a uno y otros conjuntamente, de conformidad con el resultado del juicio de sucesión que se adelante. La Entidad Financiera podrá, entonces, disponer de dichos saldos de conformidad a lo ordenado en la Sentencia de Sucesión.

Con base en los anteriores argumentos, esta Defensoría no puede atender favorablemente las pretensiones de la reclamante, puesto que el banco ha actuado conforme a Derecho.

### **No es obligatorio usar tarjeta débito.**

**Ref:- 06-1-44- 044** (10 de abril de 2006)

El 6 de marzo del año en curso recibimos copia de la carta que contiene la solicitud encaminada a lograr que Banco... le precise por qué razón usted figura como titular de dos cuentas de ahorros en la oficina de Manizales, una con saldo a favor y otra sin saldo disponible y ambas inactivas, razón por la cual espera activar la cuenta que le pertenezca legalmente y al mismo tiempo desea saber si hay alguna disposición legal que obligue a un cliente a utilizar la tarjeta débito para retirar los fondos disponibles en cuenta de ahorros.

Del escrito que acabo de mencionar le dimos traslado al banco para conocer su opinión sobre el contenido de su reclamo. Banco... analizó el caso con detenimiento y el 30 de marzo solicitó prórroga del término para atenderla. Con base en la queja y en la repuesta del banco hemos llegado a las siguientes conclusiones:

**1°.-** Hemos verificado que su nombre y firma caligráfica aparece en las tarjetas de dos cuentas de ahorros: la número 22... y la número 32..., abiertas ambas en diciembre de 2002 en la oficina de Manizales. Las firmas que allí se ven, por cierto muy complejas en su grafía, a simple vista parecen provenientes de la misma persona. Tal vez por esta razón el banco dice que no entiende las razones por las cuales usted cree que no solicitó la apertura de las dos cuentas. La realidad es la descrita: usted es titular de las dos cuentas y bien puede verificar las firmas que aparecen en las tarjetas de registro.

**2°.-** Como ambas cuentas le pertenecen, usted puede activar la cuenta número 32..., que es una “*cuenta de ahorro programado libre destino*”, con saldo a su favor. Para este efecto usted deberá, si lo tiene a bien, comunicarse con doña G..., Subgerente Operativa de la Oficina de Manizales.

**3°.-** Los bancos, según lo que dispone el ordinal 6° del artículo 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, no pueden pagar los depósitos de ahorros ni los

intereses sin la presentación de la libreta de ahorros u otra constancia de depósito, a no ser que el interesado utilice un medio electrónico de pago, como es la tarjeta débito. Con apoyo en esta disposición legal Banco... adoptó el uso de tarjetas débito y el denominado *Megatalonario electrónico*, instrumentos que son operativamente iguales pero tienen distintos costos.

4º.- En los anteriores términos queda rendida la opinión de la Defensoría y procede entonces la Defensoría el cierre de este caso.

### **Estímulos al ahorro.**

**Ref:- 06-1-2- 0062** (19 de mayo de 2006)

La comunicación que recibimos el 3 de abril que acaba de pasar la pusimos en conocimiento de Banco... para conocer sus puntos de vista y para solicitarle algunos documentos que consideramos necesarios para atender su caso. Con base en la carta que le dio origen a esta actuación, los documentos que recibimos del banco en 27 de abril y el 15 de mayo, así como en las explicaciones de esa entidad financiera hemos concluido lo siguiente:

1º.- Su queja se explica porque necesita saber si como hijo de una persona que fue titular de una cuenta de ahorros tiene derecho a reclamar **(i)** la mesada en la parte proporcional; **(ii)** u otro tipo de derecho o de auxilio.

2º.- El banco analizó su caso en dos oportunidades y concluyó que usted no es cliente del banco; que por lo que ha dicho no tiene queja ni reclamación alguna y que lo que desea saber lo debe solicitar al Seguro Social.

3º.- Esta Defensoría entiende que **(i)** usted no es cliente del banco pero es sucesor de doña Z... y que por ello mismo tiene derecho a averiguar por los beneficios (los llamados *estímulos al ahorro*) que se derivan de la cuenta de ahorros, tales como los relacionados con los gastos de última enfermedad del ahorrador, el auxilio mortuario y el retiro del saldo sin juicio de sucesión, asuntos que el banco podría haber atendido si lo hubiera tenido a bien; y que **(ii)** como usted desea saber si puede reclamar la parte proporcional de la mesada pensional y si hay *otro tipo de derecho o auxilio*, asuntos que el banco conoce en detalle porque esos son elementos de sus negocios y de su rutina, sobre ellos, así sea en términos abstractos, el banco nos ha hecho saber que está en disposición de suministrarle esa información, lo que, suponemos nosotros, será posible mediante una petición concreta de su parte, la que podrá enviarle al área de Servicio al Cliente, oficina que le ofrecerá alguna ilustración que sirva para atenderlo como usted merece.

**Descuentos a favor de un tercero.**

**El banco debe actuar según lo que ordene el ahorrador sobre el saldo de su cuenta.**

**Ref:- 06-1-2- 110 (29 de julio de 2006)**

1°.- Su queja se explica porque usted autorizó al banco que hiciera unos descuentos sobre los saldos de su cuenta de ahorros para que luego los abonara a un tercero, *Terra Networks*. Entendemos nosotros que usted no desea que se le hagan nuevos descuentos y para ello fue a la oficina del banco donde tiene su cuenta pero cuando solicitó esa suspensión allí le dijeron que los descuentos los había solicitado *Terra Networks*, razón por la que espera nuestra colaboración y la de banco para que se cumpla su voluntad.

2°.- Hemos concluido lo siguiente:

2.1.- Desde el punto de vista del banco, (i) usted debe solicitarle a *Terra* que no se hagan nuevos descuentos; (ii) como el banco es un simple intermediario, no puede suspender los débitos; (iii) como el banco es ajeno a las relaciones contractuales que existen entre *Terra* y usted, no le puede enviar a la Defensoría el texto de la comunicación que contiene la autorización para realizar los cargos periódicos que dan lugar a los descuentos mensuales, y, (iv) usted debe solicitar a *Terra* la suspensión de los cargos y así tramitarse, no ante el banco.

2.2.- Esta Defensoría se aparta de las decisiones del banco porque:

a.- Quien puede disponer del saldo en cuenta de ahorros es su titular y como *Terra* no lo es, esa compañía nada puede ordenarle al banco en relación con lo que es ajeno.

b.- Quien puede decidir que se hagan, se incrementen, se suspendan o se modifiquen los descuentos es usted como ahorrador y nadie más.

c.- Con respecto a usted, el banco es parte en un contrato en el que nada tiene que ver *Terra*, razón por la cual esa entidad no puede ordenar ni modificar nada que tenga que ver con esa cuenta.

d.- La carta que contiene la autorización para realizar los cargos periódicos que dan lugar a los descuentos mensuales debe provenir de usted y la Defensoría sí puede solicitarla y tenerla en cuenta para resolver esta queja, pero como carece de atribuciones para exigir a toda costa la entrega del documento, nada puede hacer para forzarlo y por ahora nuestra opinión se deberá apoyar en otros elementos de análisis.

3°.- Desde nuestro punto de vista, el banco debe atender las órdenes que usted le imparta y si no está conforme con ellas puede dar por terminado el contrato de cuenta de ahorros pero no puede subordinar los derechos del titular de la cuenta a la voluntad de un tercero.

Así las cosas, los descuentos deben cesar desde cuando usted así lo disponga, asumiendo el ordenante, obviamente, las consecuencias de lo que resuelva. Procede entonces el cierre de este caso.

### **Error del banco en la asignación del número de cuenta.**

**El “*error del sistema*” un eufemismo bajo el cual vive el error del banco.**

**Ref:- 06-1-43- 227** (26 de noviembre de 2006)

Su queja se explica porque el Banco... cambió el número de su cuenta de ahorros, consignó algunos dineros en otra cuenta y después de solucionar parcialmente el error queda un saldo por abonar que el banco espera recaudar de quien lo recibió sin causa, ante lo cual usted desea una solución que no dependa de que esa persona se presente para reactivar la cuenta sino del reconocimiento que el banco deberá hacer de su propio yerro.

El banco analizó su caso con cuidado y confirmó lo que usted dice, haciendo notar, además, que por error del sistema la cuenta que pertenece a la Junta de Acción Comunal también está a su nombre y que la consignación a la que usted se refiere fue hecha por usted misma a la cuenta equivocada, de donde resulta que el débito depende de la reactivación.

Nuestra opinión se resume así:

1º.- Según usted el número de su cuenta de ahorros resultó asignado a otra persona por error del banco pero cuando le pedimos al Banco... que explicara las razones por las cuales ocurrió esa reasignación del número, dijo que ese problema se debía a un error del sistema, de donde resulta que los daños derivados de esa actividad los debe asumir quien promovió la confusión o el error, es decir, el banco.

2º.- Es claro que usted hizo la consignación en la cuenta de ahorros con número equivocado o que habiéndola hecho con el número correcto los dineros se abonaron a cuenta ajena. Es decir, el resultado final no es obra de su iniciativa ni de su descuido ni del azar sino del “*error del sistema*”, que es un eufemismo bajo el cual vive y se presenta el error del banco. En otras palabras, usted no asignó el número de la cuenta y tampoco podía ni puede corregir la asignación imperfecta.

3º.- Es lógico que el banco se someta a sus propios reglamentos y que necesite de la voluntad de la Junta de Acción Comunal para activar esa cuenta de ahorros pero no por ello puede someter a la víctima a la espera de tal comportamiento y a la incertidumbre que entraña la expectativa sobre si se activará o no la cuenta, porque si ello fuera válido y justo tendríamos que aceptar que quien sufre el daño por culpa ajena

debe soportar el agravamiento del perjuicio y, por otra parte, supeditar el resarcimiento a la voluntad de un tercero. Como las cosas no son de ese modo, el banco debe reintegrarle al quejoso los dineros que quedaron atrapados en la cuenta inactiva y, además, debe promover la claridad que impida la repetición del error.

### **Devolución de ahorros sin juicio de sucesión.**

#### **Prueba de la sociedad marital de hecho.**

**Ref:- 08-1-43-159** (12 de agosto de 2008)

**1º.-** Su queja se explica porque su señor padre fue muerto violentamente y la familia tuvo que abandonar su finca que en este momento está en manos de las FARC y como su situación económica es muy difícil han solicitado al banco que les entregue el saldo disponible en la cuenta de su señor padre sin juicio de sucesión. Pero el banco les exige un documento que demuestre que sus padres vivían en unión marital de hecho, documento que usted no tiene.

**2º.-** El banco nos puso de presente que el 11 de julio la directora de la oficina del banco en Vista Hermosa tuvo oportunidad de enviarle a usted una carta en la que le explica los requisitos para que el banco ponga a disposición del cónyuge, el (la) compañero(a) permanente o los herederos del ahorrador el saldo disponible en la cuenta de ahorros del causante sin tener que agotar los trámites del juicio de sucesión.

**3º.-** La Defensoría del Cliente ve con buenos ojos el interés con el que el banco atendió su queja, coincide con lo que el banco dijo y sólo señalaremos que:

**3.1.-** En desarrollo de lo que dispone el numeral 7º del artículo 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los establecimientos bancarios pueden, a su juicio y si lo consideran prudente, entregarle el saldo de la cuenta de ahorros al cónyuge sobreviviente, a los herederos, a uno y otro o a ambos conjuntamente sin necesidad de juicio de sucesión<sup>1</sup>. Para hacer el pago, el banco puede exigir declaraciones juradas sobre las calidades de los interesados, la presentación de las renunciaciones que deberán hacer los beneficiarios del pago, la expedición de

---

1 De acuerdo con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el decreto 2349 de 1965, el decreto 564 de 1996 y la Carta Circular 069 de 2007 de la Superintendencia Financiera, el monto máximo que puede ser entregado sin juicio de sucesión al compañero(a) permanente o cónyuge o hijos es de treinta y ocho millones seiscientos sesenta y seis mil doscientos veinte pesos (\$38.666.220). Según la antedicha Carta Circular, este límite rige del 1 de octubre de 2007 al 30 de septiembre de 2008.

algún documento de garantía y el recibo correspondiente. Es decir, este beneficio (i) no es automático y general porque depende de las circunstancias de hecho que el banco tenga en cuenta en relación con cada caso; (ii) inicialmente se concedió a favor del cónyuge y/o los herederos del ahorrador pero con el correr de los días, desde 1.990, se extendió al compañero(a) permanente; y, (iii) en cada caso el banco podrá solicitar documentos que le den alguna seguridad sobre las cualidades de los beneficiarios del pago.

**3.2.-** Como usted da a entender que sus padres vivían en unión marital de hecho, para los efectos del caso que nos ocupa es necesario precisar que la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se presume y hay lugar a declararla judicialmente<sup>2</sup> en cualquiera de los siguientes casos:

a.- *Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;*

b.- *Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.*

**3.3.-** Los compañeros permanentes que se encuentren en alguno de los casos anteriores, como parece que fue la situación de sus padres, de común acuerdo podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial acudiendo a los siguientes medios:

*“1. Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante Notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a) y b) del presente artículo<sup>3</sup>.*

*2. Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a) y b) de este artículo<sup>4</sup>.”*

**3.4.-** Según el artículo 2 de la ley 979, que vino a modificar el artículo 4° de la ley 54 de 1.990, la existencia de la unión marital de hecho entre compañeros perma-

2 Cfr. Art. 1° Ley 979 del 26 de julio de 2005, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.

3 Se refiere al artículo 1° de la ley 979.

4 Se refiere al artículo 1° de la ley 979

nentes se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos, que son los que estaban descritos en el Art. 1° de la ley 979 y en el ordinal inéditamente anterior; y uno adicional y nuevo. De esos instrumentos, por la muerte de su señor padre no serían aplicables los descritos en los ordinales 1° y 2°, quedando abierto y como único mecanismo utilizable en este caso, el sistema descrito en el ordinal 3°.

3°. Los tres sistemas a los que se refiere el artículo 2° son los siguientes:

- a.- Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes.
- b.- Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido.
- c.- Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba *consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia.*

3.5.- En los casos en los que se pretenda la declaración de la unión patrimonial de hecho sí se requieren los servicios de un abogado porque:

a.- En la sentencia de la Corte Constitucional C-114 de 1996 (reiterada recientemente en la sentencia C-985 de 2005 de la misma Corporación) se dice textualmente:

*“... al proceso de liquidación sólo podrá llegarse después de haberse declarado judicialmente la existencia de la sociedad patrimonial. Tal declaración, por no existir un trámite especial, deberá hacerse en un proceso ordinario.”*

En ese orden de ideas, la conclusión necesaria en este punto es que la declaración judicial de la sociedad patrimonial (no conyugal) a la que se refiere que establece el artículo 2° de la ley 979 de 2005 que modifica el artículo 4 de la ley 54 de 1990, debe tramitarse por el procedimiento ordinario al no existir un trámite particular al respecto.

b.- Teniendo como presupuesto que la declaración de la sociedad patrimonial debe tramitarse a través de un proceso ordinario y que el artículo 63 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 229 de la Constitución, establecen que por regla general se debe comparecer a un proceso por conducto de un abogado inscrito y que la ley excepcionalmente indicará los casos en los que se pueda hacer sin abogado, *se concluye que en el caso de la declaración de sociedad patrimonial se debe concurrir con abogado por ser un procedimiento ordinario y porque además la ley no prevé explícitamente la posibilidad de asistir sin abogado.*

3.6.- En desarrollo de lo que expuesto, para la entrega de los saldos en cuenta de ahorros cuando el ahorrador que ha fallecido vivía en unión marital de hecho y tenía hijos, el banco exige:

- a.- Solicitud escrita de la entrega del saldo.
- b.- Libreta de ahorros del titular fallecido o denuncia en caso de extravío.
- c.- Registro de Defunción del titular.
- d.- Registro de Matrimonio del titular o escritura pública ante notario, o acta de conciliación o sentencia judicial que legitime la unión marital de hecho, conforme a la ley 979 de 2005.
- e.- Registro civil de los hijos o partida eclesiástica de los hijos nacidos antes de 1938.
- f.- Cédula de ciudadanía del causante.
- g.- Declaraciones juradas de las partes interesadas en las cuales manifiesten que no hay albacea nombrado o administrador de los bienes en un proceso de sucesión.
- h.- Fotocopias de los documentos de identificación de los solicitantes como: Cédula de Ciudadanía, Cédula de Extranjería, Tarjeta de Identidad y Pasaporte, los cuales deben ser validados contra los documentos originales que presenta el solicitante, dejando constancia de ello sobre las copias recibidas.
- i.- El comprobante de retiro de ahorros debe ser suscrito por los beneficiarios con su firma, número del documento de identidad y huella. Dicho recibo será para el banco constancia de pago.
- j.- Expedición y suscripción de una cláusula de compromiso con la cual los solicitantes se obligan a responder ante eventuales reclamaciones de terceros que se consideren con igual o mejor derecho sobre el saldo.

Cuando sea un juzgado quien solicite directamente la entrega del saldo, se debe constituir un depósito judicial a nombre de éste.

Si se trata de depósitos conjuntos, el sobreviviente puede retirar el saldo cuando se hubiere pactado expresamente en las condiciones de manejo de la cuenta.

4º.- Desde nuestro punto de vista el banco atendió su queja como corresponde y por las razones expuestas no es posible acceder a lo que usted pide pero para superar estas limitaciones usted podría acudir a los servicios de un consultorio jurídico, servicios que son gratuitos. Por las razones anteriores hemos dispuesto el cierre de este caso.

**Cargo de exigibilidades contra el saldo disponible en cuenta de ahorros: no se admite la compensación legal, pero sí la convencional. Pero si sus recursos provienen de pensiones de jubilación, no admiten ninguna compensación.**

**Ref.- 08-1-2-362** (1º de septiembre de 2008)

1º.- Su queja se explica porque en abril del presente año y sin su autorización, de su mesada pensional el Banco... retiró \$350.000<sup>00</sup> que estaban depositados en la cuen-

ta de ahorros No. 23.... Igualmente, en julio de este año el banco retiró de otra cuenta de ahorros \$563.661<sup>oo</sup> correspondientes a la prima de mitad de año. Cuando usted llamó al banco para averiguar sobre esta situación, una funcionaria le respondió que “*se trataba de una cuota de seguro*”.

**2°.-** En comunicación recibida el 13 de agosto del año en curso el banco nos puso de presente que:

**2.1.-** Usted es titular de dos cuentas de ahorros: **(i)** una de No. 21... con sede en San José del Guaviare, y; **(ii)** otra de No. 23... con sede en Villavicencio.

**2.2.-** El 28 de febrero del año en curso se registró un débito a la cuenta No. 21... por un valor de \$320.000<sup>oo</sup>, monto que fue trasladado a la cuenta No. 23..., desde la oficina de Villavicencio. El banco da a entender que la transacción fue realizada por usted y para ello aporta los extractos de los movimientos de ambas cuentas.

**2.3.-** El 27 de junio de 2008 se registró una nota débito en la cuenta No. 23... por \$563.661<sup>oo</sup>, valor que fue abonado al Crédito de Libranza No. 41... a su cargo.

**3°.-** Esta Defensoría considera que:

**3.1.-** Tal como quedó registrado en los extractos aportados por el banco la operación del 28 de febrero del presente año se hizo por iniciativa suya entre dos cuentas de ahorro diferentes, pero en ambas usted es el titular. Para esta Defensoría resulta lógico concluir que **(i)** la operación en la que se trasladaron \$320.000<sup>oo</sup> no fue producto de anomalía alguna, y; **(ii)** de ella no se puede predicar responsabilidad del banco.

**3.2.-** Sobre el cargo de exigibilidades contra el saldo disponible en cuenta de ahorros, en fecha muy cercana esta Defensoría del Cliente expuso las razones que desde su punto de vista impedían ese comportamiento, y para conocer la opinión de la SFC sobre ese particular presentó el tema como consulta ante dicha Superintendencia, lo que dio lugar a que mediante concepto fechado en el mes de mayo de 2.008 esa entidad gubernamental ratificara la opinión que la Superintendencia Bancaria había expuesto en el oficio 2003061116 del 3 de febrero de 2003, por medio del cual la autoridad de inspección y vigilancia había dicho que en el caso de los depósitos de ahorro no es admisible la compensación legal pero que sí es aceptable la convencional porque a pesar de la especialísima protección con la que el sistema legal ha querido amparar los saldos disponibles en cuentas de ahorros por debajo de determinada cuantía, la autorización del ahorrador es suficiente para que ese beneficio deje de producir las consecuencias del amparo y de la excepción que la ley quiso establecer.

**3.3.-** Aceptando que el régimen general sobre inembargabilidad de los depósitos de ahorro no impide la compensación convencional, en este caso concreto, que se relaciona con el embargo de recursos que tienen origen en el pago de las mesadas pensionales, conviene tener en cuenta las soluciones que ofrecen tanto el derecho positivo como la jurisprudencia de origen constitucional. En efecto:

**3.3.1.-** La Ley 100 de 1993 ha dicho que los dineros provenientes de la seguridad social, específicamente los derivados de las mesadas pensionales, no pueden ser embargados (art. 134, numeral 5 de la ley 100 de 1993). El artículo 344 del Código Sustantivo del Trabajo contiene la misma solución y sobre las prestaciones sociales dice que “*Son inembargables las prestaciones sociales, cualquiera sea su cuantía*”.

**3.3.2.-** También desde el punto de vista de la Corte Constitucional las pensiones de jubilación son inembargables, en virtud de lo que manda el artículo 53 de la Constitución. Dice la Corte<sup>1</sup>:

“Los recursos que se asignan al pago de las mesadas pensionales tienen, entonces, una destinación específica ordenada por la propia Constitución y, en consecuencia, sobre la finalidad que cumplen no puede hacerse prevalecer otra, como podría ser la de asegurar la solución de las eventuales deudas a cargo del pensionado.

Se trata de dineros que, si bien hacen parte del patrimonio del beneficiario de la pensión, no constituyen prenda común de los acreedores de aquél, pues gozan de la garantía de inembargabilidad, plasmada como regla general y vinculante, con las excepciones legales, que son de interpretación y aplicación restrictiva.”

La Corte Constitucional también ha sido clara en advertir que los dineros provenientes de pensiones de jubilación “...no serán objeto de embargo, siempre y cuando el contribuyente demuestre mediante certificación expedida por el pagador respectivo, que las sumas consignadas en dicha cuenta obedecen a las mesadas pensionales”<sup>2</sup>.

**3.4.-** Como las excepciones sobre la inembargabilidad de las pensiones son de interpretación restrictiva y de acuerdo con el artículo 344 del C.S.T. dentro del conjunto de tales excepciones sólo entran las obligaciones derivadas de créditos a favor de las cooperativas y las obligaciones alimentarias (art. 411 del C.C.), los créditos a favor de las entidades financieras están sometidos a la regla general de la inembargabilidad. Es decir, en el caso que ha dado lugar a la queja de la

1 Cfr. Sentencias C-507 de 2002, T-246 de 2003 y T-448 de 2006.

2 Cfr. Sentencia T-246 de 2003.

referencia la obligación a su cargo y a favor del Banco... no está cobijada por ninguna de las dos excepciones mencionadas y por ello es inembargable lo que, dicho sea desde ya, la excluye de las posibilidades de compensación legal o convencional porque la compensación presupone que la embargabilidad es legalmente posible.

**3.5.-** Si se tiene en cuenta que la compensación presenta cuatro clases: legal, facultativa, convencional y judicial y que para el caso nos intensa la primera, la legal, se deberá poner de presente que ella procede cuando se trata de obligaciones (i) recíprocas (Art. 1714 C.C.); (ii) que tengan por objeto obligaciones fungibles del mismo género y calidad (Arts. 6663 y 1715 C.C.); (iii) que ambas sean actualmente exigibles (Art. 1715, Ord. 3º C.C.); (iv) que las dos obligaciones sean líquidas (Art. 1715 Ord. 2º C.C.); y (v) que los dos créditos sean embargables o que con respecto a ellos no exista prohibición de compensar (Arts. 1721, 2258 C.C.; Art. 154 del CST, modificado por el Art. 3º Ley 11/84; Arts. 156 y 344 CST; numerales 3, 4 y 5 del Art. 684 C.P.C., modificado por el Art. 1º Nral. 342 del D.E. 2282 de 1.989; artículo 29 del Decreto 2349 de 1.995, Nral 4º Art. 126, D. 663/93; Art. 19 D. 111/96; Art. 2º D.1807/94; Art. 74 Ley 46/90; el artículo 2º del Decreto 64 de 1.996, el artículo 9º de la ley 1066 que reformó el Estatuto Tributario, y la Cartas Circulares 049 de 2.006 y 069 de 2.007, expedidas ambas por la Superintendencia Financiera de Colombia; art. 17 Ley 1116; Art. 6º Ley 45 de 1.990; Art. 1º D 2250 de 2.000; D 1049 de 2.006; Art. 25 Ley 222 de 1995.), porque la compensación, en últimas, es una ejecución abreviada en contra del deudor.

**3.6.-** En síntesis, se puede afirmar que (i) como regla general en el caso de los depósitos de ahorros es admisible la compensación convencional; y, (ii) a pesar de ello, tratándose de cuentas de ahorros o de cuentas corrientes cuyos recursos provengan del pago de mesadas pensionales, la inembargabilidad -y por ello mismo la imposibilidad de compensar- es la regla, siempre y cuando el deudor demuestre o el acreedor sepa que los fondos disponibles en esa cuenta provienen de la pensión de su titular, consecuencia que -repetimos- no tiene en cuenta el régimen especial sobre los denominados *estímulos al ahorro* sino que se explica por el origen de los recursos disponibles en la cuenta y por la especial estima y protección que desde el punto de vista constitucional y legal merecen los pensionados. En consecuencia, en este caso concreto el banco deberá tomar las medidas necesarias para abstenerse de hacer nuevos cargos contables que conduzcan a la compensación contra el saldo disponible en la cuenta de ahorros del deudor cuando los recursos allí depositados provengan de las mesadas pensionales del ahorrador.

**El ahorrador puede limitar la disposición del saldo mediante sellos, firmas, colores. Las firmas autorizadas son las consignadas en la tarjeta de firmas y no en correspondencia.**

**Ref.- 08-1-2-288** (5 de septiembre de 2008)

1°.- Su queja se explica porque Banco... autorizó pagos de la cuenta de ahorros número 22... sin el cumplimiento de todos los requisitos que el Consorcio Vial Bogotá exigía, a saber: (i) De acuerdo a la comunicación CVB-168-10 se notificó al banco que las firmas de los señores R..., A... y la de la señora N... (Interventora) eran necesarias para el pago de dineros provenientes de la mencionada cuenta de ahorros; y (ii) a través de la carta CVB-168-89 se reiteró el requisito contenido en el punto anterior y además se dijo que se debía contar con la autorización de las personas ya nombradas anteriormente para tales pagos.

2°.- El Banco... nos hizo llegar una copia del oficio que le envió a usted el 25 de julio de este año, oficio en el que el banco dijo que esas transacciones se desarrollaron siguiendo las condiciones de manejo establecidas en las diversas cuentas del Consorcio. El 1° de septiembre de 2008, el banco remitió a la Defensoría las fotocopias de las tarjetas de firmas de la cuenta 22..., una copia de la solicitud de cuenta de ahorros y fotocopias de la reglamentación para el pago de retiros en cuenta de ahorros.

3°.- Esta Defensoría considera que:

**3.1.-** Con apoyo en el artículo 1396 del Código de Comercio, el artículo 1602 del Código Civil y el artículo 127 del EOSF<sup>1</sup> el ahorrador puede imponer condiciones y limitantes para disponer del saldo en cuenta de ahorros, tales como sellos, firmas, colores y signos semejantes que en cada caso el banco debe atender sin excepción ni excusa porque esas limitaciones y particularidades son parte de las herramientas que el ahorrador puede utilizar para su propia seguridad o conveniencia. Lo anterior se corrobora en un concepto de la Superintendencia Financiera del 25 de enero de 2007 (2006063746-001), que en lo pertinente textualmente dice:

*“Las condiciones generales de retiro de una cuenta corriente o de ahorros deben estar pactadas contractualmente. Ahora, cuando el respectivo contrato remite a lo consignado en manuales o reglamentos internos de la en-*

---

1 Sobre el particular pueden consultarse los conceptos de la Superintendencia Bancaria número 2004022442-1 de mayo 12 de 2004, 2003038406-1 de 16 de septiembre de 2003 y 2001074458-1 de 18 de enero de 2002, entre otros.

*idad financiera en aspectos tales como los relativos a retiros en oficinas o en cajeros automáticos, aquellos deben ser de igual forma conocidos por los clientes”.*

**3.2.-** Descendiendo al caso en concreto, se puede ver que de acuerdo con las tarjetas de firmas remitidas por el banco a esta Defensoría, las personas autorizadas para efectuar retiros o para ordenar cargos contra la cuenta de ahorros número 22... son los señores H... y A... y la señora N..., lo que deja ver que las personas con firmas registradas como ordenadores sobre los saldos disponibles en la cuenta son distintas de las que mencionan la cartas CVB-168-10 y CVB-168-89, porque en estas comunicaciones parece que se quiso agregar el nombre de don R... para que a partir del la primera de esas comunicaciones las órdenes de giro vinieran con la firma de cuatro personas, a saber: H...; A...; R... y la señora N.... Ese propósito del ahorrador será admisible si el banco no lo desestima por exagerado y al advertirlo trata de que el titular de los depósitos disminuya la cantidad de firmas o cancele la cuenta, pero en cualquier caso las firmas autorizadas, pocas o muchas, son las que queden en la tarjeta de firmas y no las que se mencionen en la correspondencia porque operativamente los mensajes epistolares no modifican los registros frente a los cuales se procesan las órdenes de pago y se hacen los cotejos de firmas. Por esa razón operativa en el reglamento de Banco... se dice que para autorizar un retiro de una cuenta de ahorros, el cajero está obligado a verificar que las firmas del ordenante coincidan con las firmas digitalizadas en el sistema, que en este caso serían las contenidas en las tarjetas remitidas por el banco. Por lo anterior, es dable afirmar que la comunicación CVB-168-10 enviada al banco por el consorcio Vial Bogotá no era suficiente para modificar los lineamientos y requerimientos para el retiro de depósitos; faltó que el Consorcio registrara la nueva firma para quedar con cuatro ordenantes o que registrara la nueva y eliminara otra para dejar tres firmas como ordenantes en conjunto.

**3.3.-** En conclusión, el Banco no es responsable de los retiros que usted describe porque esa entidad financiera actuó diligentemente y como se acostumbra al hacer los pagos después de constatar que las firmas que aparecían en la tarjeta de firmas, coincidían con las rúbricas presentadas al momento de efectuar el retiro.

**Bloqueo de la cuenta de ahorros.****Descuento contra saldos disponibles en la cuenta de ahorros.****Pensiones inembargables.**

**Ref:- 08-1-2-365** (21 de octubre de 2008)

**1°.- Los hechos:** La queja de la referencia se explica porque desde el mes de mayo del año en curso, el Banco... ha bloqueado la cuenta de ahorros de la cual la quejosa es titular en ese banco. La razón del bloqueo obedece a que le descuentan la cuota derivada de un crédito que el banco desembolsó bajo la modalidad de libranza. La señora C... esperaba que el banco no insistiera en el bloqueo y que los descuentos no afectaran la totalidad de la mesada pensional, como sucedió en el mes de mayo.

**2°.- La tesis del banco:-** El banco nos comunicó que las cuotas del crédito a cargo de la quejosa se recibieron normalmente hasta agosto de 2007 y desde esa época ha venido realizando los descuentos con cargo a la cuenta de ahorros de la señora C... con el fin de recuperar la cartera vencida. El fundamento jurídico para actuar de este modo es la autorización que ella dio para efectuar tales descuentos.

**3°.- El concepto de la Defensoría:**

**3.1.-** Desde nuestro punto de vista, la compensación que se deriva de los descuentos que el banco hizo contra el saldo disponible en la cuenta de ahorros en principio es válida porque, como lo dijimos en un oficio de mayo de este año, la Superintendencia afirmó que la compensación convencional procede aún tratándose de cuentas de ahorro.

**3.2.-** A pesar de lo anterior y aunque podamos tener serias discrepancias con la opinión de la SFC, la Ley 100 de 1993 ha sido muy clara al precisar que los dineros provenientes de la seguridad social, específicamente los derivados de las mesadas pensionales no pueden ser embargados (art. 134, numeral 5 de la ley 100 de 1993). Por su parte, el artículo 344 del Código Sustantivo del Trabajo ha dicho que *“Son inembargables las prestaciones sociales, cualquiera sea su cuantía”*.

**3.3.-** Por otra parte, la Corte Constitucional ha dicho que el artículo 53 de la Constitución establece que las pensiones son inembargables, ya que la Carta establece que *“Los recursos que se asignan al pago de las mesadas pensionales tienen, entonces, una destinación específica ordenada por la propia Constitución y, en consecuencia, sobre la finalidad que cumplen no puede hacerse prevalecer otra, como podría ser la de asegurar la solución de las eventuales deudas a cargo del pensionado”* (cfr. Sentencias C-507 de 2002, T-246 de 2003 y T-448 de 2006).

**3.4.-** Tal y como dijimos enantes, el banco, la SFC o nosotros podemos no estar de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional pero no podemos apartarnos de lo que manda el artículo 53 Superior, ni podemos olvidar que el artículo 4 de la Constitución es claro y contundente: “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”. Ese artículo consagra el *principio de supremacía constitucional*, que desde principios del siglo XIX es conocido como uno de los pilares del Constitucionalismo occidental<sup>1</sup> y desde mediados del siglo XX, con el aporte fundamental del jurista vienés Hans Kelsen, es aceptado en todos los Estados de tradición romano germánica<sup>2</sup>.

**3.5.-** No aceptar el *principio de supremacía constitucional* es negar una de las conquistas de la humanidad, consistente en asegurar los derechos de los individuos frente a los posibles abusos del Estado o de los particulares. Pensar que los conceptos de la SFC o los conceptos de la antigua Superintendencia Bancaria que habilitan la compensación frente a depósitos que ha recibido el banco de algunos dineros provenientes de seguridad social son compatibles con la Constitución Política es ir contra tales opiniones o contra la letra y espíritu de la Carta, puesto que esa tesis va de frente contra el artículo 53 de la Constitución e implica suponer que ese organismo de control gubernamental tiene el poder Constituyente necesario y suficiente para inaplicar normas constitucionales, posibilidades que irían contra la lógica jurídica puesto que la Constitución sólo puede ser suspendida, inaplicada, derogada o reformada por el poder constituyente primario (el pueblo) o secundario (el congreso) y evidentemente la Superintendencia no es ni lo uno ni lo otro.

**3.6.-** “*La posición jerárquica que la Constitución ocupa, pues, respecto del resto del ordenamiento jurídico de un Estado, es clara. No sólo obedece esa ubicación en la cúspide al hecho de ser la norma fundamental..., de la cual derivan su validez las demás normas positivas sino, además, de llevar implícita toda una filosofía política que sirve de orientación no solo a los agentes de poder –los gobernantes-, sino a la conducta de los gobernados, en cuanto miembros activos del conglomerado social*”<sup>3</sup>. Así mismo,

1 Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. *Marbury vs Madison*. Sentencia del juez Marshall., del 24 de Febrero de 1803.

2 Cfr. KELSEN. Hans. *Teoría General del derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., 1988.

3 Cfr. NARANJO, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Ed. Temis. Bogotá D.C., 2000. Págs. 381 y 382. En el mismo sentido pero desde el derecho anglosajón puede consultarse a HART, Herbert. *El Concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1963. Pág. 132 y 133

la Constitución es el origen de la actividad del Estado y, en consecuencia, todas las demás normas jurídicas le están sometidas”<sup>4</sup>, lo que impide que siquiera por especulación se pueda creer que los conceptos de la SFC pueden ir contra la Carta Fundamental.

**3.7.-** Todo el razonamiento que se ha venido haciendo hasta aquí también se predica del Código Civil que, aunque algunos lo olviden, es una ley que en todo caso está sometida a la Constitución. En efecto, por razones muy cercanas a *la interpretación eficiente* aceptamos que la compensación convencional está autorizada por la ley, pero en este caso concreto esa opinión iría contra la Constitución si se dijera que esa modalidad de compensación también podría afectar o incluir los dineros provenientes de la seguridad social, específicamente los derivados de las mesadas pensionales y las prestaciones sociales. Esta es una excepción de inconstitucionalidad que es “*consecuencia directa de la supremacía constitucional*” e impone el deber de aplicar la Constitución, en forma preferente, en caso de incompatibilidad con la ley o con cualquier norma jurídica<sup>5</sup>. De lo anterior emergen varias precisiones:

- a.- La ley no es declarada inconstitucional con efectos erga omnes, sino que para el caso en concreto se deja de aplicar (inter partes).
- b.- “Toda persona que deba aplicar una norma jurídica, debe aplicar la Constitución cuando la norma jurídica le sea incompatible. La excepción de constitucionalidad no es una facultad exclusiva de jueces o autoridades públicas. Es deber de todas las personas”<sup>6</sup>.
- c.- La excepción de inconstitucionalidad está autorizada por el artículo 4 de la Constitución.

**3.8.-** En este caso, con apoyo formal en normas de origen legal y reglamentario se estarían desconociendo principios constitucionales, es decir, ante la incompatibilidad evidente entre el Código Civil y los Conceptos de la SFC, por un lado, y la Constitución, por el otro, no se puede preferir la aplicación de los conceptos de la entidad gubernamental. Esa conducta en sí misma constituye una vulneración al principio de “supremacía constitucional” que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es “*un derecho fundamental de las personas que bajo distintas formas se concede a ellas por la Constitución para vigilar su cumplimiento y obtener, cuando no sea así, que los poderes públicos ejerzan sus competencias dentro de los límites de la Constitución, se inspiren en sus valores y principios y respeten, en todas las circunstancias,*

4 Cfr. VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Constitucional*. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1969. Pág. 23.

5 CHARRY, Juan Manuel. *La Excepción de Constitucionalidad*. Ediciones Jurídicas Radar. Bogotá D.C. 1994. Pág. 177.

6 CHARRY, Juan Manuel. *Op. Cit.* Pág. 178.

*los derechos y garantías de las personas.*"<sup>7</sup>. Teniendo en cuenta que es un derecho fundamental, se estaría vulnerando un derecho personalísimo y en ese orden de ideas eventualmente podría proceder una acción de tutela para "proteger ese derecho". (Cfr. Art. 86 de la Constitución).

**3.9.-** Como ninguna norma de origen constitucional o legal habilita al banco para adoptar la medida que originó la queja, en presencia de los hechos entendimos que esa era una expresión de la posición dominante dentro del contrato, que carece de asidero constitucional.

**4°.- Las razones del Banco... para apartarse de lo dicho por la Defensoría:-**

El banco dijo no estar de acuerdo con el concepto de la Defensoría porque en virtud del artículo 1602 del Código Civil, el contrato como ley suprema de las partes es el que dicta el derecho entre las partes. Así las cosas, si en el acto jurídico se pactó la compensación, es posible hacer los descuentos respectivos de la cuenta de ahorros. Además de lo anterior la SFC en un reciente concepto que el banco transcribió dijo que:

*"las cuentas de ahorro provienen de la celebración de un contrato de depósito irregular de dinero, entre un establecimiento bancario (depositario) y su cliente (depositante), del cual se deriva el derecho esencial para el depositante de disponer de las sumas depositadas en los términos y mediante los mecanismos pactados con el banco depositario, de conformidad con las normas previstas en los numerales 5 y 6 del artículo 127 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), de ahí que nada impide que la figura de la compensación pueda pactarse, es decir, que al momento de definir los términos de disposición de los recursos depositados puede incluirse una cláusula que permita la compensación convencional.*

*Así pues, en la medida en que la cláusula mencionada se encuentre prevista en los documentos que rigen el contrato de depósito en cuenta de ahorro puede operar la compensación de sumas adeudadas por el depositante al banco depositario, ocasionadas en cualquier producto de crédito*<sup>8</sup>.

Agradecemos el interés que el banco puso en este asunto, quedamos predispuestos a modificar nuestro punto de vista en presencia de alguna norma constitucional o buena razón que el banco nos señale como base de su conducta y mientras tanto reiteramos lo que se dijo en su momento.

---

7 Sentencia C-445/96

8 Cfr. Concepto 2008041762-001 del 10 de julio de 2008.

## 8. COMPROBANTE DE CONSIGNACIÓN

### Comprobante de consignación: su especial valor probatorio.

Ref:- 05-1-43-021 (12 de agosto de 2005)

Esta Defensoría recibió de la Asociación Bancaria de Colombia la queja que usted radicó ante esa oficina el 28 de marzo y después de poner el caso en conocimiento de Banco... y recibir los documentos que el banco consideró pertinentes, ha llegado a las siguientes conclusiones:

1º.- En su queja dice que para enjugar el saldo de un crédito que usted tuvo con Caja... en liquidación, el 8 de mayo de 2000 hizo una consignación en la oficina de Banco... (municipio de La Macarena), consignación que no se refleja en Caja..., entidad que dice no haber recibido el abono de los \$4.221.561, razón por la cual lo ha reportado a Datacrédito como deudor moroso.

2º.- Los documentos disponibles en fotocopia demuestran que la consignación se hizo el 8 de mayo de 2.000 en la oficina 4519 (municipio de La Macarena) de Banco... por valor de \$4.221.561, operación que se relaciona, según lo poco y casi nada de lo que por el mínimo tamaño de la letra se puede leer en el comprobante de consignación que expidió el Banco, con la obligación 62.... Como ese documento tiene el especial valor probatorio que le reconoce el artículo 1.386 del Código de Comercio, tal como la Caja... le sugirió en carta del 4 de febrero, usted puede hacerlo valer ante Banco..., institución que con su ayuda podrá reconstruir el itinerario de esa operación para establecer de una vez por todas si la consignación existe o no y si con base en ella se hizo o no el abono a la Caja... o a la fecha está pendiente.

3º.- El Banco... ha dado a entender que no puede participar en la solución de este problema porque el reporte que se hizo en Datacrédito proviene de Caja... en liquidación y es consecuencia de una relación contractual que debió existir entre el quejoso y la Caja, lo cual significa que son ellos, es decir la Caja y usted, los llamados a establecer si la deuda se pagó o no y si había o no razón para reportar al cliente que ahora se queja. Ese razonamiento parece lógico pero no lo es por incompleto ya que olvida reconocer que la consignación que la Caja echa de menos y que afana al quejoso es la que Banco... recibió y que parece no llegó a su destino, lo que dará lugar a que el banco se interese en reconstruir el itinerario de esta operación para establecer cuanto detalle permita averiguar lo que a todos les conviene, que es, el

destino final de esos dineros y a que, establecida la verosimilitud del comprobante de consignación, responda por los dineros que recibió para abonar en la cuenta de la Caja y por sus intereses.

4º.- Con base en la fotocopia que usted nos envió y en algunos documentos que reposan en el expediente (46...25/05/05; carta del Gerente Zonal Villavicencio del 28/03/05; 574 del 4/02/05; GSIG-762 del 15/07/05 y 1629 del 10/08/05), esta Defensoría debe aceptar que la consignación sí se hizo en el Banco...; no puede definir si el banco consignó esos dineros en la Caja pero sí puede solicitarle al Banco..., como en efecto lo está haciendo en esta misma fecha, (i) que se interese por averiguar y efectivamente averigüe, dentro de los treinta días comunes que sigan a este dictamen, si ese comprobante de consignación fue expedido por Banco..., si corresponde a la oficina de La Macarena y si dio lugar a un abono en las cuentas de la Caja ...; (ii) que del resultado de esta averiguación concreta les de noticia tanto a usted como a Caja... en Liquidación; (iii) que si de lo averiguado resulta que la consignación en las cuentas de Caja... sí ocurrió, le entregue a usted copias de cuantos documentos fueren necesarios para que los haga valer ante Caja...; (iv) que si de lo averiguado resulta que la consignación en las cuentas de Caja... no ocurrió, reconozca el banco el valor probatorio del comprobante de consignación y liquide los intereses de mora que se entenderán causados desde el 8 de mayo de 2000 hasta cuando ocurra el reintegro a su favor o la consignación a la Caja.

En consecuencia, el sucrito defensor del Cliente le solicitará a Banco... que a la mayor brevedad posible establezca la existencia o inexistencia de la consignación, su valor, el nombre del depositario y el destino, fecha y cuantía del abono que hizo con apoyo en esa consignación, de lo cual deberá darle noticia tanto al peticionario como a Caja... en liquidación para que obre de conformidad con lo antedicho.

## 9. BILLETES FALSOS

Ref:- 05-1-44-0067 (11 de octubre de 2005)

Hemos recibido su comunicación del 7 de septiembre que acaba de pasar, en la cual describe las etapas y operaciones que sucedieron entre el 1° el 3 de septiembre de este año, cuando el jueves usted cobró por ventanilla un cheque, vio cómo la máquina del banco contaba los billetes y luego usted misma los contó antes de retirarse del banco. Luego sacó dos billetes escogidos al azar y consignó el resto en otro banco. Al tercer día, el sábado, se dio cuenta de que esos dos billetes eran falsos, lo que la lleva a preguntarse si en esos casos debe verificar “*billete por billete*”.

Vistos lo hechos y recibidas las explicaciones del banco hemos concluido que:

1°.- En un evento de las características del aquí examinado, parece innecesario destacar que cualquier opinión o juicio a favor del mismo depende, inevitablemente, de la plena prueba que acredite que los hechos ocurrieron tal como el interesado los narra, en particular, que efectivamente el dinero entregado por la cajera, consistió en billetes falsificados, es decir, que indudable e indiscutiblemente los billetes falsos son los mismos que el cliente recibió y son los que él posteriormente intentó utilizar en su beneficio. Como de la sana lógica bien se comprende, esta prueba es prácticamente imposible de lograr, visto el hecho de que la identificación del dinero, dada su naturaleza fungible y el torrente circulatorio que envuelve este intercambio de bienes, se hace ciertamente inalcanzable. Ni aún en el caso hipotético de que los bancos llevaran el registro individualizado de cada billete se lograría con certeza aquel resultado. Por estas razones de índole fáctico, la demostración de este tipo de circunstancias debe comprobarse en el acto mismo de la entrega del dinero. Es decir, el cliente tiene la carga de contar los billetes, calcular el valor acumulado de los billetes que recibe y, además, examinarlos *uno por uno* porque estas operaciones entrañan cierto riesgo y porque, aunque la buena fe se presume es ilógico que el banco acepte tal reclamo “después de que el cliente se retiró del banco”.

2°.- Por otra parte, no se puede desconocer que los bancos, unos con más cuidado que otros pero todos sin excepción, cuentan con equipos especializados y con estrictos controles para verificar continuamente la cantidad y la idoneidad de los billetes que circulan en el giro de sus negocios ordinarios y lo mismo sucede con las empresas que el Decreto 663/93 denominó “transportadoras de valores”, que son las que surten de efectivo a las redes de oficinas bancarias. En consecuencia, las empresas

dedicadas al manejo diario de billetes de banco actúan con el celo y cuidado que se le exige a los profesionales y esa circunstancia a la vez que los exonera de cualquier presunción de culpa traslada a los usuarios la carga de probar la falsedad del billete, trabajo muy difícil que prácticamente nadie puede afrontar con éxito porque ninguna persona accede a los servicios que prestan los bancos acompañado de testigos, peritos e instrumentos que le permitan demostrar que un determinado billete es o no falso. Posiblemente ese cliente no existe.

**3º.-** Por otra parte, los bancos imparten instrucciones a sus cajeros, los capacitan en el manejo de papel moneda, lo cual incluye talleres para identificar los billetes falsos, tal como ha sucedido con la cajera que la atendió el jueves, funcionaria que ha recibido esos cursos y que no ha sido motivo de queja por este género de problemas.

**Ref:- 05-1-2-142** (16 de noviembre de 2005)

La comunicación que recibimos el 28 de septiembre que acaba de pasar fue puesta en conocimiento de Banco... para conocer sus puntos de vista y para solicitarle algunos documentos que consideramos necesarios para atender su caso. Con base en el correo electrónico que le dio origen a esta actuación, los documentos que recibimos del banco y las explicaciones de esa entidad financiera hemos concluido lo siguiente:

**1º.-** Su queja se encamina a precisar qué sucedería si en el conjunto de billetes que retira del cajero automático le vuelve a salir un billete falso, asunto que le interesa porque uno de los billetes que retiró el 16 de septiembre era falso y usted es persona muy ocupada para hacer fila y llevar una carta.

**2º.-** Esta Defensoría le solicitó al banco algunas precisiones y lo que puede interesarle se resume así:

**a.-** Los cajeros administrados por ATH cuentan con un sistema de monitoreo de alarmas.

**b.-** El cajero ubicado en la Universidad del Tolima no cuenta con sistema de video sino con un sistema de doble o dual, con doble juego de llaves para ingreso al cajero y el acceso a la bóveda, que sólo lo pueden hacer los funcionarios de la Transportadora de Valores.

**c.-** El aprovisionamiento de ese cajero lo hace Brinks de Colombia, en camiones blindados y con sujeción a un protocolo y manuales de seguridad establecidos por ATH.

Desde nuestro punto de vista, la queja no solicita reintegro alguno y lo que ha solicitado es lo expuesto enantes, razones por las cuales damos por cerrada esta actuación, advirtiendo que lo dicho no altera sus derechos de acción y queja.

## 10. TARJETA DÉBITO

### **Carga de verificación.**

### **Responsabilidad de los establecimientos oficiales.**

### **Responsabilidad del emisor de plástico.**

**Ref:- 05-1-44-109** (23 de octubre de 2005)

La carta que usted nos envió el 5 de septiembre fue puesta en conocimiento de Banco... y con base en la respuesta del banco, los documentos que solicitamos y los que el banco nos hizo llegar, así como en consideración a la carta que usted le envió al banco el 11 de julio, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1º.- Su queja se contrae a los cuatro retiros que el 5 de julio de 2005 que se hicieron con cargo a su cuenta de ahorros N° 05..., utilizando para ello la tarjeta débito N° 45... que corresponde a esa cuenta. Además de las explicaciones correspondientes usted espera la reparación de los daños causados.

2º.- Todas las operaciones registradas en la tira de auditoría, que contiene el registro de la información sobre las operaciones efectuadas en una terminal electrónica de una entidad financiera, pertenecen a su tarjeta débito.

3º.- Aunque para un cliente sin mayor información le parezca inexplicable, la verdad es que en el caso de las tarjetas débito los retiros y utilidades sólo son posibles si se utilizan la tarjeta y la clave. Técnicamente no existe otra posibilidad. Por ello las recomendaciones que imparten los operadores de estos servicios y las autoridades de policía insisten en que los tarjetahabientes no dejen ver la clave, no la compartan, no la divulguen y no faciliten su conocimiento por parte de terceros. A pesar de ello, los delincuentes se dan trazas para duplicar las tarjetas y para conocer las claves y con ello perfeccionan las operaciones que, como en este caso, sorprenden a los clientes y afectan gravemente sus intereses y su seguridad. En estos servicios el banco es responsable de disponer controles adecuados para el sistema, como son los topes de cada operación, los topes diarios y el registro exacto de las utilidades sin que al banco le corresponda verificar en cada operación los números de la cédula de ciudadanía y la firma del operador, porque esa carga está radicada en el establecimiento afiliado, al cual, en cada caso y en el mismo momento de su realización, le corresponde analizar la razonabilidad de la operación y la coincidencia formal de datos mínimos que puede verificar cotejando con la cédula de ciudadanía la firma que allí aparece con la que se estampa en su presencia.

4°.- El banco ha tomado interés en este caso y dispuso la elaboración de un estudio grafológico que nos ha parecido explícito y muy suficiente para resolver su caso. Sin embargo, el banco considera que esta Defensoría no debe continuar analizando este asunto porque la Superintendencia Bancaria lo está conociendo al mismo tiempo, circunstancia que el Decreto 690 de 2003 contemplaba como motivo de incompetencia porque podía conducir a pronunciamientos contradictorios.

5°.- No compartimos la opinión del banco sobre el tema de la incompetencia y por ello hemos resuelto presentar nuestras conclusiones en términos muy breves, que se resumen así:

a.- El banco es responsable de disponer controles adecuados para el sistema, como son los topes de cada operación, los topes diarios y el registro exacto de las utilidades sin que al banco le corresponda verificar en cada operación los números de la cédula de ciudadanía y la firma del operador.

b.- La carga de verificación está radicada en el establecimiento afiliado, al cual, en cada caso y en el mismo momento de su realización le corresponde analizar la razonabilidad de la operación y la coincidencia formal de datos mínimos que puede verificar cotejando con la cédula de ciudadanía la firma que allí aparece con la que se estampa en su presencia.

c.- Como el banco sabe que las firmas discutidas no se le pueden atribuir a usted, debe actuar en consecuencia y sin faltar a la verdad debe evitar el sacrificio de su cliente o el daño propio y animar las investigaciones que correspondan para promover una solución justa.

d.- Para darle cumplimiento a la circular 23, expedida por la Superintendencia Bancaria en agosto de este año, Banco... debe interesarse en establecer una comunicación directa con usted para colaborarle en lo que al cliente y al banco les conviene y para lograr, sin que ello implique renuncia o menoscabo de los derechos de las partes, una solución de fondo sobre este caso.

e.- La Defensoría no puede definir la responsabilidad civil que le podría corresponder a una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria. Ese tema corresponde a la justicia ordinaria o a la justicia arbitral.

**Retiros en cajeros automáticos.****Carga de custodia.****Responsabilidad de los establecimientos de comercio.**

**Ref:- 05-1-44-116** (13 de febrero de 2006)

El 21 de octubre del año pasado recibimos copia de la carta que contiene la solicitud encaminada a obtener el reintegro de los dineros que sin su intervención fueron retirados a través de cajeros automáticos y otras utilizaciones que se hicieron con su tarjeta débito, unas y otras con cargo a su cuenta de ahorros.

Del escrito que acabo de mencionar le dimos traslado al banco para conocer su opinión sobre el contenido de su reclamo. Banco... analizó el caso con detenimiento e igual cosa hizo el área técnica de esta Defensoría, de todo lo cual se concluye lo siguiente:

**1°.-** En estricto sentido el artículo 6° del decreto 690 de 2.003 trata de racionalizar los trabajos de las autoridades jurisdiccionales y administrativas y de impedir que la actividad de la Defensoría del Cliente concorra con la de cualquiera de tales autoridades, circunstancia que ha dado lugar a que las quejas que llegan al conocimiento de la Superintendencia Financiera o que animan un proceso civil o de otra naturaleza, se conviertan en materia de esos procesos con exclusión del servicio del Defensor del Cliente.

**2°.-** Sin tener en cuenta lo antedicho, Banco... accedió a atender cuanto le solicitó esta Defensoría y de ello se desprendieron varias comunicaciones y los conceptos técnicos del 10 de diciembre el año pasado y del 9, 15 y 31 de enero del año en curso, que en síntesis dicen lo siguiente:

**2.1.-** El cliente posee la tarjeta débito No. 49... asignada a cuenta de ahorros No. 3-2... según información suministrada por la Banco... (folio 16).

**2.2.-** El registro de las operaciones en el sistema corresponde a la tarjeta asignada al cliente. (Folios 17, 18, 19, 20, 21, 29, 35, 36, 41, 42, 43, 44, 45, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 60, 62, 63, 64, 66, 69.)

Fecha (2005)	Hora	Trans.	Dirección cajero	Cajero	Valor	Resultado	T.Operac.
17/10	17:32:05	0782	Servibanca Avda Cali Cille 17 Btá	3285	400.000,00	Exitoso	Retiro
17/10	17:33:01	0783	Servibanca Avda Cali Cille 17 Btá	3285	400.000,00	No Exitoso	Retiro
17/10	17:33:34	0784	Servibanca Avda Cali Cille 17 Btá	3285	100.000,00	Exitoso	Retiro
17/10	17:37:28	8748	Carrefour Los Hayuelos Bogotá	Ilegible	1'700.490,00	Exitoso	Pago P.O.S.
17/10	18:40:07	2012	Éxito Fontibón Bogotá	6989	306.644,00	Exitoso	Pago P.O.S.
17/10	20:08:17	4008	Carulla Ciudad Jardín Bogotá	6695	110.850,00	Exitoso	Pago P.O.S.
18/10	07:06:57	8702	Cra 40 No. 22B – 60 Bogotá	4406	400.000,00	Exitoso	Retiro
18/10	07:07:50	8703	Cra 40 No. 22B – 60 Bogotá	4406	100.000,00	Exitoso	Retiro
18/10	07:08:36	8704	Cra 40 No. 22B – 60 Bogotá	4406	100.000,00	No Exitoso	Retiro
18/10	08:02:42	5482	Mercadefam No. 3 B/manga	Ilegible	82.460,00	Exitoso	Pago P.O.S.
18/10	08:44:39	0156	Vivero Bucaramanga	2546	1'067.900,00	Exitoso	Pago P.O.S.
18/10	09:29:16	6743	Éxito Bucaramanga	1764	63.800,00	Exitoso	Pago P.O.S.
18/10	09:32:54	3547	Éxito Bucaramanga	1715	949.000,00	Exitoso	Pago P.O.S.
18/10	11:06:41	0793	Calzado Bata No. 2 B/manga	9911	135.500,00	Exitoso	Pago P.O.S.
19/10	02:50:01	1759	Cra 7 No. 59 – 47 Bogotá	2994	400.000,00	Exitoso	Retiro
19/10	02:51:14	1761	Cra 7 No. 59 – 47 Bogotá	2994	100.000,00	Exitoso	Retiro
19/10	08:21:37	8045	Mercadefam Floridablanca	2405	1'482.270,00	Exitoso	Pago P.O.S.
19/10	08:30:55	4161	Mercadefam Floridablanca	9727	60.050,00	Exitoso	Pago P.O.S.
19/10	09:10:16	0213	Vivero Bucaramanga	Ilegible	698.000,00	Exitoso	Pago P.O.S.
19/10	12:10:51	5511	Autoservicio La Canasta	9503	57.890,00	Exitoso	Pago P.O.S.
19/10	17:49:01	8375	Megabanco Centro Internal. Btá.	0021	20.000,00	Exitoso	Retiro
19/10	17:49:30	8376	Megabanco Centro Internal. Btá.	0021	100.000,00	No Exitoso	Retiro
20/10	07:27:28	7488	Megabanco Trinidad Galán Btá.	0081	100.000,00	Exitoso	Retiro
20/10	07:46:44	1285	Servibanca Cille 8 No. 47- 22 Btá.	3019	400.000,00	Exitoso	Retiro
20/10	08:26:49	0378	Supermercado mas por menos	7124	718.260,00	Exitoso	Pago P.O.S.
20/10	08:31:57	0379	Supermercado más por menos	7124	163.780,00	Exitoso	Pago P.O.S.
20/10	09:46:10	3726	Mercadefam Floridablanca	2412	560.860,00	Exitoso	Pago P.O.S.
20/10	09:54:32	3727	Mercadefam Floridablanca	2412	587.130,00	Exitoso	Pago P.O.S.
			<b>TOTAL</b>		<b>6'514.224,00</b>		

**2.3.-** Es posible diferenciar las operaciones exitosas y las no exitosas y unas y otras se reflejan en el cuadro que muestra la secuencia, según los registros de las tiras de auditoría. (Folios 17, 18, 19, 20, 21, 29, 35, 36, 41, 42, 43, 44, 45, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 60, 62, 63, 64, 66, 69.)

**2.4.-** El sistema no permitió que se violaran los topes de retiro para las operaciones impugnadas. De hecho varias de las operaciones no exitosas, lo fueron por exceder el cupo de retiro diario. (Folios 17, 18, 19, 20, 21, 29, 35, 36, 41, 42, 43, 44, 45, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 60, 62, 63, 64, 66, 69.)

**2.5.-** El análisis de las copias de los voucher permite ver que los denominados Mercadefam se encuentran ubicados en el Departamento de Santander y existen dos operaciones con apenas una hora de diferencia entre Bogotá y Bucaramanga. Cuando la Defensoría le preguntó a Banco... sobre este particular, la respuesta se contrajo a decir que ello se verá en la investigación que adelanten las autoridades. (Folios 83.) Tal vez hubiera podido decirse otra cosa pero lo cierto es que físicamente la dos operaciones no se pudieron realizar con la misma tarjeta y mucho menos por la misma persona, lo que no quiere decir que el cliente o el banco sean responsables de lo acontecido porque este asunto, el de la responsabilidad civil, depende del grado de diligencia que a cada parte era exigible y de su comportamiento concreto frente al caso. Así, desde el plano teórico, si el banco puso los medios necesarios para garantizar y promover la seguridad y prevención que le eran exigibles, no responde por los daños que implica el uso indebido de la tarjeta; e igual cosa sucede con el tarjetahabiente, quien debe asumir cargas de custodia y seguridad proporcionales y adecuadas en relación con el riesgo que comporta la tenencia y uso de este tipo de tarjetas, que técnicamente son tan seguras como las tarjetas de crédito, pero que operativamente no imponen el cotejo de firmas y por ello aumentan el riesgo del tarjetahabiente y le impone una carga de custodia y perspicacia mayor.

**2.6.-** Nuestro trabajo no se pudo beneficiar de las averiguaciones que hizo Incocrédito porque esa entidad entiende que esas investigaciones son confidenciales y que sólo lo puede revelar con autorización expresa de su fuente o mediando una orden de autoridad competente. (Folios 83, 103).

**2.7.-** Al ver la copia de la tarjeta de firmas, se aprecia que definitivamente la firma de los voucher no coincide con la registrada por el cliente. (Folios 62, 63, 64, 102). Esta circunstancia sugiere que el banco o el establecimiento afiliado donde se hicieron las compras son los responsables de lo sucedido porque la disparidad entre esas firmas es tan ostensible que sin esfuerzo alguno se puede aceptar que provienen de manos distintas. Sin embargo, como en el caso de las tarjetas débito no se utiliza firma alguna el cotejo o es posible y el banco no ha de responder, conclusión que no se extiende al establecimiento afiliado porque cuando

la utilización se haga de esa manera el establecimiento deberá solicitar la exhibición del documento de identidad y si ello no ocurre asume la responsabilidad que se deriva de su omisión. Siempre quedará pendiente la prueba del comportamiento defectuoso, cosa que no es tema de esta opinión y que el tarjetahabiente resolverá luego, según su propia conveniencia.

**2.8.-** Los cajeros utilizados no poseen cámara de vídeo. (Folios 23, 29, 35, 36, 40, 47, 50, 58, 61, 67, 70).

**2.9.-** Banco... certificó que las operaciones impugnadas como se registraron en el log. de transacciones <sup>1</sup> fueron realizadas con lectura de banda magnética y del track II <sup>2</sup>, allí fueron validados el número de la tarjeta, la fecha de vencimiento y la validación del PIN<sup>3</sup>. (Folios 72.), circunstancia que desfavorece las pretensiones del quejoso porque esos dos elementos son fundamentales, es decir, imprescindibles para utilizar la tarjeta y si los dos resultaron satisfactorios es porque la tarjeta o un duplicado y la clave a un mismo tiempo estuvieron en manos de quien las utilizó abusivamente.

**2.10.-** Las operaciones impugnadas no presentan mensajes de error. (Folios 17, 18, 19, 20, 21, 29, 35, 36, 41, 42, 43, 44, 45, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 60, 62, 63, 64, 66, 69.)

**2.11.-** Las operaciones no exitosas corresponden a intentos de retiro por encima del tope autorizado. (Cfr. cuadro.)

**2.12.-** En todas las operaciones de pago en punto de venta, la firma no coincide con la registrada en la solicitud y entrega de tarjeta, ni con la consignada en la reclamación a esta oficina, lo que el quejoso deberá tener en cuenta para proteger sus intereses.

**2.12.-** Para realizar los retiros en efectivo fue necesario utilizar al tiempo la tarjeta y de la clave<sup>4</sup> correspondiente en poder del reclamante. Es decir, aunque

---

1 Es el registro electrónico de las operaciones bien sea en el computador Central de la Entidad o en el servidor de la oficina en la que se encuentra funcionando el cajero automático, con el cual se documentan las operaciones autorizadas efectuadas por el cliente en todos los cajeros automáticos de la red propia.

2 Consiste en la información que se encuentra grabada en la banda magnética de la tarjeta, en la cual se encuentra registrada tanto la numeración de la tarjeta, como la identificación de la cuenta del cliente en el sistema, además de otra información que varía de acuerdo con la entidad.

3 Se denomina así por sus siglas en inglés (Personal Identification Number).

4 Es de acuerdo con la ley, la firma digital del cliente, ya que sin ésta no es posible efectuar ninguna operación. Es un número de exclusivo conocimiento del tarjetahabiente y conforme a lo pactado contractualmente entre las partes, personal e intransferible.

la tarjeta hubiese sido hurtada o duplicada, sin el conocimiento de la clave de acceso no se hubiera podido efectuar ninguna operación.

**3°.-** En resumen, como Banco... no incurrió en falta o defecto en los controles del sistema, puesto que no se violaron los toques de retiro y el registro de todas las operaciones en el sistema corresponde a la tarjeta en poder del reclamante, no es posible acceder a lo que solicita el quejoso, lo que no significa que él carezca de razón sino más bien que en este caso la responsabilidad parcial parece recaer en los operadores comerciales que intervinieron como establecimientos afiliados y, obviamente, en los autores de los delitos relacionados con este caso. Por estas razones no hay lugar al reintegro que usted solicita y procede entonces la Defensoría el cierre de este caso.

### **Orden de bloqueos.**

### **Fecha de la operación y fecha de registro.**

### **Responsabilidad del banco.**

**Ref:- 06-1-43- 018** (24 de mayo de 2006)

**1°.-** Su queja se encamina a obtener el reintegro de los dineros que por valor de \$4.594.510<sup>00</sup> entre el 11 y el 15 de noviembre y a pesar del bloqueo que se cumplió a las 12.52 y a las 12.57 del 12 de noviembre de 2005 fueron sustraídos de su cuenta de ahorros sin que usted efectuara ninguno de los retiros ni las compras que aparentemente justifican los cargos.

**2°.-** Con base tanto en la carta que le dio origen a esta actuación como en los documentos y las explicaciones que recibimos del banco el 23 de febrero y el 4 de mayo en curso, hemos concluido lo siguiente:

**2.1.-** Las operaciones que generan el conflicto ocurrieron entre el 11 y el 12 de noviembre de 2005 y como ninguna se realizó el 15 de noviembre no se puede concluir que después del bloqueo se perfeccionaron compras o retiros con esa tarjeta, confusión que se explica porque en el extracto esas operaciones se reflejaron con fecha 15 de noviembre.

**2.2.-** La solicitud de bloqueo se hizo a las 12:52 del 12 de noviembre y el motivo que se dio fue el robo. El sistema COBIS registró el bloqueo a las 12:47 del 12 de noviembre de 2005.

**2.3.-** Su queja fue valorada y atendida por el banco mediante comunicaciones CAC 5233 del 24 de noviembre de 2005, CAC 5794 del 16 de diciembre del año pasado y CAC 865 del 21 de febrero de este año, razón por la cual y a pesar de

que nada de lo que solicitó se le concedió, no se puede decir que hasta el 29 de marzo de 2006 usted no había recibido respuesta alguna.

**3°.-** El suscrito Defensor considera que:

**3.1.-** Al ver la copia de la tarjeta de firmas, se aprecia que definitivamente la firma de los voucher no coincide con la registrada por el cliente. (Folios 35 a 39 y 13 a 17). Esta circunstancia sugiere que los establecimientos afiliados donde se hicieron las compras son los responsables de lo sucedido porque la disparidad entre esas firmas es tan ostensible que sin esfuerzo alguno se puede aceptar que provienen de manos distintas. Sin embargo, como en el caso de las tarjetas débito para su utilización no se exige firma alguna, el cotejo no es posible y el banco no ha de responder, conclusión que no se extiende al establecimiento afiliado porque cuando la utilización se haga de esa manera, el establecimiento deberá solicitar la exhibición del documento del usuario y si ello no ocurre asumirá la responsabilidad que se deriva de su omisión. Siempre quedará pendiente la prueba del comportamiento defectuoso, cosa que no es tema de esta opinión y que el tarjetahabiente resolverá luego.

**3.2.-** Los cajeros utilizados no poseen cámara de vídeo.

**3.3.-** Las operaciones impugnadas como se registraron en el log. de transacciones<sup>1</sup> fueron realizadas con lectura de banda magnética y del track II<sup>2</sup>, allí fueron validados el número de la tarjeta, la fecha de vencimiento y la validación del PIN<sup>3</sup>, circunstancia que desfavorece sus pretensiones porque esos dos elementos son fundamentales, es decir imprescindibles, para utilizar la tarjeta y si los dos resultaron satisfactorios es porque la tarjeta (o un duplicado) y la clave a un mismo tiempo estuvieron en manos de quien las utilizó abusivamente.

**3.4.-** Las operaciones impugnadas no presentan mensajes de error.

**3.5.-** En todas las operaciones de pago en punto de venta, la firma no coincide con la registrada en la solicitud y entrega de tarjeta, ni con la consignada en la reclamación a esta oficina, lo que el quejoso deberá tener en cuenta para proteger sus intereses.

---

1 Es el registro electrónico de las operaciones bien sea en el computador Central de la Entidad o en el servidor de la oficina en la que se encuentra funcionando el cajero automático, con el cual se documentan las operaciones autorizadas efectuadas por el cliente en todos los cajeros automáticos de la red propia.

2 Consiste en la información que se encuentra grabada en la banda magnética de la tarjeta, en la cual se encuentra registrada tanto la numeración de la tarjeta, como la identificación de la cuenta del cliente en el sistema, además de otra información que varía de acuerdo con la entidad.

3 Se denomina así por sus siglas en inglés (Personal Identification Number).

**3.6.-** Para realizar los retiros en efectivo fue necesario utilizar al mismo tiempo la tarjeta y la clave<sup>4</sup> en poder del reclamante. Es decir, aunque la tarjeta hubiese sido hurtada o duplicada, sin el conocimiento de la clave de acceso no se hubiera podido efectuar ninguna operación.

**3.7.-** En resumen, como Banco... no incurrió en falta o defecto en los controles del sistema, puesto que no se violaron los topes de retiro y el registro de todas las operaciones en el sistema corresponde a la tarjeta en poder del reclamante, no es posible acceder a lo que usted solicita, lo que no significa que usted carezca de razón o de motivos para reclamar sino más bien que en este caso la responsabilidad parece recaer en los operadores comerciales que intervinieron como establecimientos afiliados y, obviamente, en los autores de los delitos relacionados con este caso.

### **Retiro con tarjeta débito.**

#### **Cargas al cliente para evitar fraude.**

#### **Trato discriminatorio.**

**Ref:- 05-1-43-067** (24 de julio de 2006)

**1º.-** La queja se explica porque cuando quiso hacer un retiro con su tarjeta débito, en el banco le exigieron que presentara fotocopia de su cédula de ciudadanía, lo que le impidió cerrar esa transacción y la obligó a cumplir esa nueva diligencia.

**2º.-** El Banco... nos ha dicho que esta exigencia busca mayor certeza sobre la persona que efectúa el retiro, lo que se hace para proteger al cliente pero en ocasiones genera molestias como la que usted vivió en esta ocasión.

**3º.-** La opinión de la Defensoría resulta un tanto difícil porque no es lógico que el banco exija fotocopia de la cédula para atender una orden de retiro que imparte el propio titular de la cuenta, pero sí es deseable que en estos casos el banco actúe con perspicacia y celo para evitar el fraude. Pero si para lograr lo segundo, que es deber inexcusable y general en todas las actuaciones del banco, se admitiera que cada cajero, cada Director de oficina o cada Vicepresidente le impusiera a los clientes cargas ingeniosas y bien intencionadas pero ajenas a lo que dicen las leyes, las costumbres y los contratos, se caería en una creación progresiva de rarezas que por extrañas a la operación carecen de sustento legal y pueden convertirse en pretexto que anime el trato discriminatorio y, lo que es peor, que promueva las dádivas y las corruptelas que ofrecerán los interesados en liberarse de trámites innecesarios.

---

4 Es de acuerdo con la ley, la firma digital del cliente, ya que sin ésta no es posible efectuar ninguna operación. Es un número de exclusivo conocimiento del tarjeta habiente y conforme a lo pactado contractualmente entre las partes, personal e intransferible.

**Retiros a través de cajeros automáticos.****Presunción de utilización exitosa.****La carga de custodia.****Utilización en establecimientos de comercio.**

**Ref:- 06-1-44-153** (17 de octubre de 2006)

El 05 de septiembre del año en curso recibimos carta que contiene la solicitud encaminada a obtener de Banco... el reintegro de los dineros que sin su intervención fueron retirados a través de cajeros automáticos y mediante compra en establecimientos de comercio con cargo a su cuenta de ahorros No. 22....

Del escrito que acabo de mencionar le dimos traslado al banco para conocer su opinión sobre el contenido de su reclamo, solicitud que atendió mediante comunicación radicada el 02 de octubre de 2.006 en las instalaciones de la Defensoría. Banco... analizó el caso con detenimiento e igual cosa hizo esta Defensoría, de todo lo cual se concluye lo siguiente:

**1º.-** Las circunstancias o elementos de hecho se pueden resumir así:

**1.1.-** El cliente es titular de la tarjeta débito No. 49... asignada a cuenta de ahorros No. 22..., de acuerdo con información suministrada por el banco (Folios 62 y 65) y corroborada en el texto de reclamación.

**1.2.-** Todas y cada una de las operaciones reclamadas fueron realizadas con la información contenida en la banda magnética de la tarjeta débito asignada al cliente y mediante el uso de la clave secreta cuya custodia recae única y exclusivamente en el tarjeta habiente.

**1.3.-** Las transacciones que desconoce el cliente ascienden a la suma de \$ 6.562.949<sup>00</sup> (Folios 64 y 65).

**1.4.-** La diferencia entre el valor reclamado por el cliente (\$6.652.844<sup>00</sup>) y el valor registrado en el punto 1.3 anterior, corresponde a los conceptos de: 1) Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF), registrado en el extracto como "IMPUESTO TRANSACCIÓN FINANCIERA", y; 2) Comisiones bancarias por el uso del medio de pago en terminales diferentes a las del banco, registrado en el extracto como CMS TDB PTE.

**1.5.-** Las transacciones objetadas, para efectos del análisis correspondiente por parte del Defensor, se clasificarán en dos: 1) Las transacciones de retiro realizadas en cajeros automáticos, con la información almacenada en la banda magnética de la tarjeta débito número 49... y la clave secreta, y; 2) Las transacciones realizadas en establecimientos de comercio con la información almacenada en la banda magnética de la tarjeta débito número 49... y la clave secreta, así:

**2º.-** Transacciones de retiro realizadas en cajeros automáticos:

Fecha (2006)	Hora	Mov.	Valor \$	Trans.	Terminal
07/18	18:10:03	Retiro	400.000	1456	SERVIBANCA C. CIAL ATLANTIS BTA
07/18	18:11:38	Retiro	150.000	1458	SERVIBANCA C. CIAL ATLANTIS BTA
07/19	06:42:37	Retiro	300.000	0710	ATH B. POPULAR SUBA BTA
07/19	06:43:35	Retiro	200.000	0711	ATH B. POPULAR SUBA BTA
07/19	06:45:17	Retiro	50.000	0713	ATH B. POPULAR SUBA BTA
07/20	06:44:56	Retiro	300.00	0466	ATH. B. BOG. C. DE PAGO V/CENCIO
07/20	06:45:50	Retiro	200.000	0467	ATH. B. BOG. C. DE PAGO V/CENCIO
07/20	06:46:37	Retiro	50.000	0468	ATH. B. BOG. C. DE PAGO V/CENCIO
07/21	07:28:44	Retiro	300.000	9955	BBVA. CENTAURO V/CENCIO
07/21	7:29:23	Retiro	200.000	9956	BBVA. CENTAURO V/CENCIO
07/21	07:37:12	Retiro	50.000	3420	ATH. B. BOG. V/CENCIO

Total retiros: \$2.200.000<sup>oo</sup>

**2.1.-** No se violaron los límites o cuentas máximas para las operaciones de retiro por cajeros automáticos. A la fecha, de acuerdo con la información suministrada por el banco, el tope máximo diario autorizado para retiros a través de dicho canal es de \$550.000<sup>oo</sup> (Folios 64).

**2.2.-** SERVIBANCA, ATH y BBVA, entidades dueñas de los cajeros donde se realizaron las operaciones impugnadas, remitieron certificación en la cual consta que todas y cada una de las transacciones reclamadas que se llevaron a cabo a través de cajeros automáticos, cursaron normalmente por el sistema de manera exitosa. (Folios 23, 26, 37, 40, 50, 53, 56, 61 y 62).

**2.3.-** Todas y cada una de las transacciones analizadas, que se realizaron en cajeros automáticos, cursaron de manera exitosa, es decir, no presentaron ningún tipo de error. (Folios 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 61 y 62).

**2.4-** Para que se hubiesen podido efectuar cada uno de los retiros, era indispensable utilizar simultáneamente la tarjeta y de la clave (PIN), los cuales se presume se encuentran de manera exclusiva en poder del tarjeta habiente, y aunque la tarjeta hubiese sido hurtada o duplicada, sin el conocimiento de la clave de acceso, es imposible llevar a cabo cualquier tipo de transacción.

**3°.-** Transacciones de compra realizadas en establecimientos de comercio:

Fecha (2006)	Hora	Mov.	Valor \$	Trans.	Terminal
07/18	18:27:09	Compra	1.310.000	37956	PEPE GANGA BTA
07/18	20:00:50	Compra	680.000	78373	HOMECENTER BTA
07/19	10:20:45	Compra	639.000	86804	HOMECENTER BTA
07/19	11:09:01	Compra	1.198.000	348	MPP IMPORTS BTA
07/19	17:56:51	Compra	170.000	345	GRICERCOL V/CENCIO
07/20	10:16:06	Compra	96.999	347	GRICERCOL V/CENCIO
07/20	10:41:16	Compra	178.950	514	SDO 496 BARZAL V/CENCIO
07/21	10:25:12	Compra	90.000	349	GRICERCOL V/CENCIO

Total Compras: \$4.362.949<sup>99</sup>

**3.1.-** No se violaron los límites cuantitativos para hacer compras en establecimientos de comercio. A la fecha, de acuerdo con la información suministrada por el banco, el tope máximo diario autorizado para compras en establecimientos de comercio mediante la utilización de la tarjeta débito del cliente es \$2.300.000<sup>00</sup> (Folios 64).

**3.2.-** Las transacciones realizadas en los diferentes establecimientos de comercio, cursaron normalmente por el sistema de manera exitosa, es decir, que para llevarlas a cabo se utilizó la información almacenada en la banda magnética de la tarjeta débito, el número de clave personal y ninguna de dichas transacciones presentó algún tipo de error. (Folios 18, 19, 27, 28, 29, 30, 41-46, 57, 58, 59 y 60).

**3.3.-** Para que se hubiesen podido efectuar cada uno de las compras era indispensable utilizar simultáneamente la tarjeta y la clave (PIN), los cuales se presume se encuentran de manera exclusiva en poder del tarjeta habiente, y aunque la tarjeta hubiese sido hurtada o duplicada, sin el conocimiento de la clave de acceso es imposible llevar a cabo cualquier tipo de transacción.

**4°.-** El análisis de las operaciones nos lleva a las siguientes conclusiones:

**4.1.-** Las operaciones reflejadas en cada uno de los cuadros muestran que éstas se llevaron a cabo de manera exitosa según los registros de las tiras de auditoría y los *voucher* - pagaré de la operaciones realizadas, tanto en cajero automático, como en los diferentes establecimientos de comercio.

**4.2.-** El sistema no permitió que se violaran los topes de retiro para las operaciones impugnadas.

**4.3.-** Banco... certificó que las operaciones impugnadas como lo registra el *Log* de transacciones, fueron realizadas con lectura de banda magnética y del *Track II*, es decir, hubo una validación del sistema tanto del número de la tarjeta débito, como de la cuenta de ahorros y de la clave secreta o PIN. Así mismo, el sistema validó la fecha de vencimiento de la tarjeta.

**4.4.-** Las verificaciones y validaciones anteriormente enunciadas indican que todas y cada una de las operaciones cursaron de manera normal sin presentar anomalía alguna.

**4.5.-** De conformidad con el reglamento de uso de la tarjeta débito, el titular del medio de pago “[...] *se compromete a reconocer sin reservas, como prueba de las operaciones que realice con la tarjeta, los registros electrónicos o instrumentales que contengan los datos de su tarjeta y los registros del cajero electrónico o medio sistematizado, que utilice para realizar la operación* ”.

**4.6.-** Las validaciones realizadas, sumadas a la presunción de uso del medio de pago por parte del tarjetahabiente en cada una de las transacciones impugnadas, permite concluir que las transacciones fueron exitosas, es decir, que se realizaron mediante el procedimiento establecido sin presentar anomalía alguna.

**4.7.-** El grado de confidencialidad y deber de custodia tanto del medio de pago como de la clave personal, recae y depende del tarjetahabiente. Ese deber contractual es el sustento del compromiso a nivel probatorio que adquiere el cliente (ver punto 3.5.) y, a su vez, es el fundamento de la presunción de *utilización* que recae, igualmente, en el tarjetahabiente, de suerte que, todas aquellas transacciones que se lleven a cabo mediante la información almacenada en la banda magnética del medio de pago y con la clave secreta asociada a ese medio, se presume de facto, fueron realizadas por el titular del medio de pago.

**4.8.-** El hecho de que se presenten operaciones o transacciones que sean desconocidas por la tarjetahabiente deja entrever el uso fraudulento del medio de pago. Así, bajo esa premisa lo que se debe analizar es si existió, por un lado, falla del servicio o inconvenientes de tipo técnico o de seguridad que puedan llevar a una condena para el profesional emisor del medio de pago o, por defecto, una negligencia en el deber de custodia y de cuidado en cabeza del titular del medio de pago. Del análisis minucioso de este caso concreto, esta Defensoría debe concluir, en primer término, que no hubo falla alguna de tipo técnico, o en el nivel de seguridad física e informática, que se encuentre probada en el expediente y que

permita derivar una condena en contra del Banco; por el contrario, lo que se concluye es que, todas y cada una de las operaciones impugnadas fueron calificadas como exitosas. La anterior conclusión le abre paso a la explicación de los hechos por defecto, esto es, como resultado de una utilización fraudulenta que proviene de la negligencia en el deber de custodia y de cuidado en cabeza de la tarjetahabiente.

**4.9.-** Es preciso hacer una aclaración en lo tiene que ver con las operaciones realizadas en establecimientos de comercio. Del estudio de cada una de dichas operaciones se concluye que no existe coincidencia entre las firmas incorporadas en los *vouchers* de las compras y la firma incorporada en la tarjeta de registro de firmas. Lo cual, sin embargo, no deriva *per se* en una condena para el banco. Dicha falencia se viene presentando con frecuencia, lo que seguramente dará pie para que la Superfinanciera se ocupe de ese asunto y en este caso no sólo escapa de la competencia del Defensor del Cliente Financiero sino que tampoco constituye, se reitera, motivo suficiente que permita deducir una condena o un reproche en contra del emisor del medio de pago.

**4.10.-** Debe recordarse que, como es de todos sabido, conforme al contrato o reglamento que rige el movimiento de fondos por el sistema de tarjetas plásticas, suscrito y aceptado por usted, la responsabilidad patrimonial por la utilización de dicho medio de pago recae exclusivamente sobre el titular de la respectiva tarjeta, no sólo porque así se convino en dicho contrato o reglamento sino además porque complementariamente en el mismo contrato se introdujo una prohibición absoluta para que el usuario permita que la tarjeta caiga en manos de un tercero, y para el mismo efecto se convino que el tarjetahabiente debe impedir que un tercero mal intencionado pueda tener conocimiento de la clave personalísima y secreta asignada al usuario. Esas limitantes significan, vistas con la lógica que imponen, que todo movimiento registrado en la cuenta se supone que ha sido obra del titular y que ha sucedido o se ha perfeccionado a través de la utilización del medio de pago y de la clave secreta asignada por él, lo cual deriva, en una primera instancia, en una causal eximente de responsabilidad que favorece a la entidad financiera que presta el servicio, en la medida que la administración, custodia y manejo del medio de pago recaen, de manera exclusiva, en el titular de la tarjeta-débito. Esta responsabilidad no recaerá sobre el tarjetahabiente cuando se ponga de manifiesto una falla en el servicio, v. gr. deficiencia en el funcionamiento de los equipos utilizados, o por fallas en los sistemas de control necesarios y adecuados para garantizar los niveles de seguridad y protección que el banco debe diseñar a favor de los usuarios.

**4.11.-** La asunción de responsabilidad civil por fraude depende del grado de diligencia que a cada parte era exigible y de su comportamiento concreto frente a las circunstancias que rodearon el fraude. Así, desde el plano teórico, si el

banco dispuso los medios necesarios para garantizar y promover la seguridad y prevención que le eran exigibles, no debe, en principio, responder por los daños que implica el uso indebido de la tarjeta; e igual cosa sucede en el caso del tarjetahabiente, quien debe asumir cargas de custodia y seguridad proporcionales y adecuadas en relación con el riesgo que comporta la tenencia y uso de este tipo de tarjetas, que técnicamente son tan seguras como las tarjetas de crédito, pero que operativamente no imponen el cotejo de firmas y por ello aumentan el riesgo del tarjetahabiente y le imponen una carga de custodia y perspicacia mayor.

**4.12.-** En resumen, esta Defensoría concluye que en este caso Banco... no incurrió en falla, falta o defecto por omisión en lo que tiene que ver con su obligación de control y seguridad. También concluye que no se violaron los topes de retiro ni de compra, y todas las operaciones cursaron normalmente en el sistema, lo que significa que se llevaron a cabo mediante la utilización de la información almacenada en la banda magnética de la tarjeta No. 49... y a través de la clave secreta asignada por el titular del medio de pago. Sin embargo, esta Defensoría insta al banco para que preste a su cliente toda la colaboración y ayuda que le sea posible con el fin de que se lleven a cabo las investigaciones a que haya lugar ante las autoridades competentes y se logre, de ser posible, la captura de los delincuentes.

## 11. CAJEROS AUTOMÁTICOS

### **Medidas de seguridad a cargo del cliente. Responsabilidad del emisor del plástico.**

**Ref:- 05-1-44-001** (Julio 7 de 2005)

La señora M..., titular de la cuenta de ahorros No. 42... del Banco... formuló una queja radicada en la Defensoría de la Asobancaria, anterior Defensor de los clientes del banco, el 2 de marzo de 2005 (1 folio), en la cual describe los hechos sucedidos el día 23 de febrero del año en curso en el cajero del banco XX de la ciudad de Valledupar, en el cual luego de realizar una transacción por \$200.000<sup>oo</sup>, descontó la suma de \$300.000<sup>oo</sup> adicionales del saldo que debería tener. Por lo anterior, solicita el reintegro de la suma de \$300.000<sup>oo</sup>.

Banco... hizo llegar a esta Defensoría el documento de reclamo junto con los informes de folios 8 y 21, los cuales contienen las explicaciones pertinentes del caso, así como la cinta de auditoría de la operación realizada por el cliente y de la que éste desconoce, entre otros documentos. La conclusión definitiva fue que de conformidad con la investigación adelantada por el banco, se pudo establecer que los registros que aparecen en la cinta de auditoría del cajero automático utilizado, corresponden a las mismas especificaciones de la tarjeta débito y clave secreta entregadas para el manejo de la cuenta del cliente. En consecuencia, rechazan la solicitud con fundamento en que tanto la tarjeta débito como la clave secreta asignada por el cliente a través de cajeros automáticos están bajo la responsabilidad del usuario. Agrega el banco que, dado el caso que la tarjeta hubiese sido utilizada por un tercero, se infiere que el usuario, voluntaria o involuntariamente, permitió que la clave personal fuera conocida por dicho tercero.

Así las cosas, esta Defensoría considera:

En casos de la naturaleza del que aquí se resuelve, lo primero que debe recordarse es que, como es de todos sabido, conforme al contrato o reglamento que rige el movimiento de fondos por el sistema de tarjetas plásticas, suscrito y aceptado por la señora M... al momento de la apertura de la cuenta, la responsabilidad patrimonial por la utilización de dicho sistema recae exclusivamente sobre el titular de la respectiva tarjeta, como consecuencia de que no sólo eso estipula el contrato respectivo, sino porque complementariamente en el mismo se pacta una prohibición absoluta

para el usuario de poner la tarjeta en manos de un tercero, de un lado, y de otro, permitir de cualquier modo que el tercero llegue a tener conocimiento de la clave personalísima y secreta asignada al usuario, para identificarlo como genuino y único autorizado para aprovecharse de los beneficios del sistema. Esas limitantes significan que todo movimiento registrado en la cuenta se supone que ha sido obra del titular de la cuenta, de la tarjeta y de la clave, lo que desde luego excluye a la entidad financiera de toda responsabilidad en la administración y manejo del mismo. Esta responsabilidad no recaerá sobre ella sino en hipótesis de excepción en que se ponga de manifiesto una falla en el servicio, v. gr. deficiencia en el funcionamiento de los equipos utilizados o por fallas en los sistemas de control previstos para preservar la seguridad y protección de los usuarios.

Con las tiras de auditoría de las transacciones realizadas en cajero automático y los demás documentos enviados por la entidad, se pudo establecer que con la tarjeta débito correspondiente a la cuenta de la cual es titular la señora M..., el día 23 de febrero de 2005 se llevaron a cabo dos operaciones por un valor de \$ 500.000.00, las cuales no presentaron mensajes de error. Así mismo, se estableció que las operaciones realizadas fueron hechas con la tarjeta asignada al cliente.

Mirados desde esa perspectiva los hechos de que da cuenta este expediente, se advierte sin esfuerzo alguno que la operación censurada cuenta con el respaldo documental básico para legitimarla, el mismo que en el lenguaje usual en la materia permite calificar como exitosa cada operación y entender que hubo total y absoluta normalidad en la transacción y que desde el punto de vista del funcionamiento de los equipos, no hay lugar a atribuirle a la entidad financiera responsabilidad patrimonial alguna. Si documentalmente se encuentra comprobado que la operación fue realizada siguiendo los parámetros estipulados para éste tipo de operaciones, la responsabilidad, por tanto, no es atribuible a la entidad financiera.

Resulta relevante señalar que las entidades financieras no conservan archivos electrónicos ni documentales que permitan reproducir o duplicar la clave secreta. Esta situación desvirtúa cualquier posibilidad de que funcionarios o terceros puedan conocer la clave.

“FECHA: Junio 30 de 2005

**SOLICITUD:** La cliente reclama en los folios 1 a la Defensoría por el reintegro de la suma de \$ 300.000,00, que desapareció de su cuenta de ahorros el día 23 de febrero del presente año, mientras efectuó un retiro en un cajero de Bancafé en la ciudad de Valledupar. La cliente afirma que no hizo dicho retiro y solicita el reintegro de su dinero.

**ANÁLISIS:**

- El registro de las operaciones en el sistema corresponde a la tarjeta asignada a la cliente. Folios 16, 17.
- Se elaboró cuadro con el resumen de las operaciones impugnadas para mostrar la secuencia de las operaciones como quedaron registradas en la tira de auditoría, en los cajeros correspondientes. Folios 16, 17.

Fecha (2005)	Hora	Trans.	Dirección	Cajero	Valor	Result.	T.Operac.
23/02	10:58:27	6808	Calle 16 No. 12 – 83 Valledupar	0278	300.000,00	Exitoso	Retiro
23/02	11:01:59	0129	Calle 16 No. 12 – 83 Valledupar	0065	200.000,00	Exitoso	Retiro

TOTAL            500.000,00

- Todas las operaciones registradas en la tira de auditoría pertenecen a la tarjeta No. 00... que se relaciona con la cuenta de ahorros No. 22... la cual, según el relato de reclamación del cliente, le pertenece. Folios 1, 16, 17.
- No se violaron los topes de retiro diario para las operaciones impugnadas. Folios 16, 17, 20.
- El cajero utilizado no posee cámara de vídeo. Folios 18.
- Las operaciones analizadas no presentan mensajes de error. Folios 16, 17.
- La entidad afirmó que no se presentaron inconvenientes de orden técnico ni status de error en las operaciones impugnadas para la fecha en mención.
- Por otras reclamaciones analizadas anteriormente, se puede afirmar que la cliente fue víctima de terceros que mediante engaños, una vez insertada la tarjeta en un cajero la hicieron abordar el siguiente y la cliente no se percató de haber dejado la operación abierta, situación que aprovecharon para efectuar el retiro que impugna.
- Para que se hubiesen podido efectuar los retiros se requirió conjuntamente de la tarjeta y de la clave correspondiente en poder de la reclamante.
- La responsabilidad de la custodia de la tarjeta y de la clave se encuentra en poder del tarjetahabiente.
- Así la tarjeta hubiese sido hurtada o duplicada, sin el conocimiento de la clave de acceso no se hubiera podido efectuar ninguna operación.

**CONCLUSIONES:**

La entidad no falló en los controles del sistema, puesto que no se violaron los topes de retiro y el registro de todas las operaciones en el sistema corresponde a la tarjeta

en poder de la reclamante... No hubo negligencia de la entidad en la prestación del servicio.”

De la prueba recogida no aparece que el Banco..., por medio de funcionarios suyos haya incurrido en actos dolosos o culposos que originaran el retiro impugnado por la señora M..., ni hay elementos de juicio que permitan deducir fallas en el funcionamiento del cajero electrónicos.

Por lo expuesto, la Defensoría conceptúa adversamente a las pretensiones del reclamante, quien queda en libertad de hacer valer los derechos que crea tener, acudiendo a la justicia ordinaria para que decida su caso, habida cuenta que el anterior pronunciamiento no es obligatorio para ninguna de las partes intervinientes.

Con el fin que situaciones como la aquí descrita no se vuelvan a presentar, a continuación relacionamos las medidas de seguridad que deben tener en cuenta los clientes para el uso de los cajeros automáticos:

- Nunca permita por ningún motivo la colaboración de extraños al momento de realizar sus operaciones.
- Nunca le revele la clave a nadie.
- Nunca preste su tarjeta.
- Nunca mantenga la tarjeta y la clave en el mismo sitio.
- Nunca digite la clave frente a personas extrañas, ya sea en un cajero automático o en los puntos de servicio de entidades comerciales.
- Nunca olvide retirar el recibo de comprobante de la operación.
- Cambie periódicamente su clave secreta.
- No utilice las mismas claves que le asignó el banco.
- Utilice claves secretas diferentes para sus tarjetas y para Internet.
- Utilice claves secretas difíciles de adivinar. (No utilice fechas de cumpleaños, direcciones, etc.)
- Memorice su clave secreta, evite llevar con usted anotaciones en las que ésta aparezca.
- Respete su turno para el uso del cajero automático, esperando afuera o a una distancia prudente de quien lo está utilizando en ese momento.
- Evite hacer operaciones en el cajero con personas desconocidas muy cerca de usted.
- Sólo siga las recomendaciones indicadas en el recinto del cajero automático.
- Evite consejos de desconocidos.
- Cuenten su dinero discretamente.
- Asegúrese de retirar la tarjeta después de realizada la operación en el cajero automático y espere a que la pantalla vuelva al inicio.
- Evite pasar su tarjeta a otra persona. Recuerde que ésta es personal y que el uso indebido de la misma es también de su responsabilidad.
- Retire y guarde los comprobantes obtenidos en los cajeros automáticos, así evitará que terceros los usen en su perjuicio.

- Si el cajero automático retiene su tarjeta, bloquéela y dé aviso inmediato al banco.
- Si el cajero le entrega un monto de efectivo diferente al solicitado, denuncie este hecho con la máxima celeridad al banco.

**Ref.- 08-1-43-175** (25 de julio de 2008)

1º.- Su queja se explica porque para el pago de las mesadas pensionales el Banco... decidió abonar el valor de las mesadas para que los pensionados que tienen tarjeta débito retiren esos dineros a través de cajeros automáticos, lo que usted considera peligroso porque esos pensionados son personas mayores.

2º.- En la comunicación del 24 de julio de 2008 Banco... nos dijo que la decisión de instalar cajeros automáticos en algunas oficinas del banco se explica por el propósito de mejorar la atención y la agilidad en el servicio de tal modo que si el valor retiro es inferior a \$400.000<sup>oo</sup> el interesado lo debe hacer a través del cajero automático y si excede esa suma lo puede hacer por ventanilla.

3º.- Esta Defensoría considera que sin asomo de duda la Constitución Política le brinda una especial protección a las personas que se encuentren en debilidad manifiesta (Art. 13 CP), quienes requieren de un “*tratamiento diferencial positivo*” con el fin de buscar un trato igualitario y digno<sup>1</sup>. Así las cosas, el banco debe hacer lo necesario para facilitar la mejor atención posible a las personas de la tercera edad. Lo dicho significa que el banco debe analizar la situación concreta que se presenta en las fechas en las que coinciden numerosas personas para cobrar sus mesadas pensionales para ver si las condiciones del servicio están dentro de lo que es usual y común y corriente en el sistema bancario y en el mismo Banco... porque si esas condiciones son inferiores a las normales, el banco deberá hacer las obras o adoptar los instrumentos o facilidades que pongan a esa oficina dentro de los estándares normales pero si del análisis que estamos mencionando resulta que los pagos a los pensionados se hacen en buenas condiciones que por ahora no se pueden mejorar y que están dentro de lo que dentro del sistema bancario es normal para estos efectos, el banco deberá esforzarse por conservar esas cualidades para evitar la desmejora, sin perjuicio de avanzar en las mejoras tecnológicas y locativas en curso. Es decir, instalar cajeros automáticos no puede perjudicar a los adultos mayores sino más bien les facilita los retiros del dinero que necesitan, lo que no impide los actos malintencionados de terceros ni el fraude.

---

1 Ver sentencia de la Corte Constitucional T-410 de 2000 y la sentencia de tutela del Consejo de Estado AC-6799 del 25 de febrero de 1999 entre otras.

## 12. CDT

### Vencimiento del plazo pactado.

### Intereses de mora.

Ref: 05-1-43- 197 (1 de marzo de 2.006)

1°.- Su queja se explica porque constituyó un CDT por valor de veintiséis millones de pesos, con vencimiento previsto para el 19 de octubre de 2.005 y al presentarse ante el Banco... para redimirlo, la señora gerente de la oficina, a pesar de lo que decía el texto del Certificado, le dijo que el depósito se había constituido a seis meses y ante su manifestación de urgencia dos días después, el 21 de octubre, accedió a entregarle ocho millones de pesos para redimir el saldo en fecha posterior. Cuando el 1° de noviembre usted insistió en el pago, en el banco le dijeron que esos dineros se habían trasladado a su cuenta de ahorros, razones por las cuales solicita (i) el pago del saldo pendiente; y (ii) el pago de intereses desde cuando el título se hizo exigible.

2°.- Después de averiguar por los detalles de este asunto hemos concluido siguiente:

2.1.- La gerente de la oficina de Zaragoza puso el caso en conocimiento del COB y fue la Gerencia de Operaciones de Bogotá quien tomó la decisión de abonar el importe del título a su cuenta de ahorros.

2.2.- El banco ha estado dispuesto a reintegrar el valor del cuatro por mil, diligencia que se cumpliría en la fecha del retiro.

2.3.- Como el 27 de enero usted retiró el saldo del título hasta esa fecha, el banco le debe liquidar intereses de mora sobre el saldo exigible desde el 19 de octubre, es decir sobre dieciocho millones de pesos y en esa fecha usted debía entregarle al banco el título para su destrucción o archivo.

3°.- En este caso no se percibe un trato discriminatorio por parte de la señora gerente de la oficina del banco en Zaragoza, ni, mucho menos, una decisión del COB en Bogotá encaminada causarle daño. Sin embargo, el pago tardío del título debe generar intereses a cargo del deudor, es decir del banco.

## Designación de los beneficiarios.

Ref:- 06-1-43-178 (17 de julio de 2006)

1º.- Su queja se explica porque el Banco... expidió el CDT 24... y al designar a los beneficiarios utilizó la frase que textualmente dice así: *El Banco... pagará a: M... /J...*, frase en la que los nombres de los beneficiarios están separados por un punto y un *slage*, lo que ha dado lugar para que después de fallecida doña M..., don J..., quien era esposo de doña M..., solicite la redención del título ante lo cual el banco ha dicho que ello no es posible porque los nombres no están separados por la letra *y*, por la letra *o* ni por la expresión *y/o*, sino por un punto y un *slage*, lo que da pie para entender que, las dos personas son tenedores conjuntos y que por ello mismo han de ejercer sus derechos conjuntamente, sin que uno pueda sustituir al otro ni viceversa, lo que en últimas se traduce en la necesidad de impulsar un proceso sucesoral.

2º.- La opinión de la Defensoría coincide con la del banco por lo siguiente:

2.1.- Cuando en el espacio que en un título valor -como es el caso del CDT que ha dado lugar a este asunto- corresponde al que se utiliza para señalar el beneficiario, se escriben los nombres de dos o más personas es usual que se utilicen una de tres alternativas: escribir la letra *y* para advertir que todos los nombrados son los tenedores llamados a obrar de consuno; utilizar la letra *o* para señalar que uno cualquiera de los dos o más individuos está legitimado, con prescindencia de los demás, para ejercer por sí solo todos los derechos derivados del título; o utilizar la expresión *y/o* con el propósito de enunciar dos mensajes simultáneos y contradictorios porque se da a entender que uno cualquiera de los nombrados es el titular *y*, al mismo tiempo, que todos en conjunto son los titulares del derecho, lo que ha dado pie para entender que esa expresión no contiene las dos opciones sino una sola: la de titularidad conjunta, que excluye la otra, es decir la colectiva.

2.2.- La definición de los beneficiarios de un CDT es asunto que, por la vocación circulatoria del título, es decir, por la legitimación activa, debe ser claro y por ello el empleo de frases, signos, fórmulas o mensajes inusuales para tal efecto no está prohibido pero no puede producir las consecuencias extraordinarias queridas o no por el creador del título. En presencia de tales rarezas, el endosatario y el mismo obligado cambiario deben actuar de la manera que resulte más segura y conforme con los usos o la costumbre.

2.3.- Si lo antedicho no fuera cierto, ha de verse que en este caso la anotación que aparece en el libro que lleva el banco sólo menciona a doña M... (q.e.p.d.)

como beneficiaria. Esa particularidad es suficiente para que el banco no actúe de manera distinta a la que ha dicho le corresponde.

3°.- En cuanto al procedimiento para el endoso del CDT, de acuerdo con lo estipulado en la Circular JD-056 del 6 de abril de 2004 expedida por la Presidencia del Banco Agrario de Colombia, se procederá de la siguiente manera:

### “3. ENTREGA DE SALDOS DE CDT Y CDAT DE TITULARES FALLECIDOS

#### 3.1. DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES

*Los Certificados de Depósito a Término CDT o Certificados de Ahorro a Término CDAT, junto con sus intereses causados, de titulares fallecidos, entran a formar parte del patrimonio del causante, por tanto, su entrega se hará a través de SUCESIÓN NOTARIAL O JUDICIAL, en los términos establecidos en el proceso de partición y adjudicación.”*

Por su parte el numeral 3.2 de la precitada circular establece:

#### “3.2 DOCUMENTOS EXIGIDOS PARA LA ENTREGA

- Solicitud escrita de la entrega del saldo
- Presentación original del título o del certificado
- Copia auténtica de la Sentencia Aprobatoria del Sucesorio Judicial o copia auténtica de la Escritura Pública que contiene el Sucesorio Notarial, donde se decreta la repartición de los dineros dejados por el beneficiario del título”.

4°.- Conforme a lo antedicho, para obtener pago del título se deberán entregar los documentos exigidos por el banco y se tomará el CDT como si los beneficiarios del CDT fueran conjuntamente M... y J..., lo que hace necesario el proceso sucesoral que legitime a los herederos del titular que ha fallecido.

**Es título valor si nada se dice en contrario.**

**El emisor puede rehusar el pago y asumir las consecuencias.**

**Ref:- 06-2- 11- 001** (15 de agosto de 2006)

1°.- Su queja se explica porque usted tiene en su poder el original de un Certificado de Depósito a Término nominativo expedido por Corporación en junio de 1995 que no pudo redimir porque al presentarlo para el cobro la Corporación le dijo que ese título había sido reemplazado por otro en septiembre de 1995 y que el anterior, es decir, el que usted ahora tiene en su poder, carece de validez.

**2º.-** Corporación..., entidad que por virtud la fusión absorbió a Corporación... y la sustituyó en sus derechos y obligaciones, analizó su caso, identificó y nos hizo llegar los documentos que consideró pertinentes y, finalmente, el 1º de agosto en curso, concluyó sus averiguaciones.

**3º.-** Nuestra opinión sobre este asunto se apoya en su queja, en las explicaciones de Corpopración y en los documentos que hemos tenido a la vista, se concreta en los siguientes términos:

**3.1.-** En fecha 17 de junio de 1995, la CORPORACIÓN FINANCIERA expidió el CDT No 12... por valor de \$1.000.000 a nombre de F... identificada con la Cédula de Ciudadanía No 34..., con una tasa de interés del 29.15% anual pagadero en la modalidad trimestre vencido, cuyo vencimiento se fijó para el 17 de septiembre de 1995, copia del cual hemos conocido.

**3.2.-** Los archivos de ... dan fe de que llegada la fecha de vencimiento del referido CDT, usted como tenedora solicitó la renovación y adicionalmente pidió que se incluyera a otra persona como beneficiario del nuevo CDT que se expidiera, es así como el 17 de septiembre de 1995 la CORPORACIÓN FINANCIERA expidió el CDT No 12... por valor de \$1.067.774, suma resultante de la adición del capital del CDT anterior (\$1.000.000) más los intereses producidos por este (\$67.774), a nombre de dos personas: F... C.C. 34... ; y C... de C.C. 25....

**3.3.-** El vencimiento del CDT No 12... se estableció para el día 17 de diciembre de 2005.

**3.4.-** Una vez vencido el primer CDT, el título no fue objeto de renovación, por lo que LA CORPORACIÓN FINANCIERA., a solicitud de la señora F... y a través de la entidad contratada por la Corporación para realizar pagos en la ciudad de Popayán una vez se clausuró la oficina que la Corporación tenía en esta ciudad), lo canceló y le pagó a usted la suma correspondiente al capital, \$1.067.774, más los intereses generados, \$59.061, por lo que el día 18 de Diciembre de 1995, la entidad contratada por la Corporación expidió el cheque No. 35... de la Cuenta Corriente No. 04... del Banco... por valor de \$1.126.835<sup>00</sup>

**3.5.-** El pago anteriormente citado consta en el extracto de la cuenta corriente No. 04... a nombre de la entidad contratada por la Corporación, expedido por el Banco... en fecha 31 de diciembre de 1995, donde puede verificarse que en la sexta línea de la relación de transacciones aparece que el día 19 de diciembre de ese año se pagó el cheque No. 35... por valor de \$1.126.835.00.

Adicionalmente, el pago también puede verificarse con la planilla de pagos No. 0001 de la CORPORACIÓN FINANCIERA DEL VALLE S.A., en la cual se observa que en la segunda fila se relaciona el número del CDT cancelado, el nombre del beneficiario, el número del cheque mediante el cual se le hizo el pago y la firma de la persona que recibió el cheque, en este caso la misma titular del CDT, señora F....

**3.6.-** Lo anteriormente expuesto evidencia que si bien es cierto que usted tiene en su poder el CDT No 12... por valor de \$1.000.000<sup>oo</sup> expedido por la CORPORACIÓN FINANCIERA el 17 de junio de 1995, con una tasa de interés del 29.15% anual pagadero en la modalidad trimestre vencido, cuyo vencimiento se fijó para el 17 de septiembre de 1995, la corporación entiende que ese título fue pagado según se desprende de los soportes documentales que hemos tenido ocasión de examinar.

**3.7.-** La posición de la corporación es razonable porque al revisar las copias de los CDTs No 12... y No 12... se observa claramente que los rendimientos generados por el primero de ellos (29.15% anual pagadero en la modalidad trimestre vencido), es decir, la suma de \$67.774, se capitalizó y se creó el segundo CDT el 17 de septiembre de 1995 por valor de \$1.067.774, el cual a su vez fue debidamente pagado y cancelado a su beneficiaria el 18 de diciembre de 1995.

Lo antedicho se puede corroborar con el comprobante de la operación identificado con el No 2304, copia del cual hemos tenido ocasión de examinar. En este comprobante se observa la descripción de la operación del CDT 12... expedido el 17 de septiembre, y en la parte inferior del mismo se describe la operación anterior o que le dio origen, y se ve con claridad que esa operación anterior corresponde al CDT que actualmente se presenta para su cobro.

**3.8.-** Por razones que desconocemos, en el momento de prorrogar el CDT cuyo cobro se pretende, el funcionario de la Corporación en la oficina de Popayán incurrió en una omisión al no exigir la devolución del título que se prorrogaba, sin embargo, vistos los soportes de las operaciones aquí descritas, no hay lugar para dudar que el CDT No 12... expedido el 17 de junio de 1995 fue debidamente cancelado y pagado a su tenedor después de ser prorrogado y capitalizados sus intereses mediante la constitución del CDT No 12....

**3.9.-** Respecto de las inscripciones manuscritas que se encuentran consignadas en el comprobante del CDT No 12... entendemos que esos datos hacen referencia al tipo de producto, sucursal, número y valor de la operación anterior que dio origen al citado CDT, lo cual debe constar en el comprobante para tener registrada la historia de la operación y estas inscripciones debieron ser impuestas por el funcionario de Banca Privada en el momento en que se realizó la operación.

Adicionalmente en el espacio correspondiente a las observaciones, se encuentra una anotación con letra de otro funcionario que dice: “*Cancela al Vencimiento CH-CH*”, este comentario necesariamente fue inscrito por otro funcionario distinto en el momento en que se canceló el título, pero esto no permite entender que los comprobantes fueron alterados o manipulados a conveniencia de la Corporación.

4º.- Con base en el artículo 1394 del Código de Comercio podría pensarse que el tenedor del CDT está en la posición del tenedor de un título valor nominativo y que por ello mismo está legitimado para el cobro. Otra línea de pensamiento sugiere que en estos casos sólo se aplican las normas sobre “negociabilidad” de los títulos valores pero que los documentos sometidos a esos sistemas de circulación comercial no son títulos valores en sí y no gozan de las excepciones o privilegios que se relacionan con la incorporación del derecho a la pieza material que los contiene ni gozan de la presunción de autenticidad. Nosotros nos inclinamos por la primera alternativa pero en este caso vemos que las razones, los indicios a los que ya nos referimos y los documentos que hemos tenido ocasión de examinar favorecen el punto de vista de la corporación y por ello mal haríamos en sugerir siquiera que la Corporación pague lo que creemos que ya pagó. Sin embargo, como este pronunciamiento no define su causa y no es obligatorio, usted puede llevar su caso ante los jueces comunes para que allí se resuelvan sus pretensiones.

### **El tenedor del CDT tiene la *carga de custodia* del título**

**Ref:- 08-1-12-001** (8 de mayo de 2008)

Su queja se explica porque el 18 de julio de 2006 usted constituyó un CDT a nombre de dos personas (una de las cuales es usted misma), recibió el título, no revisó el contenido del documento y lo guardó en un sobre en el que guardaba otros CDT's. Los días pasaron y usted no cobró los intereses pero el 3 de septiembre revisó el sobre en el que guardaba los Certificados y descubrió que alguien había sacado ese título. Inmediatamente fue al banco, le preguntó a doña B... qué había pasado con el CDT faltante y ella consultó los registros del banco para decirle luego que allí no aparecía ese título pero posteriormente le dijo que el título había sido descargado en enero de este año. Teniendo en cuenta estos elementos de juicio concluimos que:

1º.- El banco ha demostrado que (i) el 18 de julio no emitió ningún CDT a su nombre ni a favor de don Á...; (ii) los CDT's que se emitieron en esas fechas quedaron registrados con la numeración consecutiva que les correspondía y no se ve alteración en esa secuencia que sugiera algo así como la existencia de un título mimetizado o sin registro.

2°.- Las costumbres comerciales le imponen a los tenedores de CDT –trátese de personas naturales o jurídicas- la *carga de custodia* y un mínimo esfuerzo que los obliga a revisar los documentos cuando los recibe. En este caso parece que usted no hizo ni lo uno ni lo otro porque guardó los papeles en un sobre sin leerlos y luego pasaron los meses sin que se percatara de ninguna novedad. Esas realidades no definen la existencia de su derecho pero sí dificultan a extremo la prueba de su dicho porque usted no tiene testigos de lo narrado, no sabe el número del CDT, no puede demostrar que ese documento lo extravió usted misma o lo sustrajeron del sobre aquí o allá y, en fin, la sitúan ante unas operaciones de las que hay registros detallados en el banco, en las que no se percibe nada irregular y en las que el pago supone la exhibición del documento que usted no tiene y que el banco dice que nunca se expidió y a nadie se lo debe.

Desde nuestro punto de vista esta es una experiencia muy compleja que carece de pruebas por parte del quejoso, se aparta de la lógica que a los negocios relacionados con CDT's les corresponde, se halla sujeta a un rigor operativo muy estricto según el cual el pago supone la exhibición del título y todo ello nos permite decir que en el comportamiento del banco no hemos identificado motivos de censura.

## 13. CUENTA CORRIENTE BANCARIA

### 13.1 Contrato de Cuenta corriente

#### **Firmas autorizadas.**

**Cualidades de quien es autorizado para girar sobre una cuenta corriente.**

**Conocimiento del cliente.**

**Ref:- 05-1-2-036** (24 de agosto de 2005)

La solicitud que usted radicó el 8 de julio que acaba de pasar, encaminada a lograr que el Banco... le informe qué disposición legal lo legitima o autoriza para exigir que la persona autorizada para disponer de los saldos en cuenta corriente esté a paz y salvo con otras entidades financieras, dio lugar a que le diéramos traslado de su inquietud al Banco, entidad que la semana pasada nos hizo llegar su respuesta, junto con algunos documentos que le solicitó el suscrito Defensor del Cliente. Con base en su queja, las precisiones del Banco y en otros documentos que integran el expediente, podemos manifestarle lo siguiente:

1º.- La llamada “*firma autorizada*” proviene de un mandato sin representación que legitima al mandatario para obrar por cuenta del mandante y para actuar y poner en funcionamiento uno, varios o todos los mecanismos relacionados con el contrato de cuenta corriente bancaria. Siendo así las cosas, la persona autorizada puede actuar ante terceros como si fuera el cuentacorrentista mismo y puede crear riesgos que el Banco debe prevenir y evitar en la medida de lo posible.

2º.- Uno de los instrumentos que el banco debe utilizar tiene que ver con el *conocimiento del cliente*, carga que lo obliga averiguar por el pasado comercial de quien va a ser autorizado y a solicitar los documentos, las aclaraciones o paz y salvos que le permitan ilustrarse de la mejor manera para tomar decisiones objetivas y razonables. El servicio de esta carga explica el interés del banco por los paz y salvos que le solicitó a quien iba a ser autorizado para la disposición de fondos de determinada cuenta corriente.

3º.- Ante estas realidades, que son demasiado frecuentes y que prácticamente son la razón de ser de los pleitos y de los pronunciamientos judiciales, los abogados, los funcionarios administrativos, los jueces, los clientes y los operadores bancarios deben desplegar un análisis crítico que les permita revelar la sustancia del comportamiento bajo examen para establecer cuál es su verdadera naturaleza y razón de ser,

cuáles entonces las condiciones de las que depende su legitimidad y cuáles también sus efectos. No se puede olvidar que el propósito primario del lenguaje jurídico no es describir el mundo o los negocios sino enunciar las reglas de las que depende el reconocimiento, el amparo o el respaldo que el Estado, como autor de la regla de derecho, ofrece a los actos jurídicos que se acomodan al fin del legislador.

4°.- Las palabras que utiliza el legislador pueden tener un sentido emotivo, que incita a la acción, a la indiferencia, a la seguridad o a la certeza, pero también hay palabras que tienen una *función técnica* porque las normas de derecho positivo, en conjunto, obedecen a un orden sistemático en el cual unas reglas se explican por otras y sobre la base de lo dispuesto por todas ellas surgen y se definen los perfiles de la institución de que se trate. Ese es justamente el caso de los regímenes legales sobre el “*conocimiento del cliente*”, la “*prevención del lavado de activos*”, y la “*calificación de cartera*”, expresiones que tienen un significado muy concreto que se orienta a prevenir el riesgo o a evitarlo y en relación con las cuales es muy posible que un gran número de los clientes cuyos nombres figuran en las centrales de riesgos sean personas virtuosas y ordenadas pero no obstante ello esas cualidades compiten con el dato objetivo del reporte desfavorable que ellos mismos pueden corregir o aclarar, tal como se lo solicitó el banco a quien ha presentado la queja que dio lugar a esta opinión. (Cfr. Carta del Banco, fechada el 28 de junio de 2005)

5°.- En términos generales cuando el banco adopta determinados criterios, políticas o decisiones que afectan o interesan a quienes contratan con él, debe advertirlos y comunicárselos a las partes, lo que en realidad no es necesario cuando esa particularidad es exigida por las autoridades de control, está contenida en la ley, proviene de la costumbre o ha quedado incluida en los textos impresos que se incorporan en el anverso o en el reverso de los contratos. Lo que ha sucedido en este caso se apoya en las *cargas* que las leyes civiles le imponen al banquero y en los deberes de origen legal y administrativo que le exigen “*el conocimiento del cliente*” para que las relaciones contractuales se desenvuelvan bajo un orden previsible dentro del cual los deudores morosos, los evasores de impuestos, las personas sancionadas por delitos como la usurpación de patentes, el contrabando o el pánico económico, no se consideran clientes ideales sino más bien individuos que pueden ser motivo de riesgo, razón que legitima a los banqueros para obrar con sujeción a un viejo principio que es válido y recomendable para los operadores del sistema bancario, llamados a “*abstenerse en caso de duda sobre su cliente*”. Las cosas no pueden ser de otra manera porque la persona “*autorizada*” para disponer de los saldos en cuenta corriente puede girar cheques y crear relaciones jurídicamente válidas, las que no necesariamente serán exitosas en términos comerciales y probablemente tenderán a no serlo si la persona autorizada ha tenido dificultades económicas recientes que la han puesto en mora.

6°.- Por lo dicho, permanentemente el Banco deberá analizar el impacto de las decisiones que adoptan sus clientes para evaluar el efecto que esas decisiones podrán tener en los negocios de su cliente, en la cobertura que tienen los acreedores, en los riesgos que hoy o mañana afectarán a los acreedores actuales y futuros, en su capacidad de pago, etc. Si se llegare a concluir que determinado negocio o acto jurídico compromete, amenaza, afecta o disminuye los bienes y negocios del cliente, no habrá dificultad para aceptar que esa desmejora cualitativa afecta a los terceros acreedores y a la comunidad en general, razones de más para abstenerse de participar en los efectos de ese acto o negocio o para solicitar garantías adicionales o explicaciones según lo que mejor convenga a la naturaleza del asunto. Eso es lo que hace el Banco cuando en presencia de información negativa solicitar los paz y salvos que le permitan aclarar la duda.

**Chequeras no solicitadas por el cliente.**

**Chequeras magnetizadas.**

**Chequera de reposición.**

**Ref:- 05-1-44-060** (3 de octubre de 2005)

Hemos recibido su comunicación del pasado 1° de septiembre, en la cual dice que en la sucursal Santa Lucía le descontaron \$100.000<sup>oo</sup> por concepto de una chequera que no había solicitado, hecho que usted califica como abuso de confianza y que de paso le originó algunas dificultades con el tenedor de un cheque que no fue descargado por falta de fondos, fondos que eran suficientes si no le hubieran hecho el débito del valor de la chequera.

Recibidas las explicaciones del banco hemos concluido lo siguiente:

1°.- Como las chequeras que se utilizan actualmente son magnetizadas y se elaboran específicamente para cada cliente, lo cual impide que se utilicen para afectar una cuenta corriente distinta de la que se señaló en el momento de fabricación, el proceso de manufactura de la chequera tarda aproximadamente quince días y si bien es cierto que ello favorece la seguridad del cuentacorrentista, no se puede desconocer que la tardanza puede afectar el ritmo de los negocios del cliente, razón que viene a explicar la cláusula que con su firma contiene la autorización para que el banco pueda “...debitar mi cuenta 70... el costo de la chequera inicial y la de reposición de 50 cheques...”.

2°.- En el caso de Banco..., los contratos suscritos con los clientes no disponen que al momento de formalizar el contrato se cobren dos chequeras: la que recibe el cliente y la de reserva, que permanece en custodia para entregarla cuando el cliente

lo solicite. Esta particularidad está recogida en el manual de cuentas corrientes del banco pero como ese manual no forma parte del contrato de cuenta corriente no vincula al cliente, no lo obliga y en nada modifica la cláusula vigésima novena del contrato de cuenta corriente porque allí está dicho que el cliente autoriza al banco para debitar de la cuenta corriente “*el valor de las chequeras*”, sin que sea posible saber de “*cuáles*”, lo que permite suponer que se refiere a las que solicite el cliente y nada más.

3°.- En este caso el comportamiento del funcionario del banco se ajusta a lo que le imponen los manuales de operación pero como los manuales no forman parte del contrato ni el contrato se remite a ellos, parece que el contrato no permite el cargo que provenga de la iniciativa del banco y que solo legitima el que se deriva de la solicitud de chequeras que haga el cliente. Vistas las cosas con cuidado se concluye que esa no es la realidad porque cuando el cliente firmó la solicitud de apertura de la cuenta corriente<sup>70</sup>..., de su puño y letra escribió el número de la cuenta y luego, en el mismo renglón, marcó con una equis la casilla que le indica al banco que las chequeras cuyo importe autoriza se le cobren son las de cincuenta cheques, cargo que se hará cuando las chequeras “*me sean entregadas...*”. Para el suscrito defensor es indudable que las condiciones del contrato que ustedes formalizaron resultan de armonizar la solicitud con el contrato final porque el hecho de tratarlos por separado los presenta inarmónicos, insuficientes e incluso contradictorios, a tal extremo que si se aceptara ese criterio se diría que uno fue el negocio propuesto y otro el que se convino. Esa no puede ser la interpretación de este negocio porque es más que sabido que en estas operaciones durante la fase ejecutoria, en la que se expiden las copias, los recibos y los originales en papel de seguridad, se firman las tarjetas, se registran sellos y condiciones, el cliente no interviene y las partes ya nada negocian, proponen ni modifican porque suponen que los registros y los documentos reflejan exactamente lo previamente convenido sobre cantidades, plazos, tasas de interés y condiciones acordadas de antemano.

4°.- ...

5°.- En consecuencia, el cargo que ha motivado la queja tiene apoyo en el contrato de cuenta corriente pero es extemporáneo por prematuro ya que el banco solo lo puede hacer al entregar la chequera. Por esa razón el contrato que vimos en el expediente utiliza una frase construida con rareza pero con claridad al decir: “Autorizo debitar de mi cuenta N° 70... el costo de la chequera inicial y la de reposición de 50 cheques...*que me sean entregados*” (las cursivas son mías). Así las cosas es razonable reversar el cargo que se relaciona con la chequera en reserva pero no el que se originó en la primera chequera de reposición.

**Terminación del contrato.****El derecho de terminación unilateral que tiene el banco no es absoluto.****Ref:- 06-1-12- 060** (5 de octubre de 2006)

1°.- Su queja se explica porque el Banco... decidió cancelar su cuenta corriente sin previo aviso y sin causa justificada y, además, envió un reporte a Datacrédito en el cual se dice que la cuenta fue cancelada por mal manejo, lo que desde su punto de vista no es verdad porque jamás se le ha devuelto un cheque ni le ha quedado debiendo dinero alguno al banco.

2°.- El banco analizó el caso, nos facilitó todos los documentos que le pedimos y nos puso de presente que (i) ya actualizó la información ante las Centrales de Riesgos y corrigió su error; (ii) precisó que su cuenta tuvo un sobregiro desde el 3 de febrero hasta el 24 de mayo, sobregiro cancelado por usted; y, (iii) nos explicó que la cancelación de la cuenta se apoya en la cláusula 6ª del contrato de cuenta corriente y en dos circunstancias concretas: la cuenta no presentó movimiento desde el mes de agosto del año pasado y el sobregiro no fue atendido oportunamente.

La Defensoría considera lo siguiente:

1°.- El banco, al igual que el cuentacorrentista, pueden dar por terminado el contrato de cuenta corriente en el momento en que lo tengan a bien sin necesidad de alegar causa o razón concreta y sin preaviso porque así lo permite el artículo 1.389 del Código de Comercio y, además, porque aunque sin necesidad así se convino expresamente en el contrato de cuenta corriente.

2°.- El derecho que legitima la terminación unilateral del contrato de cuenta corriente por parte del banco no es absoluto ni se puede ejercer con arbitrariedad puesto que si bien es cierto que no es necesario el preaviso, también es cierto que no se puede terminar el contrato sin razón o por cualquier causa porque el motivo de lo resuelto siempre ha de corresponder a los motivos definidos en los manuales del banco y deberá explicitarse para que crear la anotación o registro correspondiente. (Cfr: *Literal e, Art. 10º EOSF*).

**Manuales de operación que no forman parte del contrato.****Interpretación de los documentos en conjunto.****Ref:- 05-1-44-0062** (6 de octubre de 2005)

Hemos recibido su comunicación del 5 de septiembre que acaba de pasar, en la cual, dice que en la sucursal del banco en Santa Lucía le cargaron en cuenta \$100.000<sup>00</sup>

por concepto de sobregiro para cancelar el valor de una chequera que no había solicitado.

Recibidas las explicaciones del banco hemos concluido lo siguiente:

(...)

4°.- Para el suscrito defensor es indudable que las condiciones del contrato que ustedes formalizaron son las que resultan de armonizar la solicitud de apertura de la cuenta corriente con el contrato final porque el hecho de tratarlos por separado los presenta inarmónicos e insuficientes, a tal extremo que si se aceptara ese criterio se diría que uno fue el negocio propuesto y otro el que se convino. Esa no puede ser la interpretación de este asunto porque es más que sabido que en estas operaciones durante la fase ejecutoria, en la que se expiden las copias, los recibos y los originales en papel de seguridad, se recogen las firmas en las tarjetas de control, se registran los sellos y las condiciones especiales, el cliente y el banco intervienen mecánicamente y las partes ya nada negocian, proponen ni modifican porque suponen que los registros y los documentos reflejan con exactitud lo convenido sobre cantidades, plazos, tasas de interés y demás condiciones acordadas de antemano.

5°.- La reglas contenidas en los artículos 1603, 1620,1621 Inc. 1°; y 1624 del Código Civil y en los artículos 822 y 863 y 871 del Código de Comercio son aplicables a este caso. Para el suscrito defensor el artículo 1622 del Código Civil también se aplica a los contratos cuyos términos o condiciones quedan recogidos en varios documentos porque solo al integrarlos todos emerge el sentido del negocio, entendible a veces a través de la correspondencia inicial, de los formularios o impresos que contienen las solicitudes del cliente, de los recibos, de la publicidad, de las aclaraciones o de las cartas y mensajes relacionados con la prórroga o con la terminación y liquidación del contrato. El conjunto de esos documentos refleja la causa y también los elementos y condiciones del negocio y por ello entendemos nosotros que en este caso es necesario integrar como partes de una misma relación el texto de la solicitud y el texto del contrato de cuenta corriente. En consecuencia, el cargo que ha motivado la queja tiene apoyo en el contrato de cuenta corriente en la medida y solo si la chequera la solicitó el cliente *por escrito*. Eso es lo que fluye del artículo quinto al que hemos hecho referencia. Así las cosas, si esa solicitud no la hizo el cliente, lo razonable es reversar el cargo que se relaciona con la chequera que hoy está en reserva, pero si el cliente solicitó la chequera por escrito, el cargo es procedente sin más limitaciones pero no como sobregiro sino como cargo que no puede exceder el saldo disponible en cuenta, la que puede quedar con saldo cero pero no en sobregiro por el mayor valor del saldo.

**Cheque falso.****Responsabilidad del banco.**

**Ref:- 05-1-2-065** (19 de octubre de 2005)

El 18 de julio del año en curso esta Defensoría recibió la queja que usted, como representante de esa entidad de derecho eclesiástico, propuso contra Banco..., queja de la que junto con sus anexos, se le dio traslado al banco para que después de recibir la respuesta y los documentos que solicitamos la Defensoría entrara a emitir el concepto que le corresponde. Para tal efecto, hemos tenido en cuenta que la queja se apoya en los siguientes hechos:

1º.- Hermanitas... es titular de la cuenta corriente número 51....

2º.- Contra la cuenta antes mencionada se giraron 58 cheques que en unos casos llevan las firmas que parecen de Sor M... y en otros casos la de Sor B..., cheques en los que en el trasfondo de las firmas aparecen sellos que dicen *Hermanitas....*

3º.- Usted considera que las firmas impuestas en los cheques no corresponden a las registradas, razón por la cual espera que el banco le reintegre el importe de los cheques pagados sin el debido cotejo de las firmas de los giradores con las firmas registradas.

4º.- Tanto el Secretario General del banco como el Asesor Jurídico de esa entidad financiera se interesaron por este caso, ordenaron las investigaciones pertinentes y concluidos esos trabajos, el asesor del banco nos hizo llegar copia de la carta que un día antes le había enviado a ustedes.

Con base en los hechos descritos, en el dictamen pericial que ordenó el banco y en los documentos allegados al expediente, esta Defensoría ha llegado a las siguientes conclusiones:

1º.- Como la operación bancaria implica riesgos que el banco debe prever, antes de pagar un cheque el banco girado debe verificar que el título no presente falsificación por alteración, es decir que no presente "borrado físico, adición sustitutiva o retoques". Para comparar la(s) firma(s) giradora(s) dubitable(s) con la(s) firma(s) indubitable(s) el funcionario del banco no debe acudir a instrumental óptico y de medición especializados sino que a simple vista debe establecer si esas firmas discrepan en las proporciones, las dimensiones o las distancias y analizar el conjunto de elementos que individualizan la orden de pago, incluido el sello. Este proceso no permite ni exige verificar si el falsario ha imitado la firma genuina y ha logrado animarla con la espontaneidad, movimiento, presión y automatismo que tipifican el gesto gráfico genuino objeto de la imitación, particularidades que un experto sí puede

establecer. Para definir la responsabilidad del banco lo que importa es si las inconsistencias de la falsificación se pueden advertir a simple vista y en este caso el dictamen que a solicitud y costa del banco rindió el documentólogo forense claramente dice que ello no era posible en un trámite ordinario pero que las firmas no son falsas en cuanto provienen del puño y letra de Sor M... o de Sor B....

2º.- Como en este caso el sello de caucho es similar al registrado y en apariencia es genuino en todos sus aspectos, el banco no incurrió en error inexcusable ni en defecto que le genere responsabilidad patrimonial. En efecto, el dictamen pericial dice que los dos sellos son semejantes en el contenido, la morfología y el diseño pero el genuino y el falso pugnan en detalles de construcción y en los adquiridos por el uso. Sin embargo, como ya se dijo, el sello falso *en apariencia es genuino en todos sus aspectos*, razón por la cual en un dictamen más específico se concluyó que la longitud total del sello es de 48.5 mm aproximadamente, que sobre la letra "o" de la palabra "B..." se aprecia un fragmento alargado a manera de tilde de forma longitudinal, la cual también se observa en el sello original y que los cuerpos ovalares de la letra "B" son similares en su dimensión, razones por las cuales los expertos concluyeron que las impresiones objeto de comparación *provienen del mismo instrumento sellador*.

3º.- Lo que define la responsabilidad del banco en el caso de cheque, cantidades y firmas falsificadas o adulteradas, son los contrastes perceptibles ordinariamente en el ambiente dentro el cual se cumple el visado, que es trabajo especializado y profesional pero que no es científico, no se hace con microscopio binocular estereoscópico, radiaciones ultravioleta, luces episcópica, diascópica y rasante sino con herramientas, luces y experiencias comunes en los bancos. Así, aunque es posible que técnicamente se establezca que determinada firma no es genuina, no por ello el banco que pague cheques con ese defecto es responsable porque su responsabilidad depende de que el proceso de visado no se haya atendido como es usual o de que las discrepancias entre los sellos y firmas registrados y los utilizados en el caso concreto o los yerros, borrones, tachaduras y enmendaduras sean perceptibles en un proceso ordinario de visado en el que se supone interviene personas especializadas que se desempeñan en un entorno de velocidad muy exigente. En este caso las semejanzas genéricas que presentan las impresiones de los sellos registrados y las similitudes genéricas que existen entre la firma giradora y la firma registrada los hicieron viables y por ello el banco no debe responder por el pago de los cheques que en mala hora le sustrajeron al cuentacorrentista, los que él echó de menos con alguna tardanza, circunstancias que en conjunto contribuyeron a su perjuicio.

4º.- El banco pudo establecer que las impresiones dactilares que junto con la firma de M... aparecen en el endoso del cheque N° 00... sí se corresponden dactiloscópicamente con la impresión que a nombre de la precitada persona aparece en la tarjeta de registro de la cuenta 05... y concluyó que esas impresiones dactilares

proviene de la misma falange. No ocurre lo mismo con la huella digital de J..., la que está bajo examen.

5°.- En el caso de la firma de B... el análisis del banco sobre documentos indubitados y documentos debitados concluye que sí hay *uniprocedencia escritural*, tal como la hay en el caso de las firmas de Sor M... y J....

Para esta Defensoría en este caso el comportamiento de Banco... ha sido el que la ley le exige y por ello no considera que haya lugar a la responsabilidad que reclama el quejoso, quien dicho sea de paso carece de legitimación para reclamar una indemnización que si fuera admisible se le debería reconocer a la cuentacorrentista. Como el quejoso no es parte en el contrato de cuenta corriente, el banco ha extendido su servicio a quien no tiene relación contractual con el Banco y nada le puede reclamar. Ese cuidado se le debe reconocer al Banco... y no es censurable en la medida en que no se quebrantó la reserva bancaria.

### **Saldos Inembargables.**

#### **Transferencias al sector salud.**

**Ref:- 05-1-43-130** (4 de noviembre de 2005)

Respetado señor alcalde:

El 16 de septiembre de 2005 esta Defensoría recibió su correo electrónico por medio del cual presentó una queja que se origina en el embargo de las cuentas corrientes del Municipio en las que se consignan los recursos provenientes de las "*transferencias del sector salud*", asunto sobre el cual separadamente se habían pronunciado el señor Procurador General de la Nación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y que no obstante ello no fue obstáculo para que la gerente de la sucursal de Banco... en Sincelejo extendiera su radio de acción para orientar en otra sucursal el embargo antes mencionado.

De su carta le dimos traslado a Banco... y con base en la respuesta y documentos que recibimos de esa entidad financiera y, obviamente, en la carta que usted nos envió, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1°.- La orden de embargo se originó en el Juzgado Primero Promiscuo del Municipio de Corozal y llegó a la oficina del Banco en Sincelejo.

2°.- Según la Circular Básica Jurídica N° 07 el banco siempre debe atender una orden de embargo porque "*...los intereses de la justicia están por encima de los*

*particulares de cualquier cliente.....los gerentes deben establecer los más severos mecanismos para que sus respectivas entidades cumplan y hagan cumplir los mandatos judiciales ya que, de lo contrario, deberán asumir las responsabilidades...”*

3°.- La señora gerente de la oficina del banco en Sincelejo tuvo en cuenta que la Corte Constitucional, en Sentencia T-025 del 1° de febrero de 1995 (Expediente T-46448) había precisado que *“En adelante todas las órdenes de embargo que afecten o recaigan sobre las rentas y recursos incorporados al Presupuesto General de la Nación, emanadas de Juez competente, serán de inmediata ejecución o cumplimiento por parte de los establecimientos de crédito”*.

4°.- No hay duda de que el artículo 1387 del Código de Comercio exige que las órdenes de embargo se atiendan en su estricto orden de llegada y tampoco hay duda sobre lo que manda el artículo 3° del Decreto 1807 de 1994, el que no impide que el embargo se perfeccione sino que facilitando el embargo le exige al banco que le de noticia inmediata a la Contraloría General de la República para que inicie un juicio fiscal contra el funcionario que ordenó el embargo. En este caso, el 15 de septiembre se le comunicó a la Gerencia de Operaciones lo acontecido para que desde allí se le diera noticia a la Contraloría.

5°.- Entendemos la molestia que le ha causado este asunto pero comprendemos y compartimos las razones que tuvo la gerente de Sincelejo para actuar como lo hizo, procedimiento que es correcto y socialmente constructivo en la medida en que permite que la orden judicial produzca efectos y quede a salvo de las desviaciones que en años pasados le permitían y le facilitaban al deudor los retiros que dejaban la cuenta sin recursos disponibles. Para que esa mala práctica no vuelva a suceder, sobre los funcionarios de los bancos la Corte Constitucional dijo que *“su actuación no puede ir más allá que la de mero ejecutor de la orden judicial en lo concerniente con la existencia de los recursos, su cuantía y la identificación del titular, aspecto cuya verificación se encuentra implícita en la ejecución de la orden de embargo”*.

Para esta Defensoría las decisiones que adoptó el banco en este caso son absolutamente razonables y tienen asidero legal, razones por las cuales damos por cerrada esta actuación, no sin antes advertir que esta opinión no es obligatoria y que por ello mismo en nada restringe o limita las posibilidades de acción o queja que las leyes le reconocen a los clientes de los bancos sin distingo alguno.

**Extractos con datos erróneos.****La autoestima sobre el buen nombre.**

**Ref:- 05-1-43-131** (8 de noviembre de 2005)

La comunicación que recibimos el 19 de septiembre que acaba de pasar fue puesta en conocimiento de Banco... para conocer sus puntos de vista y para solicitarle algunos documentos que consideramos necesarios para atender su caso. Con base en la carta que le dio origen a esta actuación, los documentos que recibimos del banco y las explicaciones de esa entidad financiera hemos concluido lo siguiente:

1º.- Su queja se encamina a precisar el significado y veracidad de la información que en extractos sin firma periódicamente le envía el banco, extractos en los cuales aparecen valores o cuotas atrasados, lo que usted no considera correcto porque nunca ha sido moroso y por ello solicita que se le “devuelva el buen nombre” y que “se suspenda esa clase de informes que no los justifico desde ningún punto de vista”.

2º.- El banco ha precisado que usted “**nunca ha estado vencido**”, lo que exime a esta Defensoría de mayores reflexiones.

3º.- Entendemos muy bien su preocupación y valoramos la gallardía con la que estima su “buen nombre”, razón por la cual le estamos solicitando al banco que le devuelva ese sentimiento y que restaure su autoestima, lo que en nada modifica los derechos ni las obligaciones que existen entre usted y el banco pero si favorece la verosimilitud de los extractos bancarios y las buenas relaciones que deben existir entre el banco y sus clientes.

Desde nuestro punto de vista, en este caso Banco... ha obrado con descuido en la primera etapa, con interés tardío en la segunda y con indiferencia en la etapa final, pero como a fin de cuentas el yerro del banco no ha pasado a mayores esta Defensoría da por atendida su reclamación y procede a cerrar este caso.

(...)

Al banco le dijimos:

Respetado Doctor M...:

Con la presente le envío copia del concepto que rendimos en el caso de la referencia, relacionado con el interés que tiene un cliente en que se le “devuelva el buen nombre” y que “se suspenda esa clase de informes”- se refiere a los que él recibe como destinatario y en los que se le trata como moroso sin serlo.

En este caso el banco actuó con descuido inexcusable y ello debería tenerse en cuenta para que en adelante no se le envíen esos extractos o apercibimientos, que para cualquier persona son molestos pero mucho más para quienes por su edad, su formación, temperamento, cultura o tradición estiman su imagen con especial celo, razones que nos animan a solicitarle al banco que atienda lo que el cliente pide, es decir, que de alguna manera le restablezca su autoestima, para lo cual le sugerimos que le presente alguna disculpa, lo que en nada compromete los intereses ni los derechos del banco pero sí humaniza su comportamiento y restaura, al menos en lo afectivo, el respeto que los clientes esperan de su banco y el que ellos desarrollan por las entidades financieras que les han servido. La mayoría de las entidades financieras actúan de este modo y por ello les presentamos esta sugerencia. Por otra parte, deseamos solicitarle que ordene lo necesario para que en adelante no se le requiera o trate como moroso si no lo es.

### **Remesa negociada o giro sobre canje.**

#### **El endoso “salvo buen cobro”.**

**Ref:- 05-1-44-081** (8 de noviembre de 2005)

El 20 de septiembre esta Defensoría recibió la carta por medio de la cual nos comunica que el 16 de agosto doña M... consignó en su cuenta de ahorros un cheque que resultó abonado y dio lugar a que usted autorizara el cargo de la cuota mensual de un crédito a su nombre. Días después el banco le comunicó que (i) el cheque había sido devuelto por fondos insuficientes y que por tal razón usted debía reintegrar el valor abonado en su cuenta, y que (ii) que la cuota pagada se reversaría, todo lo cual le causa molestia y está afectando su salud.

Del escrito que acabo de mencionar le dimos traslado a Banco... para conocer su opinión y recibida la respuesta hemos concluido lo siguiente:

1º.- Ordinariamente el abono en cuenta solo se produce después de cumplido el canje pero es posible que por error o como consecuencia de la operación que se llama “remesa negociada” o del denominado “giro sobre canje” el cliente pueda disponer del importe del cheque sin que se haya verificado la disponibilidad de los fondos. En estos casos no se puede decir que el banco está interesado en asumir la posición cambiaria del endosante o la del tenedor o en hacer una donación. Todo mundo sabe que en estos casos el banco está anticipando los recursos y que el cheque se ha recibido “salvo buen cobro”, sin que se pueda hablar de una negociación cambiaria entre el banco y el cliente con efectos *pro solvendo* o *pro soluto*. Es decir, en estos casos hay un verdadero anticipo y si por cualquier causa no se produ-

ce el abono del cheque el cliente, que se ha beneficiando de los dineros que el banco puso a su disposición debe reintegrarlos, sin más dilación ni discurso.

**2°.-** El endoso que se hizo a favor del banco tiene carácter especial. Se trata de un endoso al cobro y por ello no es traslativo del dominio, circunstancia que influye para determinar el riesgo del cuerpo cierto y la legitimación activa frente al endosante y al librador.

**3°.-** No es razonable que el banco proceda a reversar el pago de la cuota a la que ya hicimos referencia. Ese abono es legítimo y produjo los efectos extintivos que le corresponden porque, a diferencia de lo que ocurre con el cheque de marras, no estaba sometido a condición de ninguna clase y así los fondos que se utilizaron para tal fin se le deban al banco por otra causa ese negocio jurídico, el abono, nada tiene que ver con la deuda que existe a su cargo como consecuencia del error del banco, error que no vicia el consentimiento, es de carácter comercial en cuanto estuvo en confiar en su cliente y en concederle un crédito de corto plazo sometido a la condición suspensiva consistente en el éxito del canje. En otras palabras, el banco actuó con ánimo de servicio y tal vez se excedió en la confianza que depositó en su cliente pero ello no disminuye, modifica ni extingue los derechos que tiene contra el cliente que le debe reintegrar la suma que abonó en cuenta.

**4°.-** En resumen: **(i)** usted le debe reintegrar al banco el importe del cheque junto con los intereses que se convengan o los de mora dentro de los límites de ley; **(ii)** el abono de la cuota y sus efectos deben entenderse en firme; **(iii)** el banco nada tiene que ver con el girador ni con el endosante al cobro y carece de legitimación cambiaria activa con respecto a ellos; **(iv)** como el banco ya le dio aviso sobre la devolución del cheque, los riesgos relacionados con la caducidad y la prescripción de la acción cambiaria corren en contra de doña M....

### **Normas aplicables.**

**El banco no puede aplicar las circulares que no ha divulgado.**

**Ref:- 05-1-43-100** (27 de enero de 2006)

**1°.-** Su queja se explica porque el Banco... le comunicó que registraría una nota débito por valor de \$27.013.818<sup>00</sup> por concepto de IVA causado por retiros superiores en un mes a \$100.000.000<sup>00</sup> sobre el saldo de su cuenta de ahorros. Usted dice que: **(i)** no conocía la circular AD- 066 del 26 de mayo de 2005; **(ii)** que no cree que el banco tuviera que aprovisionarse de efectivo para atender estos retiros; **(iii)** que nunca firmó convenio con el banco sobre este asunto y **(iv)** que si hubiera tenido conocimiento de estas reglas habría tomado las medidas o decisiones pertinentes.

Por lo antedicho solita que no se haga el cargo contable para definir la suscripción del convenio.

2°.- La Secretaría General del banco analizó su caso, nos facilitó los documentos que consideró pertinentes y ratificó lo que ya le había expuesto a usted en carta del 11 de agosto de 2.005, que se contrae al anuncio del cargo pero en nada explica lo que a usted le afana, que tiene que ver con la aplicación de la circular AD- 066 del 26 de mayo de 2.005, que usted no conocía.

3°.- El banco afirma que cuando usted abrió la cuenta de ahorros la subdirectora de la oficina de Pereira le comunicó cuáles eran las condiciones particulares de manejo aplicables a ese contrato y si ello es así, como suponemos que lo es, necesariamente debemos concluir que usted quedó oportunamente enterada de estas particularidades y que sobre ellas la ilustró un funcionario de alto nivel, la propia subgerente de la oficina, lo que permite suponer que la información que le dio en ese momento fue suficiente y entendible, razón por la cual usted conocía lo fundamental de este asunto.

4°.- Entendemos nosotros que:

4.1.- La circular AD-066 del 26 de mayo de 2.005 se ha debido publicar mediante avisos fijados a la vista del público en las oficinas de la institución y como en el presente caso ello no se ha demostrado ni puede darse por cierto, la circular debe entenderse existente pero inaplicable en relación con el contrato de cuenta de ahorros que existe entre usted y Banco....

4.2.- Como el banco nada dijo sobre la solicitud que usted hizo para que no se haga el cargo anunciado, tal silencio nada le concede ni le niega pero si el cargo se basa o se justifica en la circular reglamentaria AD- 066 del 26 de mayo de 2.005, no es exigible.

4.3.- Sobre la posibilidad de suscribir o no el convenio nada podemos decir porque ese es asunto que depende del banco y de usted misma. (...)

Al banco le dijimos:

Respetado Doctor M...:

Con la presente le envío copia de la carta que le estamos haciendo llegar a doña E..., quien presentó una queja porque el banco le comunicó que registraría una nota débito por valor de \$2.013.818<sup>00</sup> por concepto de IVA causado por retiros superiores en un mes a \$100.000.000<sup>00</sup> en la cuenta de ahorros, decisión que se apoya en la circular AD-066 del 26 de mayo de 2.005, la que ella dice que no conocía, razón por la que

entiende que no le es aplicable y por la que pide que no se haga el cargo anunciado para definir entonces la suscripción del convenio al que se refiere esa circular.

Esta Defensoría no quisiera insistir en lo que tiene que ver con la calidad y detalle con los que se atienden las quejas y los requerimientos o solicitudes que hacemos para atender cada reclamo, pero esta es ocasión para rogarle que en estos casos, los que se originan o tienen que ver con la manera cómo se le comunican a los clientes las circulares reglamentarias, los cambios de tarifas o las condiciones de las operaciones y negocios que se desarrollan con ellos, el banco nos ayude con respuestas que atiendan lo que pedimos, dando por sentado que no estamos solicitando esa información para agravar los trabajos que a ustedes les corresponden sino para entender “*cómo (en este caso concreto) se ...dio a conocer la circular reglamentaria AD-066 de mayo de 2005*”, y cómo se han regulado en los contratos los mecanismos e instrumentos a través de los cuales “*...se deben dar a conocer (en todos los casos) a los clientes las modificaciones ... de las tarifas*”, de tal manera que nuestra opinión incluya las razones del banco, lo que puede beneficiar a esa entidad porque confirma la racionalidad de su comportamiento, o la pone sobre aviso en relación con defectos o riesgos que puede corregir, si lo tiene a bien. Esta es la razón de nuestras comunicaciones del 22 de agosto, 27 de septiembre y 14 de diciembre del año pasado, de las que se desprende la carta que recibimos el 29 de diciembre del mismo año en la que el banco se limitó a enviarnos fotocopia de una carta que el 27 de octubre de 2.005 le hizo llegar a doña E... para reiterarle sus puntos de vista. Entendemos nosotros que definitivamente y por razones que respetamos, no fue posible atender lo que pedimos porque la carta que lleva la firma del doctor J... en nada aclara ni explica lo que deseábamos entender para mejor servir los intereses del cliente y de esa respetable institución.

Con estas limitaciones hemos emitido nuestro concepto, según el cual la circular AD- 066 del 26 de mayo de 2.005 se ha debido publicar mediante avisos fijados a la vista del público en las oficinas de la institución y como en el presente caso ello no se demostró ni podía darse por cierto, la circular debe entenderse existente pero inaplicable en relación con el contrato de cuenta de ahorros del que se deriva la queja; como el banco nada dijo sobre la solicitud que hizo la cliente para que no se haga el cargo contable, tal silencio nada le concede ni le niega pero si el cargo se basa o se justifica en la circular reglamentaria AD- 066 del 26 de mayo de 2.005, no es exigible. Finalmente, sobre la posibilidad de suscribir o no el convenio nada dijimos porque ese es asunto que depende del banco y de ella misma. Al mismo tiempo hemos dado por cerrado el caso y concluida nuestra intervención en el mismo.

**Cupo de Sobregiro.****Ref:- 06-1-12-009** (8 de marzo de 2006)

La copia de la comunicación que recibimos el 31 de enero de este año la remitimos a Banco... para conocer sus puntos de vista y con base en la carta que le dio origen a esta actuación y las explicaciones que recibimos de esta entidad financiera, hemos concluido lo siguiente:

**1º.-** Su queja se explica porque usted considera que el banco actuó de manera irregular e injustificada al suspender el cupo de sobregiro que le había autorizado, lo que dio lugar a que usted, sin conocer esa suspensión, girara cheques que fueron devueltos, con las consecuentes molestias que de ello se derivan, razones por las cuales sugiere que en estos casos el banco debería enviar una comunicación formal para que el cliente se entere de lo resuelto.

**2º.-** El banco analizó su caso, nos facilitó todos los documentos que pedimos y nos puso de presente que:

**2.1.-** Aunque usted ha tenido un buen manejo de su cuenta, la auditoría del banco exige actualizar, por lo menos cada año, la información relacionada con cada uno de los clientes, de tal manera que si ello no ocurre los servicios se pueden interrumpir o dar por terminados los contratos y las relaciones comerciales.

**2.2.-** Como los cupos de sobregiro se otorgan para un período anual, el sistema de ordenadores del banco lo da por terminado al vencimiento del período, razón por la cual el cliente debe renovarlo oportunamente si desea continuar con ese servicio. Por estas razones, en este caso el banco no le dio aviso y esperó la actualización de datos y al no recibirlos la terminación del cupo resultó automática.

**2.3.-** El sobregiro es un servicio que el banco otorga sin costo distinto al que se deriva de la utilización del cupo y por ello la decisión se toma por períodos que conoce el cliente y, obviamente, en consideración al perfil del beneficiario del cupo.

**3º.-** Desde nuestro punto de vista sus observaciones se han tenido en cuenta pero como el cupo estaba sujeto a un plazo que venció sin prorrogarlo no hay necesidad de carta ni de comunicación de ninguna clase que esta Defensoría pueda sugerirle o solicitarle al banco.

**Remesas al cobro.****Negociación de las remesas.****Ref:- 05-1- 43- 181** (16 de junio de 2006)

1°.- Su queja se orienta a obtener el reintegro de los cargos que le hizo el banco por el servicio y los gastos que se derivan del trámite de la remesa al cobro que se originó el 10 de septiembre del año pasado, cargos que usted entiende se le deben cobrar a quien consignó el cheque y no al titular de la cuenta beneficiaria de la consignación.

2°.- Banco... nos ha dicho que el 13 de diciembre le envió la carta CJRS-1046 y aunque se ha abstenido de agregar cualquier comentario o explicación, para facilitar la comprensión de este asunto deseamos hacer las siguientes observaciones:

2.1.- La *remesa al cobro* es una operación bancaria cuyos perfiles y elementos se han ido definiendo por la costumbre ya que no existe ley que la regule en sus detalles y consuetudinariamente se han identificado los siguientes elementos, a saber: es un servicio derivado del contrato de cuenta corriente bancaria por medio del cual el banco, mediando el endoso en procuración del titular del cheque, se encarga de intervenir ante el banco librado como endosatario al cobro, asumiendo el titular de la cuenta la obligación de pagar las comisiones que se causen por el trámite de la remesa y obligándose también a reembolsar los gastos que se causen en la prestación de este servicio, tales como el GMF, el porte de envío, el porte de regreso (cuando el título no lo paga el banco girado), el IVA que se causa en cada una de estas dos etapas y el IVA que se causa por el servicio mismo. Cuando el banco acepta abonar en cuenta del endosante el importe del cheque, la remesa es del tipo de las *remesas negociadas* y en este caso la operación no es consecuencia del contrato de cuenta corriente o de ahorros, ni satisface una obligación del banco sino que está vinculada con el contrato de cuenta corriente o de ahorros y concurre con una operación de crédito de corto plazo que se extingue por compensación contra el abono que resulte del recaudo del cheque o da lugar a un cargo autónomo si el cheque resulta impagado por cualquier motivo.

2.2.- Así las cosas, en estas operaciones el banco está obligado a asumir la gestión de cobro, actuando en nombre propio pero por cuenta ajena; puede cobrar la comisión pactada, la que es usual entre las partes o la que es ordinaria y corriente en la plaza donde se reciba la consignación, según el caso; tiene derecho al reintegro de los gastos causados o pagados y el crédito que se deriva por estos conceptos lo puede compensar contra el saldo disponible en la cuenta del beneficiario de este servicio o lo puede recaudar por otro medio.

**2.3.-** La distinción que proponemos es importante para ver cómo el cobro de las remesas es una operación que se deriva del contrato de cuenta corriente y no requiere pacto expreso, pero la negociación de la remesa sí exige ese acuerdo o convenio porque implica un crédito, que no es automático y para el banco no es obligatorio concederlo ni para el cliente es obligatorio recibirlo.

**2.4.-** Entendemos que en su caso usted no hizo la consignación, no la autorizó, no pidió la negociación de la remesa y así, sin más ni más, vino a ser beneficiario de un crédito que no esperaba. Si las cosas son como hemos dicho, el banco, por querer servirlo, se excedió al concederle el crédito que usted no había pedido (crédito que se concreta en el abono anterior al pago del seque) y aunque le puede cobrar el capital no le puede cobrar los intereses, ni el IVA, ni los portes, ni las comisiones. Esta Defensoría no conoce el origen del negocio concreto, pero como usted dice que la firma de endoso no es la suya, lo que implica una falsedad, se concluye que: **(i)** usted jamás recibió el título, es decir que fue beneficiario designado por el librador pero no alcanzó a ser tenedor, o si lo fue también fue desposeído del título y engañado o suplantado, asuntos que usted deberá poner en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación para lo de su cargo; **(ii)** el banco también fue engañado por quien lo suplantó a usted; **(iii)** la remesa se negoció por error y sin que usted estuviera interesado en ello; **(iv)** usted debía pagar, como en efecto pagó el crédito temporal; **(v)** no hay lugar al cobro de comisiones o cargos por causa de esta operación.

### **Valor probatorio del comprobante de consignación.**

**Ref:- 06-1-43-041** (1° de agosto de 2006)

**1°.-** Su queja se explica porque **(i)** la señora Y... se acercó al banco para consignar en su cuenta corriente la suma de ocho millones de pesos en efectivo y como le entregó al cajero once millones, ese funcionario le devolvió los tres millones del exceso; **(ii)** al día siguiente su señora esposa le dijo que el cajero había solicitado el reintegro de los tres millones porque ese dinero formaba parte de la consignación y debía reintegrársele al banco; **(iii)** usted dispuso que le entregaran el dinero al funcionario y así sucedió pero el encargado de tal servicio lo entregó en la calle y no en las oficinas del banco y, además, no solicitó el recibo de tal entrega; **(iv)** al día siguiente usted habló con el gerente y con el cajero y este funcionario dijo que había recibido una consignación de once millones de pesos, razón por la cual devolvió los tres millones antes mencionados. Después del arqueo no había excedente ni faltante y ahora usted desea que el banco le devuelva ese dinero.

2º.- Hemos tenido alguna dificultad para entender su queja porque si el cajero dice que recibió once millones de pesos y devolvió los tres millones de pesos, nada se ha perdido. Sin embargo, con base en su carta y en las explicaciones del banco hemos llegado a las siguientes conclusiones:

2.1.- El comprobante de consignación es plena prueba del depósito de ocho millones de pesos, tal como lo sugiere el Coordinador Jurídico de la Regional Sur, pero no por ello la palabra del cajero que dice haber recibido once millones de pesos carece de consecuencias porque esa declaración también es prueba del depósito y aunque no produce los bondadosos efectos que se derivan de aplicar la tarifa legal (porque está sometida a la valoración que se haga con base en el principio de la sana crítica), es elemento demostrativo el hecho que a usted y al banco les interesa dilucidar.

2.2.- Aunque el Coordinador Jurídico de la Regional Sur dice que hubo un arqueo y que no hubo sobrante ni faltante, quedó por aclarar si el arqueo sucedió antes de que el cajero reintegrara los tres millones de pesos o después. En este punto las dos palabras, la suya y la del señor Coordinador Jurídico de la Regional Sur, se contradicen y por ello la Defensoría las desestima las dos.

2.3.- Aunque el Coordinador Jurídico de la Regional Sur dice que el banco no reintegrará los dineros que usted reclama, no se puede desconocer que el cajero dice haberlos recibido y no se puede olvidar que los reintegró en presencia del gerente. Por ello creemos que el banco sí debe reintegrar esos dineros y que debe abrir una investigación que permita aclarar los detalles y particularidades de estos negocios.

2.4.- El Coordinador Jurídico de la Regional Sur observa que el dinero se entregó fuera del banco y ello es importante pero no impide que la verdad aparezca. Nótese que la entrega se hizo porque el cajero lo solicitó y nótese que el cajero dice haber recibido once millones de pesos: ocho en un momento y tres más tarde, y téngase en cuenta que el cajero reintegró los tres millones de pesos. Esos son hechos que el banco no ha desvirtuado y sobre los cuales guardó silencio.

#### **Terminación unilateral del contrato.**

**La causa o razón que debe explicitar el banco.**

**De la causa el banco debe hacer registro.**

**Ref:- 06-1-12- 056** (7 de octubre de 2006)

1º.- Su queja se explica porque el *Banco (...)*, sin previo aviso y sin causa justificada, unilateralmente decidió terminar un contrato de cuenta corriente que desde hace

más de veinte años tenía con usted y, por otra parte, hizo dos abonos en su cuenta, operaciones que usted reconsidera irregulares y espera se le expliquen.

2º.- El banco analizó el caso, nos facilitó todos los documentos que le pedimos y nos puso de presente que (i) el ya actualizó la información ante las Centrales de Riesgos y corrigió su error; (ii) precisó que su cuenta tuvo un sobregiro desde el 3 de febrero hasta el 24 de mayo, sobregiro cancelado por usted; y, (iii) nos explicó que la cancelación de la cuenta se apoya en la cláusula 6ª del contrato de cuenta corriente y en dos circunstancias concretas, la primera de las cuales consiste en que la cuenta no presentó movimiento desde el mes de agosto del año pasado y en que el sobregiro no fue atendido oportunamente.

La Defensoría considera lo siguiente:

1º.- El banco, al igual que el cuentacorrentista, pueden dar por terminado el contrato de cuenta corriente en el momento en que lo tengan a bien, sin necesidad de alegar causa o razón concreta y sin preaviso porque así lo permite el artículo 1.389 del Código de Comercio y, además, porque así se convino expresamente en el contrato de cuenta corriente que ha dado lugar a esta comunicación.

2º.- El derecho que legitima la terminación unilateral del contrato de cuenta corriente por parte del banco no es absoluto ni se puede ejercer con arbitrariedad puesto que si bien es cierto que no es necesario el preaviso, también es cierto que no se puede terminar el contrato sin razón, por cualquier causa o por causa aparente porque el motivo de lo resuelto -siempre y sin excusa- ha de coincidir con uno o varios de los motivos de terminación definidos en los manuales del banco y, además, deberá explicitarse para crear la anotación o registro correspondiente (*Cfr. Literal e, Art. 10º EOSF*). En este caso se ve que el funcionario que lo atendió le dijo que esa decisión obedecía a las “*políticas del banco*”, lo que es cierto en términos de lógica formal pero comercialmente inútil porque es un mensaje vacío y, al mismo tiempo, inaceptable para los efectos del sistema de derecho bancario, porque dentro de este contexto el banco debe explicitar cuál es el motivo concreto e inmediato que explica su decisión y de esa causa debe quedar registro o anotación en la entidad financiera.

3º.- Aunque tardíamente -y por conducto nuestro- el banco ha explicado la razón de lo que decidió, su razón es válida, no obedece a trato desigual o discriminatorio sino a un motivo comercial ordinario: ha dicho que la terminación del contrato se explica porque la cuenta presentó un sobregiro por más de treinta días continuos.

4º.- Como usted protesta porque el banco decidió abonar la cuenta para cerrarla luego, esta Defensoría considera que esas anotaciones carecen de significado patrimonial en la medida en que no generen derechos ni obligaciones y pueden entenderse como registros necesarios para ajustar la cuenta y formalizar el cierre, sin modi-

ficar el estado ni el valor de los derechos de las partes, razones por las cuales esas anotaciones de cierre son normales, están exentas de sospecha o peligro y no pueden recibir censura.

Desde nuestro punto de vista el banco actuó como legalmente podía hacerlo y aunque las *políticas del banco* no son causa justificativa para terminar el contrato de cuenta corriente bancaria, la causa verdadera, aunque conocida con tardanza, es válida y lo resuelto no obedece a trato desigual o discriminación sino a un motivo comercial. Por estas razones damos por cerrada esta actuación.

### Cupo de sobregiro

**Ref:- 07-1-43-158** (2 de septiembre de 2007)

1°.- Su queja se explica porque no obstante tener un saldo en cuenta corriente por valor de \$602.148.27, el banco se negó a pagar un cheque librado por \$600.000<sup>00</sup>, aduciendo como razón que el saldo resultante de descargar el cheque no era suficiente para pagar el GMF o impuesto del 4 por mil. A la postre, el quid del asunto radica en que, por algo menos de \$300 pesos, el banco se negó a pagar un cheque cuyo valor superaba el saldo disponible en la cuenta librada.

2°.- Considera la Defensoría que, en primer lugar, debe plantearse una distinción entre las dos obligaciones relevantes en el espectro fáctico estudiado: por una parte, está la obligación que tiene el banco librado de atender la orden del cuentacorrentista, y, por otra, la obligación tributaria propiamente dicha, que consiste en el pago del Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF). Con relación a esta última obligación, conviene recordar que el impuesto se hace exigible cuando se paga el cheque, de manera que, si ello no tiene lugar, no se causa la obligación. Lo antedicho se deriva de lo que dispone el Estatuto Tributario ( Decreto 624 de 1989) en su Art. 871, según el cual "*El hecho generador del Gravamen a los Movimientos Financieros lo constituye la realización de las transacciones financieras, mediante las cuales se disponga de los recursos depositados en las cuentas corrientes o de ahorros(...)*"( las cursivas no son del ET), de lo cual puede extraerse la idea según la cual, el hecho generador, en este caso, tiene lugar con posterioridad a la primera obligación traída a colación en el aparte inmediatamente anterior.

3°.- Dada la referencia anterior, resulta evidente que el banco debió pagar el cheque porque había fondos suficientes para atender la orden del librador- con independencia de si había suficiente dinero para satisfacer el GMF-, de manera que su proceder carece de justificación.

4°.- También vale la pena señalar que desde el punto de vista técnico el descubierto es una de las alternativas idóneas para solucionar este tipo de conflictos y el banco ha debido considerar (con libertad pero sobre bases razonables y objetivas) la posibilidad de otorgarlo porque (i) el riesgo –que ascendía a \$252 pesos- era irrisorio y carecía de materialidad; (ii) esa es una práctica usual en este tipo de casos; (iii) el cuentacorrentista podía tener la expectativa razonable o la confianza legítima en ese servicio; y, (iv) porque ante la circunstancias concretas de este negocio y en presencia de la posibilidad de precipitar las sanciones a las que se refieren los artículos 722 y 731 del Código de Comercio o asumir el riesgo derivado de conceder el sobregiro no se ve argumento que justifique la devolución del cheque.

5°.- A partir de todo este *excusus* resulta coherente expresar una conclusión diametralmente opuesta a la formulada por el Banco..., y aceptar que a la quejosa le asiste la razón. Sin embargo, la Defensoría no puede derivar daños ni sanciones pecuniarias porque tales consecuencias corresponden a la justicia ordinaria.

#### **SARLAFT.**

**Reporte de Operación Sospechosa no constituye *per se* una causa objetiva y razonable para dar por terminado el vínculo con el cliente.**

**Ref.- 08-1-43-216** (6 de octubre de 2.008)

Su queja se explica porque:

1°.- Usted afirma que su empresa está en riesgo de desaparecer comercialmente debido a los inconvenientes que se le han presentado desde la cancelación de la cuenta que tenían con el Banco... en la ciudad de Neiva.

2°.- Asegura que la procedencia de los recursos de su empresa son lícitos al igual que la operación que desempeñan –venta de tarjetas prepago y recargas de Comcel–, razón por la cual no se explica el motivo por el cual el banco decidió terminar unilateralmente las relaciones comerciales que han mantenido con ustedes. Teniendo en cuenta que la zona de operaciones de la empresa se encuentra en los departamentos de Putumayo, Caquetá, Huila, Tolima, Eje Cafetero, Bogotá, Boyacá, Meta, Nariño y Valle del Cauca, manifiesta que han dispuesto la revisión de los clientes, para lo cual cuentan con la información de sus vendedores y mayoristas y que de ser necesario, pondrían a disposición del banco para las respectivas investigaciones.

3°.- Asevera que de ninguna manera han desconocido que el banco debe tener controles para prevenir y evitar el lavado de activos. Sin embargo, exige que se adelante la investigación respectiva para que se verifique el crecimiento, los movimientos bancarios, las bases de datos y la administración de la empresa.

4°.- En su condición de empresarios honorables, se sienten atropellados por la decisión del banco que entorpeció considerablemente la labor comercial de la empresa. Pero debido a que las relaciones con el Banco... son fundamentales en sus operaciones, solicitan que les den la oportunidad de continuar trabajando con el banco, para lo cual están dispuestos a darles la información que requieran por escrito, como también los estados financieros de cada uno de los socios; todo con el propósito de que sea reactivada la cuenta de ... con NIT N° 90....

5°.- En comunicación recibida el 18 de septiembre, el banco nos comunicó que:

**5.1.-** El cierre de las cuentas corrientes de la empresa que usted representa, P..., obedeció a *“un criterio objetivo y razonable ya que el objeto social desarrollado por su empresa requiere de un monitoreo especial, lo que implicaría que el Banco... mejore la estructura y desarrollo tecnológico actual, de acuerdo a las exigencias de la Circular 061 de 2007 de la Superintendencia Financiera de Colombia”*. En tal sentido mediante las Circulares Externas 21 y 22 del 19 de abril de 2007, la Superintendencia estableció los parámetros para la implementación del sistema que incentive una cultura de administración de riesgos, teniendo en cuenta las diversas modalidades presentes en la actividad financiera.

**5.2.-** A través de la implementación del Manual SARLAFT (Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo), el banco adelanta la *“parametrización de los perfiles de riesgo”*, mediante la cual se optó por terminar unilateralmente los contratos de cuenta corriente que la empresa tenía con el banco. Lo anterior se ejecutó en cumplimiento de los parámetros y lineamientos establecidos por la Circular Externa 023 de 2005, sobre protección al consumidor y acceso a los servicios que prestan las entidades vigiladas por la SFC.

**5.3.-** Por lo anterior el banco informa que se vio en la obligación de dar por terminadas las relaciones comerciales con la sociedad que usted representa, cuestión que espera puedan comprender por cuanto la decisión fue tomada con fundamento en la valoración objetiva del caso y con sustento en las normas que regulan la actividad de la entidad.

6°.- Esta Defensoría considera que:

**6.1.-** El Banco... es una entidad que debe desarrollar su actividad bajo los parámetros legales existentes, limitando su ámbito de acción en los eventos que se han considerado como socialmente relevantes y que requieren un tratamiento especial. Tal es el caso del lavado de activos. Por esta razón las entidades finan-

cieras han debido desarrollar mecanismos que permitan un control estricto en los casos en que se puede dar la comisión de este delito. Así las cosas, se ha dicho que “en sus actividades las entidades sometidas a control y vigilancia de esta Superintendencia deben conciliar, por una parte el deber de atender la creciente necesidad de las personas de contar con servicios financieros para desarrollar adecuadamente diversas actividades y empresas y, por otra, el deber de gestionar adecuadamente los riesgos inherentes a las operaciones que realizan”<sup>1</sup>. Este riesgo sugiere la posibilidad de que la entidad deba afrontar el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas, o casos en los que a pesar de la apariencia de legalidad, algunos sujetos lleguen a actuar con recursos procedentes de actividades delictivas. Por estos motivos se crearon, dentro del ámbito de control necesario, los mecanismos de control<sup>2</sup> conducentes a la prevención del lavado de activos, en virtud de los cuales las entidades financieras pueden establecer criterios objetivos y razonables que les permitan finalizar determinado vínculo jurídico. No obstante, para ello deberán dejar el respectivo soporte donde conste el motivo de dicha decisión.

**6.2.-** Tal y como lo ha explicado la SFC, uno de los principales aspectos derivados de las obligaciones de las entidades financieras es reportar de forma inmediata la información que hallen relevante sobre el manejo, la cuantía y las características de los fondos, sin que se evidencie un equilibrio entre la actividad desa-

---

1 Concepto 2005049770-004 del 27 de febrero de 2006

2 “**Mecanismos de control.** Para los efectos del numeral anterior, esas instituciones deberán adoptar mecanismos y reglas de conducta que deberán observar sus representantes legales, directores, administradores y funcionarios, con los siguientes propósitos:

“a) Conocer adecuadamente la actividad de sus clientes, su magnitud, las características básicas de las transacciones en que se involucran corrientemente y, en particular, la de quienes efectúan cualquier tipo de depósitos a la vista, a término o de ahorro, o entregan bienes en fiducia o encargo fiduciario; o los depositan en cajillas de seguridad;

“b) Establecer la frecuencia, volumen y características de las transacciones financieras de sus usuarios;

“c) Establecer que el volumen y movimientos de fondos de sus clientes guarda relación con la actividad económica de los mismos;

“d) Modificado por el artículo 11 de la Ley 526 de 1999. Reportar de forma inmediata y suficiente a la Unidad de Información y Análisis Financiero, cualquier información relevante sobre el manejo de fondos cuya cuantía o características no guarden relación con la actividad económica de sus clientes, o sobre transacciones de sus usuarios que por su número, por las cantidades transadas o por las características particulares de las mismas, puedan conducir razonablemente a sostener que los mismos están usando la entidad para transferir, manejar, aprovechar o invertir dineros o recursos provenientes de actividades delictivas;

“e) Los demás que señale el Gobierno Nacional” (Artículo 102, Régimen General, que hace parte del Capítulo XVI, sobre Prevención de Actividades Delictivas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

rollada y los montos comprendidos en las operaciones, según lo consagrado por el literal d del artículo 102 del EOSF. Como sucedió en este caso, el Reporte de Operación Sospechosa, constituye uno de los mecanismos más significativos en todo el sistema de prevención y control de lavado de activos, por cuanto su detección —con el respectivo aporte de pruebas—, facilita a las autoridades competentes la debida administración de justicia. Así las cosas, y conforme con el artículo 105 del EOSF<sup>3</sup>, el Reporte no constituye una denuncia de carácter penal y mantiene en todo momento el carácter de confidencial, aspectos que resaltan el recelo con que el ordenamiento jurídico ha revestido las actuaciones de las entidades financieras que presenten el Reporte, garantizando la protección de los derechos fundamentales de las personas que puedan verse afectadas por el informe. Igualmente, su envío a las autoridades exonera a las entidades vigiladas de responsabilidades administrativas y penales que puedan derivarse de dichas operaciones. Pero lo señalado con anterioridad debe entenderse sin perjuicio de que la entidad tiene la potestad de adoptar “con sus propias políticas (...) los mecanismos legales tendientes a terminar cualquier vínculo contractual con aquel cliente que llevó una operación que a su juicio sospechosa en los términos indicados en el literal anterior” (Numeral 2.3.1.4.2. del Capítulo Décimo Primero, Título Primero de la Circular 007 de 1996). En punto de este tema la Corte Constitucional afirmó que “las entidades y sus funcionarios no podrán dar a conocer a las personas que hayan efectuado o intenten efectuar operaciones sospechosas que han comunicado a la unidad de información y Análisis Financiero información sobre las mismas, y deberán guardar reserva sobre dicha información”<sup>4</sup>. De esta manera la Corte reiteró que “el ROS no constituye *per se* una causa objetiva y razonable para dar por terminado el vínculo con el cliente, porque, además de que la ley le atribuye el carácter de reservado (Artículo 105 del EOSF), el ROS por sí sólo no hace que se configure el tipo delictivo de lavado de activos. Para que el ROS se constituya en factor objetivo, debe traducirse en incautaciones e investigaciones efectivas y éstas, a su turno, en sentencias condenatorias proferidas por la autoridad judicial competente”<sup>5</sup>.

---

3 “Reserva sobre la información reportada (...) las instituciones financieras sólo estarán obligadas a suministrar información obtenida en desarrollo de los mecanismos previstos en los artículos anteriores cuando así lo soliciten la Unidad de Información y Análisis Financiero y los directores regionales o seccionales de la Fiscalía General de la Nación.

“Las autoridades que tengan conocimiento de las informaciones y documentos a que se refieren los artículos anteriores deberán mantener reserva sobre los mismos.

“Las entidades y sus funcionarios no podrán dar a conocer a las personas que hayan efectuado o intenten efectuar operaciones sospechosas, que han comunicado a la Unidad de Información y Análisis Financiero información sobre las mismas, y deberán guardar reserva sobre dicha información.”

4 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-851 del 17 de agosto de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

5 *Ibidem*. Citado en el Concepto 2005049770-004 del 27 de febrero de 2006

**6.3.-** En varias ocasiones tanto la Superintendencia Financiera como La Corte Constitucional se han pronunciado acerca de la decisión autónoma de las entidades de dar por finalizada una relación en concreto. En este sentido se ha dicho que “la negativa de las entidades vigiladas a prestar los servicios o su terminación unilateral cuando ésta sea procedente, debe fundamentarse en una evaluación individual, basada en criterios *objetivos y razonables*<sup>6</sup> que deben ser informados al consumidor cuando éste lo requiera”<sup>7</sup>. Esta Defensoría entiende que tal es el caso que nos ocupa. Como se expuso en el numeral **2.1.**, el cierre de las cuentas corrientes de su empresa se efectuó con base en un criterio objetivo y razonable “*ya que el objeto social desarrollado por su empresa requiere de un monitoreo especial, lo que implicaría que el Banco... mejore la estructura y desarrollo tecnológico actual*”. En otras palabras, bajo las condiciones actuales, el banco no podría garantizar el cumplimiento de su deber de gestionar adecuadamente los riesgos inherentes a las operaciones que realiza su empresa.

**6.4.-** En nuestra opinión, ante la disyuntiva que supone tanto el deber de atender la necesidad de las personas de contar con los servicios financieros mediante los cuales puedan desarrollar las actividades de su empresa, y el deber de cubrir los riesgos propios en las operaciones en las que funge como intermediario, la decisión del Banco... de optar por finalizar unilateralmente las relaciones comerciales con ustedes no tiene por objeto la afectación directa de su empresa sino que se funda en las obligaciones que conlleva el ejercicio de la actividad financiera, en especial, respecto a la asunción de los riesgos por actividades que puedan tener algún tipo de relación con el lavado de activos. En este sentido “es oportuno recordar que tratándose de aquellos servicios cuya prestación no es obligatoria, las relaciones entre las instituciones vigiladas y las personas que solicitan sus servicios se rigen efectivamente por principios como el de la autonomía de la voluntad, el cual soporta la potestad de las instituciones y de los usuarios para decidir si entablan determinada relación. Sin embargo, en cuanto dichas instituciones desarrollan actividades de interés público, no pueden restringir injustificadamente el acceso a los servicios que prestan y la negativa para su prestación debe basarse exclusivamente en criterios objetivos y razonables”.<sup>8</sup>

---

6 Corte Constitucional, Sentencia SU - 157 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

7 Circular Externa 023 de 2005.

8 Sobre el particular señala la Corte Constitucional que “*es imposible sostener la tesis de la absoluta libertad de las entidades financieras para decidir en relación con el acceso de los usuarios a dicho sector, pues ello equivaldría a negar el carácter de interés público que ostenta la actividad bancaria y de paso, conllevaría al desconocimiento de los derechos fundamentales de los usuarios de la industria financiera*” pero se destaca a su vez que “*tampoco es admisible permitir el acceso*

---

En consecuencia concluimos que el Banco... desarrolló su conducta con fundamento en las normas legales vigentes, sin que de su actuación se derive una eventual responsabilidad a propósito de su queja.

## 13.2 Cheque

### **Cheque falsificado.**

#### **Responsabilidad del banco por el pago de cheque falsificado.**

**El visado es trabajo especializado y profesional pero no es científico.**

**Ref:- 05-1-2-028** (8 de agosto de 2005)

Esta Defensoría recibió la queja que por conducto de apoderada se propuso por quien no es titular de la cuenta corriente contra Banco..., queja de la que, junto con sus anexos, se le dio traslado al banco para que después de recibir la respuesta y los documentos que solicitamos, la Defensoría entrara a emitir el concepto que le corresponde. Para tal efecto, hemos tenido en cuenta que la queja se apoya en los siguientes hechos:

1°.- El 23 de enero de 2.005 hurtaron de la oficina del quejoso cinco formularios de cheques.

2°.- El quejoso se dio cuenta del hurto al día siguiente y cuando fue al banco para ordenar que no se pagaran esos cheques, vino a saber que los cheques se habían presentado para su pago en las horas de la mañana del mismo 24 de enero y que habían sido atendidos y descargados por el banco.

3°.- El 28 de enero el señor M..., quejoso en este caso, presentó reclamación formal ante el banco porque desde su punto de vista ni la firma ni el sello correspondían a los registrados en la tarjeta de control de firmas para visado.

4°.- Con base en los hechos descritos, en el dictamen pericial que ordenó el banco y en los documentos allegados al expediente, esta Defensoría ha llegado a las siguientes conclusiones:

**4.1.-** Como la operación bancaria implica riesgos que el banco debe prever, antes de pagar un cheque el banco girado debe verificar que el título no presente falsificación por alteración, es decir, que no presente “borrado físico, adición sustitutiva o retoques”. También debe comparar la(s) firma(s) giradora(s) dubitable(s) con la(s) firma(s) indubitable(s) sin acudir a instrumental óptico y de medición especializados para establecer si discrepan en las proporciones, las dimensiones o las distancias, sino a simple vista; esto para analizar el conjunto

porque ese proceso no permite ni exige verificar si el falsario ha imitado la firma genuina y ha logrado animarla con la espontaneidad, movimiento, presión y automatismo que tipifican el gesto gráfico genuino objeto de la imitación, particularidades que un experto sí puede establecer. Para definir la responsabilidad del banco lo que importa es si las inconsistencias de la falsificación se pueden advertir a simple vista y en este caso el dictamen que rindió el documentólogo forense claramente dice que ello no era posible en un trámite ordinario pero que la firma es falsa en cuanto no proviene del puño y letra del señor M... y que tal falsedad sólo se puede establecer con "*instrumental especial y conocimientos en grafología identificativa*" (folio 21).

**4.2.-** Como en este caso el sello de caucho es similar al registrado y en apariencia es genuino en todos sus aspectos, el banco no incurrió en error inexcusable ni en defecto que le genere responsabilidad patrimonial. En efecto, el dictamen pericial dice que los dos sellos son semejantes en contenido, morfología y diseño, pero el genuino y el falso pugnan en detalles de construcción y en los adquiridos por el uso. Sin embargo, como ya se dijo, el sello falso *en apariencia es genuino en todos sus aspectos*.

**4.3.-** Lo que define la responsabilidad del banco en el caso de cheque, cantidades y firmas falsificadas o adulteradas, son los contrastes perceptibles ordinariamente en el ambiente dentro el cual se cumple el visado, que es trabajo especializado y profesional pero que no es científico, no se hace con microscopio binocular estereoscópico, radiaciones ultravioleta, luces episcópica, diascópica y rasante sino con herramientas, luces y experiencias comunes en los bancos. Así, aunque es posible que técnicamente se establezca que determinada firma no es genuina, no por ello el banco que pague cheques con ese defecto es responsable, pues su responsabilidad depende de que el proceso de visado no se haya atendido como es usual o de que las discrepancias entre los sellos y firmas registrados y los utilizados en el caso concreto o los yerros, borrones, tachaduras y enmendaduras sean perceptibles en un proceso ordinario de visado en el que se supone intervienen personas especializadas que se desempeñan en un entorno de velocidad muy exigente. En este caso las semejanzas genéricas que presentan las impresiones de los sellos registrados y las similitudes genéricas que existen entre la firma giradora y la firma registrada los hicieron viables y por ello el banco no debe responder por el pago de los cheques que en mala hora le sustrajeron al cuentacorrentista, los que él echó de menos con alguna tardanza, circunstancias que en conjunto contribuyeron a su perjuicio.

**4.4.-** Esta Defensoría considera que en este caso el comportamiento de Banco... ha sido el que la ley le exige y por ello no considera que haya lugar a la responsabilidad que reclama el quejoso quien, dicho sea de paso, carece de legitimación para reclamar una indemnización que de ser admisible se le debería

reconocer a la cuentacorrentista. Como el quejoso no es parte en el contrato de cuenta corriente, el banco ha extendido su servicio a quien no tiene relación contractual con el banco y nada le puede reclamar. Ese cuidado se le debe reconocer al Banco... y no es censurable en la medida en que no se quebrantó la reserva bancaria.

### **Sanción del 20%.**

#### **Insuficiente identificación del tenedor.**

**Ref:- 06-1-2- 014** (28 de febrero de 2006)

Hemos concluido dos cosas, a saber: primero, que su queja se relaciona con el impago de un cheque girado a C... el 12 de diciembre de 2.005 y aparentemente rechazado por las causales de devolución 2 y 19, lo que dio lugar a que usted fuera requerida para pagarle a FENALCO el importe del cheque junto con un recargo del 20% según consta en la fotocopia del recibo correspondiente; y, segundo, que aunque parezca paradójico, usted actuó como le correspondía y nada debe indemnizar y, por otra parte, el banco incurrió en un error objetivo que no lo compromete frente al tenedor del cheque y que, tampoco legitima la reclamación que usted nos ha propuesto. Estas conclusiones se basan en las siguientes razones:

**1°.-** El cheque no fue devuelto por falta de fondos, sino por la *insuficiente identificación del tenedor*, lo que da pie para afirmar que la devolución no obedeció a causa imputable al librador y que usted no estaba obligada a recoger el importe del cheque en F... y mucho menos a pagar el 20% que allí le exigieron, porque, conviene repetirlo, la devolución no obedeció a *causa imputable al librador*; y, adicionalmente, esa sanción solo se puede deducir a través de sentencia judicial que no se puede reemplazar por los apremios del acreedor ni por la angustia que se deriva del riesgo de quedar incluido en las bases de datos que administran las Centrales de Riesgos.

**2°.-** Como el banco consideró que la identificación del tenedor era insuficiente, decidió abstenerse de pagarlo y devolvérselo al endosante por esa causal. Al examinar con cuidado el reverso del cheque se observan, tanto en las copias que usted nos envió como en las que recibimos el banco: (i) un sello mecánico que menciona a C..., se refiere a la persona o entidad que autorizó la operación y registra cifras y códigos que no son endoso ni cosa parecida; (ii) un sello que quedó hacia el centro del reverso del cheque, invertido y separado con respecto al sello mecánico que acabamos de mencionar, repisado o subordinado a un sello más oscuro y dominante que con claridad y nitidez absolutas precisa que el cheque fue devuelto a través de la oficina del banco, sello que entendemos se impuso después del canje. Es decir, todo da a entender que el endoso era correcto y que la identificación del endosante al cobro, es decir C..., era idónea. Sin embargo, el banco tuvo otra percepción, lo que

es normal y frecuente porque en estos títulos los sellos, la firmas y los signos deben estamparse con tal orden que le permitan al banco girado la verificación de la cadena de endosos y el desarrollo del proceso de visado sin esfuerzo o análisis extraordinarios, lo que debe tenerse en cuenta para decidir si el librador incurre o no en culpa en casos como el presente, valoración en la que es necesario recordar que el banco es un profesional, sin olvidar que estos procedimientos son masivos y que se cumplen en ambientes en los que la celeridad y la seguridad promueven la regla según la cual “*en la duda, abstente*”, lo cual significa que si el tenedor no facilita el desarrollo casi mecánico del proceso de visado, asume los riesgos del rechazo, tal como ha ocurrido en el presente caso y nos permite afirmar entonces que usted tiene derecho a solicitarle a FENALCO el reintegro de lo que le cobró sin fundamento y que C... incurrió en un error del que se deriva el daño descrito, lo que no legitima al librador para exigir indemnizaciones de ninguna clase.

### **Proceso de Visación.**

#### **Firmas dubitables y firmas indubitables.**

#### **Responsabilidad del banco por el pago del cheque falsificado.**

**Ref:- 06-1-44- 108** (18 de julio de 2006)

1°.- Su queja se explica porque consideran que Banco... pagó mal tres cheques ya que: i) las firmas no se parecen a las registradas; ii) no presentan huella del tenedor; iii) el sello de pagado no lleva la firma del cajero que lo pagó y iv) los cheques se cobraron en oficinas en las cuales no es usual que se cobren los cheques girados por ese Fondo de Empleados.

2°.- En este caso conviene tener en cuenta que:

2.1.- La huella del tenedor no es requisito para el pago de un cheque.

2.2.- La firma del cajero no se requiere para la validez del pago del cheque.

2.3.- La orden de no pago llegó el 30 de mayo, después de las fechas en las que ocurrieron los pagos, circunstancia que incide en este caso porque el artículo 733 del Código de Comercio claramente advierte que en caso de pérdida de un formulario o de una chequera, el cuentacorrentista debe darle aviso oportuno al banco so pena de no poder objetar el pago sino cuando la falsificación fuere notoria. No se olvide que en este caso la falsificación no es notoria y que por ello es admisible en un proceso de visación ordinario.

2.4.- Con apoyo en el estudio documentológico y grafotécnico que preparó Banco..., hemos concluido que las inconsistencias derivadas de la falsificación no se

podrían advertir en un proceso normal de visación porque para ello se requieren tiempo, instrumental y conocimientos especiales de grafología identificativa. Este dictamen, que la Defensoría ha analizado con cuidado, permite concluir que el banco no es responsable del pago.

**3°.-** Con base en los hechos descritos, en el dictamen pericial que ordenó el banco y en los documentos allegados al expediente, esta Defensoría ha llegado a las siguientes conclusiones:

**3.1.-** Como la operación bancaria implica riesgos que el banco debe prever, antes de pagar un cheque el banco girado debe verificar que el título no presente falsificación por alteración, es decir que no presente “borrado físico, adición sustitutiva o retoques”. También debe comparar la(s) firma(s) giradora(s) dubitable(s) con la(s) firma(s) indubitable(s) sin acudir a instrumental óptico y de medición especializados para establecer si discrepan en las proporciones, las dimensiones o las distancias, sino a simple vista, para analizar el conjunto porque ese proceso no permite ni exige verificar si el falsario ha imitado la firma genuina y ha logrado animarla con la espontaneidad, movimiento, presión y automatismo que tipifican el gesto gráfico genuino objeto de la imitación, particularidades que un experto sí puede establecer. Para definir la responsabilidad del banco lo que importa es si las inconsistencias de la falsificación se pueden advertir a simple vista y en este caso el dictamen que rindió el documentólogo forense claramente dice que ello no era posible en un trámite ordinario, pero que la firma es falsa en cuanto no proviene del puño y letra del girador y que tal falsedad solo se puede establecer con “*instrumental especial y conocimientos en grafología identificativa*”

**3.2.-** Como en este caso el sello de caucho es similar al registrado y en apariencia es genuino en todos sus aspectos, el banco no incurrió en error inexcusable ni en defecto que le genere responsabilidad patrimonial. En efecto, si los dos sellos son semejantes en el contenido, la morfología y el diseño pero el genuino y el falso pugnan en detalles de equidistancias, inclinación, construcción y en los detalles adquiridos por el uso ello no impide que el falso engañe a un cajero ordinario que hace su trabajo en circunstancias normales.

**3.3.-** Lo que define la responsabilidad del banco en el caso de pagar un cheque con cantidades y firmas falsificadas o adulteradas, son los contrastes perceptibles ordinariamente en el ambiente dentro el cual se cumple el visado, que es un trabajo especializado y profesional pero que no es científico, no se hace con microscopio binocular estereoscópico, radiaciones ultravioleta, luces episcópica, diascópica y rasante, compás de precisión, así como en la aplicación de los métodos grafonómico, grafotécnico y scopométrico, sino con herramientas, luces y

experiencias comunes, que son las que se usan en las oficinas de los bancos y no por expertos sino por funcionarios especializados en estas operaciones. Así, aunque es posible que técnicamente se establezca que determinada firma no es genuina, no por ello el banco que pague cheques con ese defecto es responsable porque su responsabilidad depende de que el proceso de visado no se haya atendido como es usual o de que las discrepancias entre los sellos y las firmas registrados y los utilizados en el caso concreto o los yerros, borrones, tachaduras y enmendaduras sean perceptibles en un proceso ordinario de visado en el que se supone intervienen personas especializadas que se desempeñan en un entorno de velocidad muy exigente. En este caso las semejanzas genéricas que presentan las impresiones de los sellos registrados y las similitudes genéricas que existen entre la firma giradora y la firma registrada los hicieron viables y por ello el banco no debe responder por el pago de los cheques que en mala hora le sustrajeron al cuentacorrentista, los que él echó de menos con alguna tardanza, circunstancias que en conjunto contribuyeron a su perjuicio.

4.- Esta Defensoría considera que en este caso el comportamiento de Banco... ha sido el que la ley le exige y por ello no considera que haya lugar a la responsabilidad que reclama el quejoso.

### **Fondos insuficientes. Sobregiro.**

**Ref:- 06-1-12- 034** (27 de julio de 2006)

1º.- Su queja se explica porque el Banco... devolvió un cheque porque el saldo disponible era insuficiente para cubrir su importe, decisión que usted considera desconsiderada con clientes como la compañía en cuyo nombre se queja, máxime si se tiene en cuenta que el defecto ascendía a \$ 88.48 y bien podría haberle dado curso a un sobregiro. Por otra parte, al mismo tiempo que reconoce que los funcionarios del banco la atendieron amablemente, se queja de que la señora Gerente no le quiso expedir una certificación sobre lo acontecido.

2º.- El banco analizó el caso, nos facilitó todos los documentos que le pedimos y nos puso de presente que (i) el sobregiro depende de varias condiciones, una de las cuales se relaciona con la existencia de información actualizada del cliente, la que si no está disponible no se puede sustituir y en el caso concreto estaba rezagada desde el 30 de septiembre de 2.004; (ii) los sobregiros están sujetos a cupos definidos de antemano y cuando el saldo disponible es insuficiente y no hay cupo autorizado, automáticamente el sistema rechaza el pago; (iii) la confirmación de los cheques y el apremio para cubrirlos es un proceso que no se cumple con todos los cheques sino

con el 25% que estén entre cuatro SMLV y \$10.470.000<sup>oo</sup>, lo que explica que si el cheque que ha motivado esta queja no fue seleccionado, sólo quedó sujeto a las pruebas de méritos ordinarios.

**3°.-** La Defensoría considera que el banco ha tomado con seriedad su queja y que en este caso no hubo error ni descuido ya que el girador es quien soporta la carga de velar porque el saldo disponible sea suficiente para cubrir el importe de los cheques que gira y sólo una antigua práctica, que ya no es utilizable por el inmenso número de cheques que circulan en el sistema bancario, puede dar a entender que el banco debe estar atento a esa circunstancia y ha de bregar porque en caso de defecto el cliente lo supere.

En relación con el segundo aspecto de su queja debemos decir que los funcionarios de los bancos, así como los de cualquier empresa u oficina, no están obligados a certificar cuantas cosas verdaderas los clientes quieran ver escritas y rubricadas por ellos. Imagínese usted los efectos prácticos de esa posibilidad. Tal vez las circunstancias causaron algún grado de molestia y por ello pudo haber alguna frase ociosa o algún mal entendido, pero como ese no es el propósito del cliente ni el del banco y así se deben entender esas palabras.

### **Fondos Insuficientes.**

#### **Importe del cheque y GMF.**

#### **Sobregiro.**

**Ref:- 06-1-43- 237** (5 de octubre de 2006)

Su queja se explica porque giró un cheque contra su cuenta corriente y el banco se negó a pagarlo porque a pesar de tener fondos suficientes para cubrir el valor del cheque, el saldo total no alcanzaba para cancelar al mismo tiempo el valor del cheque y el Gravamen a los Movimientos Financieros o impuesto del 4 por mil, ya que para tal efecto faltaban doscientos pesos (\$200<sup>oo</sup>) los que se hubieran podido suplementar a través de un sobregiro. Pero en lugar de esa posibilidad, que para usted estaba autorizada desde tiempo anterior, el banco le solicitó que hiciera una consignación adicional para igualar la suma disponible con las dos exigibilidades inmediatas: el valor del cheque y el valor del impuesto, lo que le causó gran molestia y dio lugar a que usted solicitara la devolución del saldo disponible y a cancelar el contrato de cuenta corriente.

Nuestra opinión se concreta en los siguientes términos:

**1°.-** El Banco, tal vez en consideración al riesgo, considera que usted no tenía cupo de sobregiro porque no había presentado copia de los extractos y que por ello el

sobregiro no era posible. Suponemos que cuando sucedieron los hechos sí faltaban los extractos porque el banco lo dice, pero en desarrollo del principio de *materialidad* creemos que el banco ha debido otorgar el sobregiro, no solo para facilitar el desarrollo del negocio en curso sino para prestarle un servicio oportuno a su cliente, lo que era posible y objetivamente no implicaba *riesgo material alguno*. La decisión comercial fue otra y aunque estemos conformes o no con ella, esa decisión es legalmente válida y perfecta y no puede recibir reproche desde el punto de vista jurídico, porque en últimas el sobregiro es potestad del banco y concederlo o no es decisión suya y solo suya.

2º.- La exigencia que le hizo el banco para que consignara una suma adicional es lógica pero antijurídica ya que esa no es potestad del banco sino del cuentacorrentista quien decide si aumenta sus depósitos, los conserva o los retira y no puede ser forzado ni sujeto de apremio para actuar de una u otra manera.

3º.- Desde el punto de vista del derecho bancario nuestra conclusión es un tanto más enfática porque nos lleva a entender que el banco ha debido pagar el título porque el librado no puede negarse a pagar un cheque cuyo valor no supera el saldo disponible porque el saldo resultante después de descargar el documento es insuficiente para enjugar el valor del Gravamen a los Movimientos Financieros o impuesto del 4 por mil.

### **Cheque falsificado.**

**El banco sólo es responsable si las inconsistencias de la falsificación son evidentes.**

**Ref:- 07- 1- 43- 153** (18 de febrero de 2007)

El 10 de enero de este año el banco nos envió copia del estudio grafotécnico que habíamos pedido y en presencia de ese dictamen y de los títulos que usted anexó en fotocopias hemos concluido que las firmas dubitables (que son apócrifas) serían aptas para pasar un proceso de visación por las siguientes razones:

1º.- Banco... analizó su caso y con apoyo en el estudio documentológico y grafotécnico concluyó que las inconsistencias derivadas de la falsificación no se podrían advertir en un proceso normal de visación porque para ello se requieren tiempo, instrumental y conocimientos especiales de grafología identificativa. Con base en los hechos descritos, en el dictamen pericial que ordenó el banco y en los documentos allegados al expediente, esta Defensoría ha llegado a las siguientes conclusiones:

**1.1.-** Como la operación bancaria implica riesgos que el banco debe prever, antes de pagar un cheque el banco girado debe verificar que el título no presente falsificación por alteración, es decir que no presente “borrado físico, adición sustitutiva o retoques”. También debe comparar la(s) firma(s) giradora(s) dubitable(s) con la(s) firma(s) indubitable(s) sin acudir a instrumental óptico y de medición especializados para establecer si discrepan en las proporciones, las dimensiones o las distancias, sino a simple vista, para analizar el conjunto porque ese proceso no permite ni exige verificar si el falsario ha imitado la firma genuina y ha logrado animarla con la espontaneidad, movimiento, presión y automatismo que tipifican el gesto gráfico genuino objeto de la imitación, particularidades que un experto sí puede establecer. Para definir la responsabilidad del banco lo que importa es si las inconsistencias de la falsificación se pueden advertir a simple vista y en este caso el dictamen que rindió el documentólogo forense claramente dice que ello no era posible en un trámite ordinario pero que la firma es falsa en cuanto no proviene del puño y letra del girador y porque presenta múltiples divergencias dinamo-gráficas y morfoestructurales en aspectos tales como los puntos de ataque, los remates, la presión, detenciones, proporcionalidad, espontaneidad, temblores, perfiles entre otras, lo que permite concluir que esa firmas son apócrifas y fruto de imitaciones serviles pero fieles en las características externas.

**1.2.-** La falsedad descrita solo se puede establecer con “*instrumental especial y conocimientos en grafología identificativa*”.

**1.3.-** Lo que define la responsabilidad del banco en el caso de pagar un cheque con cantidades y firmas falsificadas o adulteradas, son los contrastes perceptibles ordinariamente en el ambiente dentro el cual se cumple el visado, que es un trabajo especializado y profesional pero que no es científico, no se hace con microscopio binocular estereoscópico, radiaciones ultravioleta, luces episcópica, diascópica y rasante, compás de precisión, así como en la aplicación de los métodos grafonómico, grafotécnico y scopométrico, sino con herramientas, luces y experiencias comunes, que son las que se usan en las oficinas de los bancos y no por expertos sino por funcionarios especializados en estas operaciones. Así, aunque es posible que técnicamente se establezca que determinada firma no es genuina, no por ello el banco que pague cheques con ese defecto es responsable porque su responsabilidad depende de que el proceso de visado no se haya atendido como es usual o de que las discrepancias entre los sellos y las firmas registrados y los utilizados en el caso concreto o los yerros, borrones, tachaduras y enmendaduras sean perceptibles en un proceso ordinario de visado en el que se supone intervienen personas especializadas que se desempeñan en un entorno de velocidad muy exigente. En este caso las semejanzas genéricas que presentan las impresiones de los sellos registrados y las similitudes genéricas que existen entre la firma giradora y la firma registrada los hicieron viables y por ello el banco no debe responder por el pago de los cheques que en mala hora le sustra-

jeron al cuentacorrentista, los que él echó de menos con alguna tardanza, circunstancias que en conjunto contribuyeron a su perjuicio.

**1.4.-** Esta Defensoría considera que en este caso el comportamiento de Banco... ha sido el que la ley y la práctica bancaria le exigen y por ello no considera que haya lugar a la responsabilidad que reclama el quejoso.

## 14. CONTRATO DE MUTUO

**Créditos irregulares.**

**El papel del cliente.**

**Retención de la libreta de ahorros.**

**Desviación de crédito oficialmente regulado.**

**Ref:- 05-1-43-006** (27 de septiembre de 2005)

El 23 de julio de 2004 La Defensoría del Cliente Financiero que estuvo bajo la administración de la Asociación Bancaria de Colombia recibió la queja que ustedes presentaron contra Banco..., en consideración a que desde el 23 de abril del año pasado estaban esperando alguna respuesta sobre las reclamaciones que habían radicado el 1º y el 15 de abril tanto en el área de cartera como en el área de servicio al cliente de la entidad financiera a la que nos acabamos de referir.

El 26 de julio de 2004 esa Defensoría le dio traslado de su queja a Banco... y le solicitó una serie de documentos que el banco fue incorporando progresivamente en vista de que este asunto estuvo sometido a diversos trámites en la Regional Bogotá.

Posteriormente, el 10 de junio del año en curso, el suscrito Defensor asumió conocimiento de este caso. En ese momento incorporó los 212 folios disponibles y finalmente el 23 de septiembre en curso, recibió la última parte de información que banco estaba en capacidad de poner en conocimiento de esta Defensoría. Con base en el escrito que recoge su queja, los documentos que el banco nos ha enviado y las explicaciones que recibimos de esa entidad financiera, hemos concluido que:

1º.- Las comunicaciones del 1º de abril de 2004, el 15 de junio y el 23 de julio del mismo año se orientan a cuatro cosas a saber: (i) solicitar el estado de cuentas de ahorros en el cual se identifique un retiro que se hizo por valor de \$ 8.500.000<sup>oo</sup>; (ii) y el cargo que por valor de \$ 2.820.158<sup>oo</sup> se hizo sobre el saldo disponible en la misma cuenta; (iii) solicitar el reintegro de devolución de esta suma de dinero; (iv) solicitar un informe detallado del valor de las cuotas por computar intereses en relación del crédito que estuvo a su cargo así como el valor de los pagos que se efectuaron para amortizar la obligación 31...; (v) Solicitar fotocopia del levantamiento de la hipoteca que se relaciona con esta obligación; y, finalmente, exigir respuesta sobre el reclamo que venían haciendo desde el 1º de abril de 2004 y que el 23 de julio del año pasado todavía estaba pendiente.

2º.- Banco... le ha puesto especial interés a este caso y en su desarrollo han intervenido el Dr. G..., Gerente zonal Cundinamarca Occidente; la Dra. M..., Gerente de la Oficina de Servicio al Cliente; la Dra. C..., Sugerente de Crédito y Cartera; el Dr. GS..., Profesional Seguridad Bancaria; el Dr. J..., de la oficina de Control disciplinario; la Dra. Iv..., Asesora Jurídica del Banco...; el Dr. PM, Director de la Oficina de la Vega; el Dr. JEC, Gerente Regional Bogotá y el Dr. PMG, Secretario General del Banco. Tanta actividad ha sido necesaria por la imprecisión con la que ustedes presentaron los hechos y por la falta de pruebas sobre lo acontecido, razones por las cuales el esfuerzo ha resultado verdaderamente complejo. Hemos querido referirnos a esta circunstancia para explicar las razones por las cuales el trámite de este asunto ha resultado extremadamente dispendioso, lento y difícil.

3º.- Ustedes preguntan por la cancelación de la hipoteca que afectaba el predio denominado (...) y en realidad esa averiguación era innecesaria porque desde el 11 de septiembre de 2004 (oficio 3145-D-290) la primera copia de la escritura... fue puesta en manos del Señor P..., quien en esa oportunidad también recibió el certificado de operaciones de crédito que se debía protocolizar con la escritura de cancelación que debían elaborar las Doctoras M... o S.... Así las cosas, esta parte de la queja no puede ser atendida en esta oportunidad, no sólo porque ya lo fue en tiempo anterior; sino porque, además, la primera copia de la escritura... a la que nos acabamos de referir está en sus manos y si por alguna circunstancia ese documento se extravió o se destruyó, la expedición del que deberá reemplazarlo exige la intervención del señor P... ya que lo que al banco correspondía debe entenderse satisfecho.

4º.- En la queja y en los documentos a través de los cuales ustedes descalifican el comportamiento de la Doctora G..., Gerente de la Oficina de La Vega, se da a entender que ustedes fueron engañados por don L..., amigo suyo y de la Gerente de Banco... en La Vega- Cundinamarca, y por doña G... Gerente de esa oficina. Parece que desde el comienzo estos negocios se estructuraron al margen de los reglamentos internos del banco y del mismo sistema de crédito oficialmente regulado a tal extremo que ustedes, no sabemos si con el concurso del señor L... y de la Señora G..., solicitaron un crédito de Finagro que no destinaron a obras de infraestructura o a la definición de actividades relacionadas con cosechas y ganados sino a la compra de un inmueble. Es necesario tener en cuenta esta circunstancia para los efectos penales que el caso encierra.

5º.- Posteriormente (el 23 de abril de 2002) el señor P... solicitó que el importe del crédito 30..., por valor de \$ 50.0000.000<sup>00</sup> millones se abonara a la cuenta corriente 31... de la cual era titular el Señor L..., quedando claro en ese momento que el crédito no se utilizó para los fines que el sistema legal quiso establecer sino como “parte de pago de negocio realizado con él”.

6°.- Queremos hacer referencia a estos asuntos para ponerles de presente que los desaciertos fueron promovidos por ustedes y que en ellos participaron por los menos el señor P..., la Gerente de Banco... de La Vega- Cundinamarca y el señor L....

7°.- En consecuencia, como gran parte de los daños que ahora reclaman puede tener origen en el comportamiento de la víctima que actuó con imprudencia y a sabiendas de que estaba incumpliendo limitaciones de carácter legal, conocimiento que se presume porque cualquiera sea el grado de perspicacia, experiencia y habilidad de los usuarios de crédito siempre ha de suponerse que ellos conocen los aspectos elementales de las operaciones que llevan al conocimiento del banquero y que en cualquier hipótesis están enterados del régimen legal aplicable a esas operaciones con mayor razón cuando se trata de crédito oficialmente regulado porque en ese caso existen disposiciones que estructuran tipos penales de carácter particularísimo que se concretan cuando en tratándose de este tipo de créditos el interesado en ellos desvía los recursos para otro propósito posiblemente lícito en términos de derecho civil, pero irregular e ilícito en cuanto se abastece de recursos que por razones de tasa de interés, cobertura, colaterales, redescuentos o períodos de gracia se ponen a disposición de determinadas personas para satisfacer un interés general.

8°.- Un examen de los principales hechos que se relacionan con este caso permite ver que, como ya se dijo, el negocio parece irregular desde la misma solicitud de crédito y todas las pruebas disponibles concurren a demostrar que el comportamiento de quien actuó en nombre de Banco... en este caso se apartó de los manuales de operación del banco, del sistema legal y hasta del sentido común. En efecto, (i) en un primer momento el crédito fue rechazado porque los solicitantes no reunían los requisitos mínimos; (ii) a pesar de que el sistema legal señala que la línea de crédito a la que accedieron los quejosos no era idónea para adquirir bienes inmuebles, el crédito se les otorgó para tal fin y aunque el banco ahora cree que este defecto no parece tener mayor importancia porque “así lo aceptaron los solicitantes”, este razonamiento no es aceptable sino que más bien se constituye en otro elemento que descalifica estos negocios y que puede generar compromisos que afecten y comprometen la responsabilidad civil de Banco... y/o de sus funcionarios y/o la responsabilidad penal de los señores L..., los quejosos P... y P...y la Gerente de la Oficina de Vega; (iii) Todo indica que el crédito entró en mora en la misma fecha que era exigible el pago de la primera cuota y que para pagar ese instalamento el Gerente zonal que era el Dr. L..., no sabemos si el mismo L... al que se refiere la queja, les otorgó un préstamo por valor de \$ 4.000.000<sup>oo</sup>, asunto que Banco... conoce a ciencia cierta y que traemos a cuento para demostrar que la operación se construyó y evolucionó con un propósito defraudatorio.

9°.- En lo que tiene que ver con el retiro de \$ 8.500.000<sup>oo</sup>, que los quejosos dicen inicialmente se les presentó como una detracción que tenía origen en el deducible del seguro y que luego se relacionó con tres comprobantes de retiro firmados en blanco,

esta Defensoría no puede tomar partido porque las pruebas disponibles no revelan mayor cosa y por ese motivo entiende que lo relacionado con este asunto concreto por ahora carece de pruebas, lo cual no impide que posteriormente, dentro del proceso disciplinario que se adelanta contra G..., el banco las consiga o que ellas se puedan deducir a través de indicios y testimonios que se rendirán en los procesos penales o civiles que probablemente se desprenderán de este asunto.

**10°.-** La retención de la libreta de ahorros que mencionan los quejosos parece ser un abuso que algún funcionario del banco cometió contra los quejosos. Sin embargo, para un ahorrador ordinario es claro que la libreta no es documento que pueda quedar en cualquier parte y mucho menos es de aquellos documentos que el banco puede retener, mutilar o utilizar a su antojo. Esta es regla conocida hasta por el más desentendido de los ahorradores y el solo hecho de permitir que la retención ocurriera, recibir la libreta cuatro días después, guardar silencio sobre las colillas que faltaban y abrir otra cuenta de ahorros sin causa o motivo aparentemente razonable es incurrir en demasiados desatinos, a tal extremo que si de ese conjunto de desaciertos se desprenden perjuicios para quienes intervinieron en ellos bien puede entenderse que los daños se explican por culpa de la víctima, lo que no exonera al banco de las pretensiones indemnizatorias porque si se demuestra que la intervención de la Gerente fue tan protagónica como dicen los quejosos y estuvo hábilmente orientada a lograr ciertos resultados a costa de los clientes que ahora se quejan de su comportamiento, el régimen de responsabilidad civil que compromete a los factores o dependientes podría concurrir con el régimen de culpa de la víctima para extinguir las responsabilidades recíprocas o para compartir los esfuerzos indemnizatorios sobre el daño causado.

**11°.-** El banco ha sido claro en advertir que algunas decisiones que se relacionan con estos negocios fueron impropias, inconvenientes y hasta arbitrarias, circunstancia que el banco mismo debe tener en cuenta para definir los aspectos de responsabilidad civil que le interesan a los quejosos y a la entidad financiera, la que puede negarse al reintegro de los valores que reclaman los señores P... y P..., condicionarlos a las resultas de un proceso penal o posponer su definición para ver qué resultados arroja el proceso disciplinario que adelanta contra G..., casos en los cuales el valor final de la infracción podrá resultar más alto del que se podría definir en breve tiempo. Sin embargo esta Defensoría se abstendrá de ahondar en este asunto porque la definición de los perjuicios que se pretende tiene origen extracontractual y justamente ese es uno de los temas en los cuales la intervención del Defensor del Cliente está absolutamente excluida por la Ley.

En síntesis, sobre este asunto concreto la Defensoría no podrá tomar definición alguna y para servir tanto a Banco... como a los clientes que han buscado su intervención, los señores P... y P..., se limitará a sugerirles que acudan a uno

cualquiera de los varios sistemas que el Derecho Colombiano ha establecido para lograr la solución extrajudicial de los conflictos de carácter patrimonial, quedando las partes en libertad de obrar de esta u otra manera.

**12°.-** Por cuanto ante esta Defensoría no ha quedado claro si el banco le ha facilitado o no a los quejosos el detalle de movimientos relacionados con las cuentas de ahorros de las que ellos son titulares, el banco deberá atender lo que sus clientes le piden en relación con este asunto concreto. Por la misma circunstancia antes descrita es necesario que Banco... le facilite a los quejosos el detalle de las cuentas que se relacionan con la obligación 31... del 23 de abril de 2002, relación que los quejosos han solicitado insistentemente y que a esta fecha no sabemos si ya se les entregó o si está pendiente. Si los detalles y relaciones a los que nos acabamos de referir ya se le entregaron a los quejoso lo resuelto por esta Defensoría no deberá ser atendido por el banco.

**Falta de aviso sobre la aprobación del crédito impide perfeccionar el contrato. Abono en cuenta del mutuario.**

**Mora, intereses y reportes a las Centrales de Riesgo.**

**Ref:- 06-1-43- 106** (12 de julio de 2006)

**1°.-** Su queja se explica porque después de solicitar un crédito, sin haber tenido noticia alguna sobre la suerte o estado de esa solicitud, quedó constituido en mora, se vio obligado a afirmar un pagaré, tuvo que pagar intereses sin haber recibido la respuesta sobre su negocio. Además, como el Banco... le dijo que pagara la deuda y después analizarían su caso para concederle otro crédito, pagó lo que le exigieron, solicitó el nuevo crédito y se lo negaron porque tenía antecedentes de deudor moroso.

**2°.-** En este caso conviene tener en cuenta que:

**2.1.-** Usted se acercó a una sucursal del banco para pedir un crédito. Tal y como lo expresó el funcionario del banco, los estudios de los créditos duran alrededor de 20 días, plazo que corresponde al tiempo necesario para analizar la viabilidad de la operación.

**2.2.-** Después de estudiar la viabilidad de la aceptación del crédito, el banco procede a comunicarle al solicitante lo resuelto para documentar el negocio, estructurar las garantías si las hubiere y desembolsar el crédito.

**2.3.-** El banco nada le dijo al interesado en el negocio que se lo notificó al Administrador del punto de Compras de la Cooperativa (...), acudiendo al teléfono que

el interesado había mencionado en la solicitud del crédito, pero quien recibió el mensaje del banco nada le dijo al señor E..., quien le había dicho al banco que los mensajes sobre este negocio los dirigiera donde su cuñada porque él no contaba con servicio telefónico.

**2.4.-** El banco abonó el crédito en cuenta de ahorros y los dineros permanecieron allí, disponibles e intocados.

**2.5.-** Como se venció la primera cuota, el banco liquidó intereses tardíamente, logró que el cliente firmara un pagaré, utilizó la cláusula aceleratoria, hizo exigible el crédito, cargó la exigibilidad contra el saldo en cuenta e incluyó al interesado en la lista de deudores morosos para negarle luego un crédito.

**3º.-** Con base en los hechos descritos, y los documentos y las explicaciones suministrados por el banco, esta Defensoría ha concluido lo siguiente:

**3.1.-** El contrato de mutuo celebrado entre el señor E... y el Banco... no se perfeccionó. La etapa precontractual de este contrato cumplía con todos los requisitos necesarios para lograr que se perfeccionara ese negocio. Sin embargo, la falta del aviso sobre la aprobación del crédito, aviso que es usual en estos casos, interrumpió el itinerario que a estas operaciones le corresponde y que no se puede modificar para sorprender a una de las partes, en este caso a la parte débil y desinformada que se quedó esperando la noticia que el banco le dio a un tercero, quebrando el deber de secreto que tiene con sus clientes.

**3.2.-** En el mutuo la ley no señaló una forma o modo concreto para la entrega de la cosa mutuada, pero la costumbre le ha dado cabida al abono en cuenta del mutuario. Eso fue lo que hizo el banco pero como lo realizó sin que el interesado lo supiera y sin que siquiera lo estuviera esperando -porque se le había dicho que de su solicitud se le daría noticia a través del teléfono de su cuñada-, el desembolso existió como un hecho derivado del error del banco pero no como entrega del préstamo que esta en trámite.

**3.3.-** Conviene recordar que en este tipo de contratos el consentimiento "*no es suficiente para la conformación del contrato, por constituir parte de su esencia la entrega de la cosa*"<sup>1</sup>.

**3.4.-** El hecho de que este contrato se perfeccione con la entrega de la cosa implica que debe haber algún tipo de conocimiento por parte del mutuario de que se va a efectuar dicha entrega, mas no la puede presumir el mutuante ya que se podría vulnerar la buena fe del mutuario.

---

1 Bonivento, Jose Alejandro. Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales. Librería Del Profesional. Decimoprimera Edición. Bogotá. 1995. Pág. 550

**3.5.-** La Corte Suprema de Justicia ha entendido que la entrega del préstamo no necesariamente se debe hacer mano a mano sino que también se puede cumplir mediante abono “*cuando el banco abona en cuenta al tomador del crédito el importe que el mutuante quiere prestarle, quedando, por tanto, la cuenta de este disminuida en aquel importe, y la cuenta de la otra parte aumentada en la misma cuantía*”<sup>2</sup>. Sin embargo, ha de verse que en estos casos el solicitante ha sido advertido sobre la posibilidad de utilizar ese mecanismo y siempre, sin excepción, el cliente que espera tal cosa la entiende, lo que no ocurrió en este caso concreto porque el banco y el cliente habían convenido un aviso que se daría al número telefónico de la cuñada del solicitante.

**3.6.-** Esta Defensoría considera que como no se perfeccionó el contrato de mutuo entre el Banco... y el señor E..., pero que sin embargo se le cobraron los intereses causados con motivo de este error, al señor E... se le causaron unos perjuicios tales como ser reportado en las centrales de riesgo (implicación que generó que no se le aprobara otro crédito), al igual que un detrimento patrimonial, ya que sobre este préstamo se le cobraron intereses desde la fecha en que se consignó el dinero.

Por lo antedicho, esta Defensoría considera que el banco le debe reintegrar al quejoso lo que le cobró sin causa, le debe pagar intereses de mora, debe corregir los reportes ante las Centrales de Riesgos si los hubo, y, finalmente, debe predisponerse para analizar cualquiera otra solicitud de crédito que haga quien ha querido ser cliente del banco.

**Desde que una parte se constituye en deudor, tiene a su cargo las obligaciones relacionadas con el pago de los intereses y la restitución de la cosa en las fechas y bajo las modalidades convenidas.**

**Ref:- 08-1-2-016** (14 de febrero de 2008)

**1º.-** Su queja se explica por el mal servicio que recibió del Banco... en los trámites relacionados con la solicitud y posterior desembolso de un crédito bajo la modalidad de (...). Esto, por cuanto en el mes de diciembre, sin aviso alguno, el banco le descontó de su pensión de jubilación el valor de la primera cuota de amortización de un crédito que si bien es cierto usted había solicitado, no sabía que ya se había aprobado y desembolsado. El banco nada le dijo al respecto, ni le avisó sobre la aprobación y nunca le informó sobre el desembolso, a tal grado que usted desconocía si se había hecho un abono en cuenta y si para disponer de esa suma de dinero sería necesaria una tarjeta débito o una libreta.

Con base en lo antedicho, usted solicita puntualmente que *“Por todo lo anterior, y ante la plena evidencia que el dinero correspondiente al crédito no se encontraba en ninguna cuenta a mi nombre y solo por mi voluntad y esfuerzo logré que el día 03 de enero el banco corrigiera las irregularidades que se presentaron en el otorgamiento del crédito para que se me depositara el dinero, cordialmente solicito que se me cobre la cuota de pago sólo a partir de esta fecha y se me reintegre el valor correspondiente a la primera cuota que se me hizo anticipadamente..”* Para apoyar su caso usted ha descrito parte de las dificultades que tuvo que afrontar para que le entregaran el dinero ya que como en la oficina de Pitalito no estaba el gerente que debía firmar el cheque, usted tuvo que presentarse en la oficina de Neiva y allá tampoco le entregaron el dinero por problemas en el trámite; hasta que por coincidencia llegó la Gerente de la Regional Ibagué y le pudieron entregar parte del crédito, debiendo esperar hasta el día siguiente para recibir el saldo restante.

**2°.-** El doctor O..., Asistente Secretaría General del Banco..., nos ha puesto de presente que el Director o Gerente de la Oficina del banco en Pitalito dice que una vez se le notificó al señor L... la aprobación del crédito, él se acercó en noviembre de 2007 a esa oficina y solicitó la expedición de un cheque de gerencia pues no quería llevarse el dinero en efectivo, solicitud que no se pudo atender en ese momento porque por el valor del título era necesario que el libramiento llevara dos firmas clase A y en esa oficina solamente se contaba con una. Ante esa situación y teniendo en cuenta que ese cheque era para consignarlo en otro banco de la ciudad de Neiva, se le recomendó solicitar la expedición del respectivo documento en el Banco... de esa ciudad, lo cual efectivamente sucedió el 3 de enero de 2008.

El banco consideró que no era posible acceder al reintegro de la primera cuota que se descontó anticipadamente *“debido a que la cuota descontada hace parte de las sesenta pactadas”*.

**3°.** Esta Defensoría considera necesario precisar lo siguiente:

**3.1.-** Entre lo que usted afirma y lo que dice la oficina del banco en Pitalito hay algunas discrepancias pero como no se trata de definir quién ha presentado las cosas con mayor ceñimiento a la verdad sino de animar la regularización de los negocios, no nos detendremos en esa averiguación. Daremos por cierto que usted y el banco dicen la verdad o que se han equivocado de buena fe para ver las coincidencias de las partes y subrayar que ambas:

a.-. Reconocen –cada uno a su manera- que el dinero no se abonó en cuenta del interesado sino que estuvo en manos o en poder del banco hasta cuando se giró el cheque de gerencia.

b.- Aceptan que el interesado en el crédito solicitó (en noviembre de 2.001) la expedición de un cheque de gerencia que el banco no pudo librar por razones administrativas entendibles y muy suyas, pero ajenas a los intereses del solicitante del crédito que en ese momento -estando dispuesto a recibir- tampoco recibió del banco el dinero objeto del préstamo.

c.- El quejoso recibió del banco el cheque de gerencia que se libró en Neiva el 3 de enero de este año.

**3.2.-** La doctrina ha venido aceptando que el mutuo comercial es un contrato consensual que se perfecciona por un acuerdo expreso o tácito pero necesariamente conocido por las partes, que sólo genera la obligación de restitución como consecuencia de la entrega de la cosa por el prestamista. Así, si la entrega del dinero objeto del préstamo ocurrió el 3 de enero en parte y el 4 de enero en otra partida, desde el 3 de enero el solicitante se convirtió en deudor y tiene a su cargo las obligaciones relacionadas con el pago de los intereses y la restitución de la cosa en las fechas y bajo las modalidades convenidas.

**3.3.-** El cobro de intereses o de capital o el de ambos conceptos, que se haga bajo el supuesto de que el mutuo generó esos cargos desde cuando el banco aprobó la operación crediticia, carece de causa y olvida que los intereses son la contraprestación que ha de pagar el deudor por la utilización del dinero ajeno.

**3.4.-** Con apoyo en lo que mandan los artículos 824, 854, 871 y 1163, inciso 1º del Código de Comercio entendemos que los intereses y el plan de amortización dependen y se causan dependiendo de la entrega de la suma dada en préstamo.

De acuerdo con lo anterior, es la opinión del suscrito Defensor del Cliente que el banco solo puede cobrar intereses desde cuando entregó la suma mutuada y que lo razonable sería reliquidar la deuda de tal modo que se reconozca esa circunstancia.

### **Cobro de comisiones por el FNG**

#### **El Fondo puede hacer el cálculo de las comisiones con absoluta libertad**

**Ref.- 08-22-10-002** (23 de mayo de 2008)

**1º.-** Su queja se orienta a establecer las razones por las cuales el Fondo (en adelante F), cobra una comisión sobre el valor del crédito y no sobre el porcentaje de cobertura garantizado.

2º.- El F analizó este asunto con detenimiento para preparar una respuesta entendible e íntegra, y de las razones que el doctor I..., Vicepresidente Comercial del F, expuso, resaltamos las siguientes:

2.1.- El F cobra comisiones por el otorgamiento de garantías como contraprestación al riesgo que asume al adquirir el compromiso de pagar una porción del saldo insoluto de créditos que habiendo sido garantizados por el F resulten incumplidos por el beneficiario del crédito.

2.2.- El valor de comisión es necesario para cubrir tanto el valor de los desembolsos que deberá hacer el Fondo por el incumplimiento de algunos deudores, como los costos operativos y comerciales asociados al otorgamiento de las garantías. El cálculo de esta comisión se realiza mediante el uso de modelos técnicos de naturaleza estadística, que consideran aspectos como la probabilidad de incumplimiento, la severidad de los siniestros, el tiempo para la reclamación y los rendimientos técnicos que el F puede obtener la inversión de sus reservas.

2.3.- La aplicación de estos modelos permite obtener el *valor técnico de la comisión*, expresado como porcentaje de la **porción garantizada del crédito**. No obstante lo anterior, el *valor comercial de las comisiones* se expresa como un porcentaje del **valor de la obligación garantizada** (valor total del crédito), en razón a que de esta forma se facilitan los cálculos que deben realizar los intermediarios y los deudores para establecer el costo final de la garantía. Para explicar esta metodología el Vicepresidente Comercial del F preparó los siguientes ejemplos:

Tomando el caso puntual de un crédito de \$ 300 millones con cobertura al 40%, para garantizar su autosostenibilidad financiera, el FNG debe cobrar una tarifa equivalente al 3.0% anual anticipado de la porción garantizada, es decir:

$$(\$300 \text{ Millones} \times 40\%) \times 3.0\% = \$120 \text{ millones} \times 3.0\% = \$3.600.000 + \text{IVA}$$

Total cobrado..... \$4.176.000

Sin embargo, teniendo en cuenta las consideraciones de facilidad de cálculo señaladas, el F ha incluido el porcentaje de garantía como parte de la comisión, al no cobrar el 3.0% anual anticipado sobre la **porción garantizada del crédito** sino el 1.2% anual anticipado sobre el **valor de la obligación garantizada**, que para el ejemplo nos da una comisión de:

$$\$300 \text{ Millones} \times 1.20\% = \$3.600.000 \text{ más IVA (16\%)}$$

Total cobrado..... \$4.176.000

Lo anterior se evidencia en la relación entre comisión y cobertura, como se señaló anteriormente.

**2.4.-** En tal sentido, si bien es cierto que el F está cobrando la comisión sobre el valor total del crédito, la tarifa que aplica sobre esa base de cálculo es menor a aquella que se cobraría sobre el valor garantizado, debido a que el F puede cobrar de conformidad con sus políticas de riesgo y tarificación un porcentaje derivado del valor del crédito, para el caso que nos ocupa del 1.20% del valor del crédito desembolsado, o bien el 3.0% sobre el valor de la cobertura, es decir sobre el 40% del valor desembolsado, en cuyo caso los resultados de aplicar una u otra alternativas serían equivalentes.

**2.5.-** Por los motivos anteriormente expuestos, no es procedente el reintegro de las sumas de dinero pagadas como comisión del F sobre el valor no cubierto por la garantía del F, ya que el valor de la comisión es expresado como un porcentaje del valor de la obligación garantizada, el cual para el caso que nos ocupa es del 1.20% anual anticipado del valor del crédito desembolsado.

Por último, es importante precisar que Banco... en su oportunidad cobró una comisión del 1.2% anual anticipado, pero en realidad debió cobrar una comisión del 1.35% anual anticipado, teniendo en cuenta que esta nueva tarifa entró a regir a partir del 1 de agosto de 2007 y el desembolso del crédito ocurrió el 2 de agosto de 2007. Es importante aclarar este punto porque el 2 de agosto de 2008, cuando se cumpla la anualidad, Banco... seguramente cobrará la comisión del F sobre el 1.35% del saldo a capital de su crédito.

**3º.** La Defensoría del Cliente nada puede agregar a las explicaciones que el Vicepresidente Comercial del F presentó en términos muy amables y ha de reconocer que en este caso nada se le puede reprochar a esa entidad, no solo porque desde el punto de vista jurídico el Fondo puede hacer el cálculo de las comisiones con absoluta libertad (asumiendo el riesgo de situarse por fuera de las tarifas usuales y excluirse a sí mismo del mercado de garantías) sino porque desde el punto de vista técnico el F debe promover su propia sostenibilidad, la que en buena medida asegura o facilita cuando adopta tarifas que a un mismo tiempo sean competitivas y aseguren el recaudo del total de siniestros dentro del período y el de los costos y gastos que demanda la prestación de estos servicios.

## Cláusulas de ajuste unilateral de plazos y tasas de interés.

### Abuso del derecho.

### Reajuste del equilibrio contractual.

**Ref:- 08-1-12-109** (23 de octubre de 2008)

Su queja se explica porque no entiende las razones por las cuales el saldo del crédito a su cargo, en lugar de disminuir, aumenta cada vez que se acerca a preguntar por el estado de la obligación. Así, por ejemplo, de acuerdo con la tabla de amortización que el banco le entregó cuando hizo el desembolso, el saldo en septiembre de 2008 debería ser de \$12.360.002<sup>oo</sup>. Sin embargo, el 8 de agosto de este año le dijeron que era de \$13.000.009<sup>oo</sup> y el 29 de agosto le informaron que era \$13.192.675<sup>oo</sup>.

En la carta que el Banco... nos hizo llegar el 2 de octubre de 2008, explicó que **(i)** el pagaré firmado por usted, faculta al acreedor para “*aumentar las tasas de interés acordadas, hasta las máximas legalmente permitidas*”; **(ii)** por otra parte, la autorización de descuento conferida por el deudor dice “*Autorizo desde ahora al BANCO... para modificar las tasas de interés de acuerdo con las condiciones del mercado, sin superar en todo caso los límites máximos legales y sin variar el valor de la cuota mensual, por lo cual acepto que en este evento se aumente o se reduzca el número de cuotas*”; y; **(iii)** por lo dicho, el banco ajustó la tasa de interés convenida inicialmente para dejarla en el 17.6% nominal mes vencido y, por otra parte, en desarrollo de las mismas potestades el plazo lo aumentó en cuatro meses.

Esta Defensoría analizará, como primer asunto, la tesis que ha sostenido la Superintendencia Financiera sobre este tipo de cláusulas; en segundo lugar, analizaremos lo dicho por el banco sobre el caso; y, por último, expondremos nuestra opinión sobre estas cláusulas que autorizan ajustes unilaterales del plazo o de la tasa de interés pactados en los contratos de mutuo, para ver por qué razones nos apartamos tanto de los pensamientos de la SFC como del criterio del banco. En desarrollo de lo propuesto, veamos cada punto de vista.

#### 1º.- La Tesis de la Superintendencia Financiera de Colombia:

**1.1.-** Por regla general, la autonomía de la voluntad privada -como principio que define las relaciones contractuales- es el criterio fundamental que se debe tener en cuenta al determinar el monto de las tasas de interés en el contrato de mutuo<sup>1</sup>.

---

1 Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2008027686-001 del 6 de junio de 2008.

Sin embargo, este postulado tiene un claro límite: el Orden Público y por esa vía las normas imperativas. En otros términos, el clausulado contractual no puede ir en contra de normas de orden público.

**1.2.-** De acuerdo con la tesis de la Superintendencia, las cláusulas que autorizan ajustes unilaterales del plazo o de la tasa de interés pactados en los contratos de mutuo, como la que aparece en el texto del pagaré que usted otorgó a favor del banco, irían en contra del artículo 868 del Código de Comercio, que es una norma de orden público<sup>2</sup>. El artículo 868 dice lo siguiente:

*“Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.*

*El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.*

**1.3.-** La Superintendencia Financiera de Colombia, en un concepto de este año<sup>3</sup> dijo que las cláusulas que unilateralmente facultan al acreedor para modificar las tasas de interés en los contratos de mutuo, de acuerdo con lo disponen el numeral 1 del artículo 899 y el artículo 902 del Código de Comercio son *nulas*, porque van en contravía del artículo 868 del Código de Comercio. En consecuencia, ante una variación en el contrato de mutuo que implique un desequilibrio evidente en materia contractual, las partes mismas pueden arreglar el defecto y si no llegan a un acuerdo sobre el particular, la parte inconforme puede acudir ante el juez.

**1.4.-** Por otra parte, esas cláusulas que permiten el cambio unilateral de las tasas de interés no son bien vistas por el ente de control porque según el artículo 7 de la Circular Externa 051 de 2000, expedida por la antigua Superintendencia Bancaria:

---

2 Cfr. Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2008050033-001 del 8 de agosto de 2008.

3 Cfr. Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2008050033-001 del 8 de agosto de 2008.

*“El acuerdo de voluntades en el sentido de que habrá lugar a reajustar unilateralmente la tasa fija pactada cuando se autoricen tasas más altas, quebranta el principio de buena fe y equidad, así como la característica de literalidad en los títulos valores”.*

**1.5.-** Finalmente, a favor de la tesis de la Superintendencia de alguna manera está el origen de la circular 051 antes mencionada, expedida a propósito y como consecuencia del concepto rendido por el Consejo de Estado, en la Sala de Consulta y Servicio Civil, el 5 de julio de 2000, en el cual esa Corporación utilizó exactamente las mismas palabras que hoy en día se repiten en el numeral 7 de la Circular 051 de la Superintendencia.

**2°.-** La tesis del banco: El Contractualismo absoluto.

El banco entiende que la cláusula de ajuste es lícita y que en este caso actuó como se lo permiten el contrato y las leyes por las siguientes razones:

**2.1.-** En virtud del artículo 1602 del Código Civil, el banco actuó conforme a la ley, teniendo en cuenta que usted firmó el pagaré en el cual autorizó que el banco modificara unilateralmente las tasas de interés.

**2.2.-** Esa doctrina se acompasa con lo sostenido por la Superintendencia Financiera de Colombia en un concepto anterior al que mencionamos en los ordinales 4.2 y 4.3. de este escrito. En efecto, en opinión que ya cambió, la Superintendencia dijo que *“Las tasas de interés son libres y responden a un acuerdo entre las partes quienes con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad fijan las condiciones que han de regir los convenios que celebren, con sujeción a los límites legales”*<sup>4</sup>.

**2.3.-** En ese orden de ideas, el banco entiende que también actuó según lo que se convino en el acuerdo firmado entre las partes (art. 1602 del Código Civil) y por ello mismo tenía la facultad de incrementar las tasas de interés, respetando en todo caso los límites legales.

**3°.-** El Criterio Funcional: La tesis de la Defensoría del Cliente

No podemos compartir el razonamiento de la Superintendencia Financiera de Colombia según el cual la cláusula que se viene analizando está contrariando una norma de orden público y es nula. Nuestro apartamiento de esa tesis se explica así:

---

4 Cfr. Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2008027686-001 del 6 de junio de 2008.

**3.1.-** El artículo 868 del Código de Comercio favorece los ajustes contractuales que permitan superar los desequilibrios que en los contratos de ejecución periódica, sucesiva o diferida y en contra de una sola de las partes se introduzcan por causa de circunstancias posteriores a la celebración del contrato. Esos ajustes pueden ser convencionales o puede definirlos el juez, pero no es obligatorio promover el equilibrio, aprovechar el ajuste que se convenga o buscar la intervención del juez porque la parte que recibe el daño, sabiendo que las condiciones actuales no le favorecen, puede aceptarlas. Lo anterior porque además de la utilidad, en los negocios también influyen y están presentes razones de imagen, de mercadeo y de conveniencia que pueden justificar las pérdidas que se derivan de cumplir lo pactado a toda costa. Aceptar esa alternativa y abstenerse de promover el ajuste no comprometen el orden público, no afectan a terceros y tampoco ofende ninguna ley<sup>5</sup> porque la posibilidad de alegar la imprevisión como causa para modificar el contrato que se desequilibra por el transcurso del tiempo es asunto de equidad que no compromete intereses individuales y mucho menos los intereses colectivos.

Así las cosas, la cláusula que establece que el banco podrá modificar de manera unilateral las tasas de interés o que podrá modificar el plazo, en lugar de contrariar el artículo 868 en cita, lo que hace es establecer un mecanismo contractual para lograr que cuando después de celebrar el contrato se presenten circunstancias imprevisibles y extraordinarias que agraven, modifiquen o alteren significativamente los términos de intercambio pactados por las partes en el contrato, el banco introduzca los ajustes que permitan mantener o recuperar los términos de intercambio inicialmente convenidos, sin aprovechamiento porque no se trata de construir otra relación que mejore el margen sino de recuperar los mismos términos de la relación inicial.

Además de lo anterior, no creemos que todas las cláusulas que guarden semejanza con la pactada sean nulas como lo dijo la Superintendencia Financiera, puesto que la nulidad solo la declara el juez una vez agotado el proceso judicial que corresponde.

**3.2.-** Aún aceptando -en gracia de discusión- que la cláusula del pagaré que venimos analizando contraría el artículo 868 del C. de Co., la equidad como principio general del derecho (art. 230 de la Constitución Política) prima sobre cualquier estipulación en contrario<sup>6</sup>. En ese orden de ideas, la equidad que es

---

5 La Superintendencia Financiera de Colombia nunca ha calificado el pacto de dichas cláusulas como una práctica insegura o indebida.

6 Aunque en principio es plausible decir que la equidad es un criterio auxiliar en la actividad judicial, no se olvide que la Corte Constitucional ha dicho que *“La equidad no es aplicable exclusivamente a los casos límite...Lo anterior no implica que el juez desatienda la norma legal, se aparte de la*

pilar fundamental en las relaciones contractuales (arts. 1502 y 1604 del C.C. y Art. 822 C.Co.) y de la teoría de la imprevisión, autorizaría una cláusula de reajuste, siempre y cuando la entidad financiera la utilice como mecanismo necesario para eliminar un desequilibrio extraordinario del contrato<sup>7</sup>, ajustando la relación económica en lo estrictamente necesario y evitando cualquier exceso que deslegitime su comportamiento. Y es que no se puede olvidar que esa autorización no se le concedió al acreedor para mejorar el contenido de un negocio que con el correr de los días le parece malo o poco rentable sino para una sola finalidad: conservar los términos económicos inicialmente convenidos cuando los desajustes alteran gravemente las prestaciones a cargo de una sola de las partes, que puede ser el banco o el deudor, lo que faculta al banco para hacer los reajustes en su favor cuando el desequilibrio es grave y le perjudica o, en otro caso, le impone al banco la obligación de ajustar los plazos o las tasas de interés cuando el grave desequilibrio desfavorece al deudor.

**3.3.-** Por idénticas razones a las expuestas enantes nos apartamos de la tesis del banco. La equidad y la buena fe (Cfr. Arts. 1, 2, 822 C.Co. y 1603 del C.C.), que deben guiar la el comportamiento de las partes en la etapa previa a la celebración del contrato y rigen su conducta durante ejecución del convenio<sup>8</sup>, confirman el alcance racional del postulado de la autonomía de la voluntad privada que en los contratos conmutativos admite las cláusulas de ajuste con ciertos límites<sup>9</sup>.

---

*voluntad del legislador, sino que la module al caso concreto, evitando inequidades manifiestas o despropósitos, resultados que en todo caso también habría impedido el legislador si los hubiera podido prever. Es decir, de lo que se trata es de poner en vigencia el principio de colaboración entre la distintas ramas del poder público, lo cual implica que el juez colabore en el desarrollo de la norma dictada por el legislador, al adaptarla al caso concreto.”* Cfr. Sentencia C-1547 de 2000. MP. Cristina Pardo.

7 Siguiendo al profesor Guillermo Ospina Fernández, el artículo 868 atrás citado es un reflejo de la teoría de la imprevisión. Cfr. OSPINA, Guillermo y OSPINA, Eduardo. *Teoría General del Contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Ed. Temis. Bogotá, 1994. Pág. 78.

8 La autonomía de la voluntad privada y los derechos subjetivos que de éste se derivan, tienen límites. Así por ejemplo Jossierand ha expresado que “*Se podría pesar que la ejecución de los contratos no da campo a la doctrina del abuso, puesto que su contenido está delimitado por el acuerdo de las partes...*”, sin embargo, como “*las partes no prevén expresamente todas las eventualidades posibles... es la ley o el juez quien, en caso de conflicto, interpretan su voluntad o la suplen; y ellos deben perseguir este doble fin, no arbitrariamente, sino conforme al espíritu del contrato y de la institución, con un sentimiento de equilibrio y equidad*”. Cfr. JOSSERAND, Luis. *El Espíritu de los Derechos y su relatividad*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 1940. Pág. 82.

9 De acuerdo con Ferri la autonomía de la voluntad privada “*no es una actividad originaria sino una actividad que encuentra a fuente de su validez en las normas legales y que de éstas recibe las fronteras, formales y sustantivas de su actuar*”. Cfr. FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1969. Pág. 11.

**3.4.-** La cláusula de ajuste unilateral no puede ser utilizada en cualquier momento, ni ante cualquier alteración del contrato, sino que las desviaciones que se produzcan en el contrato respectivo deben ser superiores a las distorsiones normales u ordinarias. Piénsese, por ejemplo, en las variaciones ostensibles y anormales del mercado, producidas por la crisis financiera en curso o la crisis económica vivida a propósito de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001. Esos desajustes conceptualmente coinciden con los que afectaron el mundo de los negocios en la II Guerra Mundial e influyeron en el desarrollo de la teoría de la imprevisión como instrumento idóneo para conjurar los efectos de los cambios bruscos, imprevistos e imprevisibles en las condiciones estructurales de los negocios celebrados por la época en Europa<sup>10</sup>.

**3.5.-** La cláusula no debe ser abusiva en sí misma, es decir, no puede encajar dentro de los tres criterios que ha enunciado la Corte Suprema de Justicia para identificar las estipulaciones abusivas: (i) que su negociación no haya sido individual; (ii) que lesione los requerimientos derivados de la buena fe<sup>11</sup>; y (iii) que genere un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes.

Las cláusulas contractuales que habilitan al acreedor para reajustar unilateralmente las tasas de interés o el plazo en el contrato de mutuo implican un abuso del derecho cuando la modificación unilateral no busca eliminar un desajuste *esencial y fundamental* en el núcleo económico del contrato, sino construir otra relación financieramente más ventajosa o conveniente que la inicial o la anterior. Así ocurre por ejemplo, cuando el ajuste se introduce sin que haya ocurrido un desequilibrio grave en contra de una sola de las partes; cuando sólo favorece o mira los intereses del acreedor y se desentiende de la situación del deudor; cuando no es indispensable; o cuando antes del ajuste las partes han evaluado otras alternativas razonables y convenientes para las dos partes que les permiten eliminar las consecuencias del desequilibrio emergente sin necesidad de acudir al ajuste unilateral. En fin, el desarrollo de la cláusula podrá resultar abusivo cuantas veces el acreedor ejerza la potestad que le ha conferido el deudor sin tener en cuenta la finalidad para la cual se le otorgó ese derecho.

---

10 Cfr. URIBE- HOLGUÍN, Ricardo. *De las obligaciones y del contrato en general*. Ed. Temis. Bogotá. 1985.

11 La buena fe contractual “*amplía los deberes contractualmente asumidos por cada parte para con ello realizar el interés contractual de la otra parte*”. Cfr. SOLARTE, Arturo. “La Buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta” en *Revista Universitas* de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, No. 108, Diciembre de 2004. Pág. 289.

Dicho de otro modo, entendido el abuso del derecho como “una desviación del derecho”<sup>12</sup>, es decir, aceptando que “se abusa del derecho cuando se le desvía de la función o finalidad con la que el legislador reconoció tal derecho a los particulares”<sup>13</sup>, el banco debe sustentar las razones por las cuales cree que variando la tasa de interés o el plazo o ambos factores se restablece el equilibrio inicialmente pactado. Para eso, la Institución Financiera respectiva deberá tener en cuenta y deberá prepararse para probarlo o para explicárselo al deudor, (i) que hay un desequilibrio grave en los términos económicos del contrato; (ii) que la causa del desequilibrio es posterior a la celebración del negocio; (iii) que el desajuste altera, agrava o hace excesivamente oneroso el cumplimiento; y (iv) que la desmejora sólo afecta al acreedor.

Una vez se han evaluado los supuestos mencionados, las medidas que el banco adopte -consistentes en aumentar o disminuir la tasa de interés o el plazo o ambos factores- se deben utilizar con “interés serio y legítimo” y “sin apartamiento de la finalidad” para la cual se le confirió esa potestad<sup>14</sup>.

La variación en la tasa de interés o en el plazo debe ser la estricta y absolutamente indispensable para mantener la estructura nuclear del contrato inicial. Ya dijimos que este tipo de cláusulas no habilitan al acreedor para que, basado en ellas, mejore las condiciones de la rentabilidad inicial, porque si así fuera se podrían crear mecanismos de enganche muy favorables (v.gr. con tasas de interés por debajo de las del mercado) y luego el acreedor reajustaría la tasa o el plazo para llevar el negocio celebrado en condiciones promocionales a los términos ordinarios del mercado.

**3.6.-** Entonces, una cláusula que le permite al banco modificar unilateralmente la tasa de interés o el plazo por sí sola no es abusiva. En los contratos de empréstito es frecuente encontrar una cláusula de protección de rendimiento (i.e. “yield protection”). Esta cláusula le permite al banco, unilateralmente, modificar los intereses del crédito si sobrevienen cambios regulatorios (por ejemplo, cambios

- 
- 12 JOSSERAND, Louis. *Del Abuso del Derecho y otros ensayos*. Ed. Temis. Bogotá, 1982. Pág 7.
- 13 SANTOS, Jorge y Barrera, Carlos Darío. *El Daño Justificado*. Ed. Javegraf. Bogotá, 1994. Pág. 155.
- 14 Habermas refiriéndose a la autonomía privada, ha dicho que “*Los derechos subjetivos no están referidos ya por su propio concepto a individuos atomísticos y extrañados, que autoposesivamente se empecinen los unos contra los otros... Los sujetos de derecho, que se reconocen recíprocamente los mismos derechos... al hacer un uso estratégico de esos derechos, se topan unos con otros como oponentes...*” no obstante, “*Un derecho, después de todo, no es ni una pistola, ni tampoco el espectáculo de un solo actor... los derechos son tareas públicas, que implican obligaciones para con los demás, así como títulos frente a ellos*”. Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Editorial Trotta. Madrid, 1998. Págs. 153 y 154.

en las reglas sobre garantías admisibles o en materia de impuestos) como resultado de los cuales el rendimiento que el banco había previsto al momento de celebrar el contrato disminuye. Para tener una idea de cómo funciona esta cláusula, supóngase que un banco cobra por cierto crédito una tasa de Libor + 8 ps. Al momento de celebrar el contrato, el banco calcula que sus costos de fondeo son Libor + 2 ps. El rendimiento del crédito para el banco, por tanto, son 6 ps. Ahora, al lado los tecnicismos, si por ejemplo sobreviene un cambio en materia de impuestos que hace que los costos del banco se incrementen a Libor + 3 ps, entonces bajo la cláusula en comento el banco puede modificar la tasa de interés que cobra al deudor para dejarla en Libor + 9 ps. Como se puede apreciar y según se indicó, el propósito de esta facultad es permitirle al banco mantener el rendimiento (“yield”). Para ello, lo que hace la cláusula -como en el ejemplo- es trasladar hacia el deudor el riesgo derivado de cambios que modifiquen el rendimiento esperado.

Dos características resaltan en este tipo de cláusulas; (i) están incorporadas en contratos que no son de adhesión sino que están sujetos a ciclos de negociaciones cuidadosas y son celebrados entre partes altamente sofisticadas que han leído, entienden y asumen conscientemente los efectos del contrato; y, (ii) estas cláusulas no tienen por efecto ni como propósito facilitarle al banco cualquier ajuste por cualquier causa. El único propósito de la cláusula es mantener el rendimiento inicialmente convenido trasladando al patrimonio del deudor el riesgo de cualquier evento externo que afecte significativamente tal rendimiento. En cierto sentido, puede decirse que la cláusula genera *ex contractu* efectos similares a los que se desprenden de la teoría de la imprevisión en Colombia.

No vemos ningún reparo en el uso de este tipo de cláusulas. Muy distinta es la calificación que debe hacerse de las cláusulas que, a diferencia de la anterior, (i) están incluidas en contratos de adhesión celebrados entre el banco y el consumidor financiero ordinario, y (ii) no tienen por propósito simplemente mantener el rendimiento inicialmente contemplado sino que, sin justificación, le permiten al banco introducir ajustes que generan un enriquecimiento imprevisto e injustificado para el banco. Creemos que cuando se presentan estas dos circunstancias, estas cláusulas son abusivas.

En síntesis, se puede decir que en el fondo la cláusula no “genera un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes” sino en cuanto el acreedor la utilice para crear el desequilibrio, para prevalerse de su posición y someter al deudor a condiciones más difíciles que las convenidas liberándose el banco del riesgo que se deriva de la inflación o de las condiciones del mercado que pueden encarecer las tasas pasivas o los costos de captación y disminuir o anular los rendimientos inicialmente calculados por la intermediación de los recursos financieros. Es decir, la cláusula soporta una ilicitud funcional que se manifiesta en

cuanto se la utilice para crear el desequilibrio o el abuso, pero mientras con apoyo en esa atribución convencional el acreedor no introduzca ajustes arbitrarios o carentes de proporcionalidad, no es ilícita. La tesis contraria, la que sugiere que el pacto sobre intereses es rígido y que los riesgos derivados de desequilibrios significativos que emerjan en el futuro no se pueden regular *ab initio* y por medio del contrato, sino que llegado el momento las partes deberán, si lo desean, analizar la posibilidad de los ajustes para convenirlos o para dejar el caso en manos del juez, carece de utilidad y minimiza sin razón el alcance de la autonomía de la voluntad privada.

**3.7.-** Como ya se dijo, estos mecanismos de ajuste en cuanto necesarios para restablecer el equilibrio económico de los contratos no sólo opera en favor de las instituciones financieras. El deudor también tiene la posibilidad de esperar que en presencia de desequilibrios en su contra, el acreedor introduzca los ajustes que favorecen a su cliente. Es obvio que en estos casos el acreedor debe analizar la existencia, causa y magnitud del desequilibrio para ver si los efectos de esas alteraciones modifican las relaciones económicas derivadas del contrato del tal forma que la estructura nuclear del mismo, de hecho y sin la voluntad de las partes, parecen sustituidas por otras totalmente distintas en términos económicos.

**4°.-** Descendiendo al caso en concreto consideramos que:

**4.1.-** La cláusula, a pesar de lo que ha dicho la SFC tal como está redactada, no es ilegal, abusiva o nula.

**4.2.-** La valoración sobre la legalidad de la cláusula sólo es posible en términos funcionales, es decir, dentro de la dinámica que la ponga en marcha.

**4.3.-** Como no se ve razón según la cual se ha generado un desequilibrio fundamental en el contrato que ha originado un cambio significativo en las condiciones inicialmente pactadas, la cláusula tal y como está siendo utilizada presenta una ilicitud evidente ya que la única justificación para el cambio en las tasas de interés por parte del banco fue una referencia no valorativa ni demostrativa de desmejoradas "circunstancias del mercado".

**4.4.-** El banco (i) deberá reajustar las tasas de interés a las inicialmente pactadas; y; (ii) si se hubieren hecho pagos, abonos o cargos que superen los valores que se habrían pagado sin el ajuste, el mayor valor se deberá tratar como abono a capital. Sin embargo, si el banco entiende que "en consideración a las circunstancias del mercado" se ha producido un cambio extraordinario, imprevisible o imprevisto que genera un grave desequilibrio en los términos económicos del

---

contrato inicial, deberá revelar las razones que explican su conclusión o, si no lo desea, podrá –sin apoyo en la cláusula de ajuste unilateral– convenir con el deudor el reajuste que la equidad indique. Finalmente, si nada de ello se pudiera definir entre las partes, el banco podrá solicitar la revisión del judicial del contrato, para que sea el juez el llamado a determinar el reajuste que corresponda. (Art. 868 del Código de Comercio).

## 15. LIBRANZA

Ref:- 05-1-2-079 (18 de septiembre de 2005)

La comunicación que recibimos el 10 de agosto que acaba de pasar fue puesta en conocimiento de Banco... para conocer sus puntos de vista y para solicitarle algunos documentos que consideramos necesarios para atender su caso. Con base en la carta que le dio origen a esta actuación, los documentos que recibimos del banco y las explicaciones de esa entidad financiera hemos concluido lo siguiente:

1º.- Su queja se relaciona con el cargo que por concepto de libranza le vienen haciendo en la Secretaría de Educación para amortizar un crédito que existe a su nombre en Banco... y que usted afirma jamás tramitó ni obtuvo.

2º.- El banco ha tomado interés en su caso pero no ha logrado su colaboración porque usted no ha aportado la reclamación manuscrita que se le solicitó ni ha facilitado las improntas de sus huellas digitales, la fotocopia de la cédula de ciudadanía y el desprendible de pago para emitir el concepto grafológico. Así, las cosas, lo primero que debemos advertir es que la firma impuesta en el pagaré se presume auténtica (*artículo 793 C.Co.*) y por ello si usted niega que sea suya debe **destruir la presunción** (Ordinal 1º, del artículo 784 del C.Co.) para lo cual su colaboración es indispensable y la herramienta técnica es el dictamen pericial que sugiere el banco. Estas diligencias podrían cumplirse dentro de un proceso civil (Ordinales 1º, 11, 12 y 13 del artículo 784 C. Co.) o dentro de un proceso penal pero a nadie le conviene llevar las dificultades a esos extremos, razones por las cuales creemos que solo su colaboración actual puede aliviar males mayores.

3º.- Como en este caso no solo usted es la víctima porque los intereses del banco y los de la Secretaría de Educación también han sido vulnerados o puestos en peligro usted tiene la obligación legal de instaurar el denuncia correspondiente y poner al tanto de los detalles a la Secretaría de Educación para prevenirla sobre lo que puede tener origen en sus propias oficinas.

4º.- Por razones legales (Decreto 690 de 2003) esta Defensoría no puede asumir la investigación que usted solicita.

5º.- Técnicamente la que parece ser una obligación a su cargo es inexistente pero por ahora, mientras no se destruya la presunción legal de autenticidad a la que ya hicimos referencia la obligación pasará por válida ante cualquiera autoridad, razón

que nos confirma en lo ya dicho: usted debe acercarse al banco para facilitar el dictamen grafológico y debe ponerse en comunicación con la Secretaría de Educación por razones de solidaridad cívica, que no de conveniencia personal.

### **Recaudo de las cuotas.**

**Las condiciones del crédito no se subordinan a la condición de trabajador.**

**Concurrencia de culpas en la mora.**

**Ref.- 06-1-12-016** (mayo 26 de 2006)

La queja que recibimos el 13 de febrero, en la cual manifiesta que el Banco... le informó que en su crédito bajo la modalidad de libranza tenía una deuda pendiente de \$ 1.200.000<sup>oo</sup> que debe cancelar por ventanilla para quedar al día, circunstancia con la que no está de acuerdo porque si los descuentos no se hicieron por el valor acordado no fue por error suyo. Sobre este asunto consideramos que es necesario tener en cuenta lo siguiente:

**1º.-** Dado traslado al Banco..., éste remitió oficios radicados en esta Defensoría el 17 de marzo y el 15 de mayo de 2006 en los cuales informó que:

*1.1.- La obligación número 72... presenta moras históricas, debido a que se venía descontando un menor valor al de la cuota establecida de \$ 289.781<sup>oo</sup> y el excedente por pagar no era cancelado por el cliente por ventanilla.*

*1.2.- La obligación alcanzó una mora de 141 días, a la fecha presenta un saldo vencido de \$ 1.602.012<sup>oo</sup> y un saldo total de \$ 10.216.142<sup>oo</sup>.*

*1.3.- La novedad de cancelación de la obligación No. 72... fue enviada por el banco a FORFAC el día 13 de septiembre de 2004. El día 30 de agosto de 2004 fue enviada a FRE la novedad del desembolso del rédito No. 72... para que operara el nuevo descuento.*

*1.4.- Para el mes de febrero de 2006, se envió reproceso de la novedad, para que en el mes de marzo opere el descuento de la nueva cuota, mientras no opere el cliente debe cancelar la diferencia de las cuotas vencidas por ventanilla tal como menciona la libranza "El no descuento por nómina de las cuotas en las fechas estipuladas, no lo exime de la responsabilidad de cancelar en forma oportuna en nuestras oficinas".*

Acompañó el banco a su respuesta la copia del pagaré con su respectiva Carta de Instrucciones, la Tabla de Amortización, la copia de la Libranza, la autorización de Desembolsos y la Relación de Abonos.

2°.- Por tratarse de un asunto eminentemente técnico, los documentos anexos a la respuesta fueron analizados por la Asesoría Técnica de la Defensoría la cual concluyó que el banco ha liquidado correctamente el crédito. Transcribimos parte pertinente del concepto citado.

*SOLICITUD: Le aclaren la situación del crédito otorgado por el Banco... (hoy ...) a través del Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea y luego refinanciado a través del Fondo Rotatorio del Ejército.*

*No le fueron suspendidos los descuentos de la Fuerza Aérea y por tanto no se hicieron los pagos por parte del Fondo del Ejército. Le informan que debe pagar por ventanilla la suma de \$1.200.000*

*ANALISIS: A la nueva obligación le fueron aplicadas 15 cuotas de \$240.266 entre enero de 2005 y mayo de 2006, valor que correspondía a las cuotas del crédito inicial. Como el valor de la cuota del nuevo crédito producto de la refinanciación es de \$289.781, los pagos han resultado insuficientes y como no fueron cancelados directamente por la señora Sánchez el crédito se encuentra en mora.*

*El Banco ha liquidado y aplicado correctamente los pagos.*

*CONCLUSIÓN: El banco ha liquidado correctamente el crédito. El reporte ante las Centrales de Información se debe a que el crédito viene arrastrando una mora desde hace varios meses.*

3°.- La opinión de la Defensoría se resume así:

**3.1.-** Los créditos que se conceden bajo la modalidad de libranza son operaciones en las que el recaudo de las cuotas se realiza con el concurso del empleador quien previamente autorizado por el empleado hace los descuentos periódicos y los gira o los pone a disposición del banco.

**3.2.-** En este tipo de operaciones el deudor es quien autoriza los descuentos pero la existencia, el valor y las condiciones del crédito, tales como plazo y tasa de interés, no se subordinan a su estatus de trabajador, razón por la cual el empleador puede desatender las instrucciones que le imparta el trabajador

para que facilite el recaudo y amortización de la deuda, sin que esta circunstancia modifique su calidad de deudor, ni el plan de pagos convenido con el banco.

**3.3.-** Una de las cargas del acreedor consiste en comunicarse con el empleador para instruirlo y facilitarle la realización de los descuentos que permiten la amortización convenida, pero si el banco desatiende esa actividad o la desarrolla de manera inadecuada, el empleador no tiene responsabilidad para con el trabajador ni con el banco.

**3.4.-** En este caso concreto Banco... le comunicó a FORFAC la novedad pero se desentendió de los resultados y el deudor actuó de la misma manera para descubrir luego que el plan de pagos presentaba un desajuste permanente que el banco no se interesó en corregir y que tampoco le puso de presente al deudor. En términos muy breves los dos extremos en la relación contractual cayeron en errores inexcusables que estructuran culpas concurrentes, razón que se debe tener en cuenta para concluir que la mora obedece a una concausa, el reporte se originó en un hecho cierto y en la indiferencia del acreedor y por ello: la mora deberá reliquidarse para tasarla en la mitad por los errores concurrentes que la engendraron; el reporte deberá corregirse; el crédito se ha liquidado como técnicamente corresponde; la deuda deberá entenderse impagada y el saldo exigible deberá cancelarse de la manera que convengan el banco y usted en consideración a su capacidad de pago.

#### **Descuentos de nómina.**

#### **Tardanza en la cesación de descuentos.**

#### **Obligación del banco de reportar el pago total.**

**Ref:- 06-1-2-088** (julio 12 de 2006)

El pasado 18 de mayo de 2006 fue radicado en la Defensoría su documento de reclamo en el cual solicita la colaboración de esta Defensoría para que Banco... proceda a reintegrarle el valor correspondiente a los descuentos de nómina que le hizo el Ministerio de Defensa, habida cuenta que a pesar de haber cancelado íntegramente el valor del crédito que estuvo a su cargo, los descuentos se siguen haciendo y ya han transcurrido ocho meses sin que usted pueda hacer cesar esos cargos porque ello depende del Banco..., entidad que conoce le caso y le ha dicho que *debe esperar hasta el mes de julio para que cesen los descuentos*. De los documentos recibidos, la Defensoría ha concluido lo siguiente:

1º.- Desde el punto de vista de Banco...:

**1.1.-** *Luego de la verificación que realizó la Gerencia Nacional de Créditos Masivos del banco, se estableció que el mencionado Crédito Libranza fue cancelado el 6 de octubre de 2005 y el mes de febrero de 2006 se reportó la suspensión del descuento a la Pagaduría, pero por inconvenientes presentados en Mindefensa, la novedad no operó, motivo por el cual ha continuado la deducción de la cuota en la nómina del peticionario.*

**1.2.-** *En el presente mes se envió un nuevo reporte el cual deberá llevarse a cabo en julio de 2005, lo que indica que en el mes de junio nuevamente le deducirán la cuota de su mesada.*

**1.3.-** *Todos y cada uno de los descuentos efectuados después de la cancelación del préstamo, se han reintegrado a la cuenta de ahorros del cliente No. 23..., de la siguiente manera:*

FECHA DESCUENTO	VALOR \$	FECHA REINTEGRO
Octubre/05	35.574 <sup>99</sup>	Noviembre 16/05
Noviembre/05	35.574 <sup>99</sup>	Diciembre 16/05
Diciembre/05	35.574 <sup>99</sup>	Enero 19/06
Enero/06	35.574 <sup>99</sup>	Febrero 21/06
Febrero/06	35.574 <sup>99</sup>	Marzo 21/06
Marzo/06	35.574 <sup>99</sup>	Abril 19/06
Abril/06	35.574 <sup>99</sup>	Mayo 19/06
Mayo/06	35.574 <sup>99</sup>	Junio 20/06

**1.4.-** *Agrega el banco que las pagadurías que tienen convenio con el Banco... en la modalidad de Libranzas, por lo general efectúan los pagos mes vencido, lo que explica en parte las inquietudes del cliente y la razón por la cual el peticionario deberá esperar hasta julio a fin de que cesen los descuentos.*

**1.5.-** *Lamenta el banco el inconveniente presentado, pero considera que la demora en la suspensión de los descuentos se originó en la pagaduría del Ministerio de Defensa.*

**2º.-** La Defensoría se parta de las conclusiones del banco porque:

**2.1.-** Revisado el *Histórico de Pagos* que el banco acompañó a su respuesta, se comprueba que el saldo del crédito se pagó el 6 de octubre del año 2005, cuando se hizo un abono por el saldo de la deuda exigible en ese momento, saldo que en esa fecha ascendía a \$ 1.105.630<sup>oo</sup>. Así las cosas, si la deuda se extinguió por pago, también los derechos el banco se extinguieron en ese momento y por ello mismo en adelante el banco no podía reclamar ni recibir abonos sobre un crédito inexistente.

**2.2.-** El banco al recibir el pago total de la deuda estaba obligado a desplegar todas las actividades orientadas a liquidar la operación, tales como: registrar la terminación del crédito; expedir el paz y salvo que le solicitara el antiguo deudor; avisarle al empleador la novedad para que no se hicieran nuevos descuentos y para que se tomara nota del cumplimiento; devolver el pagaré con la nota de cancelación; y preparar lo necesario para liberar las garantías, si las había. Esos son deberes ineludibles del acreedor.

**2.3.-** Si el Banco... estaba obligado a reportar el pago total cuando ello ocurrió, es decir el 6 de octubre del año 2005 o en fecha inmediata, el hecho de haber comunicado la novedad en febrero del año siguiente, es decir, cuatro meses después permite establecer una relación de causalidad necesaria entre el aviso tardío y la sucesión de descuentos que se cumplieron después del 6 de octubre, descuentos que razonablemente no hubieran ocurrido si el aviso se hubiera dado a tiempo y con el interés que tales asuntos exigen.

**2.4.-** Como el banco dejó de ser acreedor cuando el deudor pagó la deuda, los abonos sin causa no le pertenecen y debe reintegrarlos, máxime si los descuentos se originaron en la pasividad del banco que ya ha tramitado ocho reintegros y se está preparando para hacer otros dos, para un total de diez operaciones tardías.

**3º.-** Su caso debe servir como experiencia para que el banco diseñe un mecanismo mediante el cual las Pagadurías con las cuales tienen convenios para el pago de los créditos bajo la modalidad de libranza, se enteren oportunamente de las novedades que conduzcan a la suspensión o a la terminación de los descuentos. Adicionalmente, cuando ocurran situaciones como la que ha dado lugar a esta queja, en las cuales el banco debe hacer un reintegro por un descuento injustificado, la persona encargada de ésta operación debe darle aviso a la Gerencia Nacional de Créditos Masivos o a quien corresponda, para que el error se pueda corregir con la celeridad que es deseable porque la presteza no sólo es exigible para atender los derechos propios sino para cuidar los del cliente que puede sufrir daños por la pasividad de quien interviene en estas operaciones y erróneamente puede creer que frente a la expectativa del daño de un tercero puede permanecer inactivo. Al banco le dijimos:

Respetado D...:

Con la presente le envío copia de concepto que rendimos en el caso de la referencia, con el cual hemos cerrado esta actuación.

Para evitar que problemas como el que hemos venido estudiando se vuelvan a presentar, es conveniente que el banco diseñe un mecanismo mediante el cual las Pagarías con las cuales tienen convenios para el pago de los créditos bajo la modalidad de libranza, se enteren oportunamente de las novedades que conduzcan a la suspensión o a la terminación de los descuentos. Adicionalmente, cuando ocurran situaciones como la que ha dado lugar a esta queja, en las cuales el banco debe hacer un reintegro por un descuento injustificado, la persona encargada de ésta operación debe darle aviso a la Gerencia Nacional de Créditos Masivos o a quien corresponda, para que el error se pueda corregir con celeridad porque la presteza no sólo se exige para atender los derechos propios, sino para cuidar los del cliente que puede sufrir daños por la pasividad de quien interviene en estas operaciones y erróneamente puede creer que frente a la expectativa del daño de un tercero puede permanecer inactivo.

Tal como a usted le consta, el número de quejas que se relaciona con las libranzas es significativo dentro del conjunto y por ello queremos solicitarle que de estos asuntos le dé noticia a quien corresponda para que adopte las medidas que tenga a bien, las que quisiéramos conocer si fuera posible.

### **Competencia del Defensor del Cliente.**

### **Situación financiera del codeudor.**

### **Responsabilidad de la “Entidad Pagadora”.**

**Ref:- 06-1-2-133** (24 de agosto de 2006)

Su queja se explica porque intervino como codeudor de un crédito pagadero bajo el sistema de libranza y cuando al beneficiario de esa operación la entidad pagadora le suspendió los descuentos mensuales, el crédito entró en mora y el Banco... decidió iniciar proceso ejecutivo contra los firmantes del pagaré (entre quienes está usted por lo antes dicho) y reportar sus nombres ante las Centrales de Riesgos, lo que ha dado pie para que reanudados los descuentos periódicos usted le solicite al banco una certificación que esa entidad financiera no ha querido tramitar.

Con base en la carta que le dio origen a esta actuación, los documentos que recibimos del banco y las explicaciones de esa entidad financiera hemos concluido que:

1º.- Aunque el banco considera que la existencia del proceso jurisdiccional que cursa en el juzgado 14 Civil del Circuito de Medellín estructura un motivo de incompetencia que impide la intervención de esta Defensoría, queremos presentar otro punto de vista diferente: entendemos que la Defensoría sí tiene competencia porque aunque es cierto que existe el proceso civil, nada de lo que allá se discute o pretende ha sido objeto de la queja y sobre tales asuntos nada se le ha pedido a la Defensoría porque la queja se explica y justifica *por el silencio* que ha tenido el banco en relación con la solicitud que le hizo el quejoso para que se le expidiera una certificación o constancia, que tal vez necesita para justificar ante terceros la causa del reporte ante las Centrales de Riesgos, para demandar al pagador que no hizo los descuentos convenidos o para apremiar al amigo a quien sirvió de codeudor a fin de que regularice el crédito que le concedió el banco. En consecuencia, la Defensoría considera que sí es competente para ocuparse de este caso y emitirá el concepto que le corresponde.

2º.- Para el mejor entendimiento de lo que sobre este asunto dirá finalmente el suscrito Defensor del Cliente, conviene tener en cuenta que la libranza es un crédito especial cuya característica particular consiste en que el recaudo de las cuotas periódicas se realiza con el concurso del pagador del sueldo o de la pensión, quien previamente autorizado por el empleado (o por el beneficiario de la pensión de jubilación), hace los descuentos periódicos de las cuotas y los gira o los pone a disposición del banco, sin que por ello el deudor se libere de la obligación de pagar oportunamente la cuota que corresponda en cada período.

En este tipo de operaciones es el deudor quien autoriza los descuentos de su salario o de su pensión pero la existencia, el valor y las condiciones generales del crédito, tales como el plan de pagos, las fechas de amortización y la tasa de interés, no se subordinan ni dependen de su calidad de empleado o pensionado, razón por la cual cuando el diputado para el pago (el empleador o el deudor de las mesadas pensionales) desatiende las instrucciones que le impartió el deudor para que facilitara el recaudo y amortización de la deuda, esta circunstancia no modifica las obligaciones a cargo del cliente, entre ellas la de cumplir el plan de pagos convenido con el banco. Esta Defensoría ha venido observando que frecuentemente –como en el caso que ha dado lugar a esta queja- los empleados o pensionados entienden que el crédito se ha definido entre su empleador y el banco y que ellos no son los deudores del crédito porque la amortización queda a cargo del empleador. Esa percepción es absolutamente equivocada. La verdad es que la deuda debe ser pagada por quien solicitó y obtuvo el crédito, por sí mismo o en desarrollo de un plan de descuentos que le autorice a quien debe pagarle derechos de otro origen y naturaleza. En consecuencia, la entidad pagadora no es parte en el contrato de mutuo bajo la modalidad de libranza y cuando incumple las instrucciones del empleado o pensionado, incumple un mandato y por los daños deberá responder ante el mandante y no ante el banco acreedor, pero el deudor –y el codeudor lo es- no se libera de su obligación por los

errores del pagador que desatiende sus órdenes y que por ese comportamiento promueve, sin quererlo ni saberlo, la mora, la aceleración del plazo pendiente y los reportes ante las Centrales de riesgos, hechos que sin la menor duda perjudican al deudor y lo legitiman para exigir del autor de los daños las indemnizaciones correspondientes. En estos casos el banco no puede impedir ni orientar el comportamiento del pagador y como acreedor que es debe procurar el recaudo de lo que se le debe.

**3º.-** En estricto sentido el sistema de derecho positivo no le exige al banco que “justifique” la negativa de un crédito, de un servicio o de un certificado como el que a usted le interesa, pero los principios rectores del sistema de contratos financieros, dispersos en la Constitución Política de nuestro país, el Código Civil y el Código de Comercio o enunciados en numerosas sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, sí permiten afirmar que esa carga existe. Por esa razón, le solicitaremos al banco que se predisponga a expedir la certificación que necesita o a explicarle esas razones por las cuales no puede atender lo que usted le pide, decisión que se apoya en las siguientes razones:

**3.1.-** Es cierto que el postulado de la autonomía de la voluntad privada inspira cuanto se relaciona con las diversas etapas que se identifican en la dinámica de los contratos bancarios, como la precontractual, la de vigencia del contrato y la etapa de terminación y liquidación de esas relaciones. Sin embargo, la libertad del banco no es tan amplia como la que se admitiría si se tratara de negocios ordinarios en los que no influyen los criterios relacionados con los servicios públicos, como son: *la igualdad de condiciones para el acceso al servicio, la igualdad de trato, la no discriminación y la terminación por causa razonable.*

**3.2.-** Las entidades financieras pueden definir libremente los segmentos de mercado dentro de los cuales van a intervenir pero el acceso a los servicios financieros o conexos no puede ser discriminatorio o desigual y tampoco se puede negar ni suspender injustificadamente.

**3.3.-** La negativa para prestar los servicios ordinarios del banco debe basarse estrictamente en la evaluación de las condiciones y los riesgos implícitos en las operaciones que se realizan o se realizarían con cada consumidor.

**3.4.-** Para este caso concreto conviene tener en cuenta que los bancos deben evitar las prácticas que se traduzcan o que conduzcan al bloqueo financiero injustificado de personas, actividades o sectores, riesgo que se advierte cuando el quejoso explica que está punto de perder su casa deudas menores que no puede atender ni financiar por el bloqueo que se deriva de los reportes. (Cfr. Corte Constitucional SU-157 e 1999; SU-166 de 1999; y, T-468 de 2.003).

4º.- No se olvide que sobre la exclusión de los usuarios de los servicios que presta la actividad bancaria por razones tales como el contenido de los datos adversos que sobre sus hábitos de pago registran los bancos de datos, la Corte Constitucional ha dicho que es necesario advertir que no resulta acorde con los artículos 16, 58 y 333 de la Carta dotar a dichos registros de la virtud de excluir o de incluir sin más, de los servicios financieros y de las operaciones de crédito, a los titulares de la información, en cuanto las respuestas homogéneas entre competidores vulneran la discrecionalidad comercial, la propiedad mercantil y la libre competencia económica. Con todo, la Corte ha dicho que en estos casos los bancos podrían argüir que han optado por descalificar una solicitud de crédito *por la sola razón de que necesitan mejorar la comercialización de sus productos y disminuir el nivel de riesgo de sus operaciones, sin pretender sancionar al solicitante*. Ante esa hipótesis, el cliente puede preguntarse: ¿Qué pasó? ¿Por qué me negaron lo que solicité?, ¿Se me ha aplicado un criterio que no es común a todos los solicitantes que se hallan en situación análoga? ¿Estoy siendo sujeto de discriminación? ¿En mi contra se ha roto el principio de igualdad de trato? ¿Esta es una sanción? En fin, el cliente puede estar interesado en conocer la causa de lo que decidió el banco o en demostrar que de alguna manera no causó el incumplimiento que se generó por razones que estuvieron fuera de su control (es decir, inocente aunque civilmente responsable del pago) y por ello es lógico que solicite y obtenga certificaciones y copias de documentos sobre los hechos de su interés.

Por lo expuesto, consideramos que el banco estaba y está legitimado para exigir del codeudor el pago de lo que se le debe y que, a la vez, está obligado a expedir la certificación que sobre lo acontecido ha solicitado el quejoso, es decir, el codeudor.

### **Refinanciación que conduce a la novación o al pago.**

#### **Los errores del banco.**

**Ref:- 06-1-2-152** (29 de agosto de 2006)

Su queja se explica porque se siente indignada por los inconvenientes que le han causado funcionarios del Banco... y que ha descrito en los términos que resumimos así: (i) en 1999 usted formalizó con el banco un crédito bajo la modalidad de libranza, crédito que cuando faltaba un mes para su completa amortización fue refinanciado y dio lugar a un nuevo crédito que dio lugar a los descuentos que terminaron en marzo de 2006, cuando usted entendió que había pagado íntegramente las dos obligaciones; (ii) una funcionaria del Banco..., doña B... se comunicó con usted y le sugirió que tomara otro crédito, lo que no le interesó y dio lugar a que doña B... le comunicara que usted le estaba debiendo al banco una cuota del primer préstamo, lo que le pareció inexplicable porque usted tenía copia de los comprobantes de los descuentos

mensuales; **(iii)** ante lo dicho, doña B... le explicó que en 2003 en las cuentas o liquidaciones que hizo el banco sobraba una cuota y que por ello ese dinero se lo había reintegrado mediante abono en su cuenta de ahorros, pero que ahora el banco entendía que se había equivocado y por ello usted debía pagar esa deuda so pena de que el Banco... la reportara ante las Centrales de Riesgos como deudora morosa, lo que efectivamente hizo el banco días después; **(iv)** usted dice que nunca utilizó la cuenta de ahorros y por ese motivo considera que si el banco hizo el abono allí debe estar el dinero que usted no ha utilizado; **(v)** por otra parte, el banco inició la gestión de cobro y no tuvo reparo en dejarle mensajes con su señora madre, quien se afectó en su salud cuando le dijeron que si usted no pagaba se afectaría su historia crediticia; **(vi)** finalmente, el 25 de julio, doña B..., funcionaria del Banco... le entregó a la mano tres extractos del año 2003, documentos que usted no conocía y en ellos se ve que: **a.-** la última cuota del crédito 95... se vencía en abril de 2003; **b.-** sobre el valor del crédito 11... el banco debía descontar la última cuota del crédito 95...; **c.-** el 25 de abril de 2003 el banco le abonó en su cuenta de ahorros \$156.407<sup>00</sup>, valor que coincide con el de la última cuota del crédito N° 95..., cuota que según lo dicho ya había sido descontada de las disponibilidades generadas por el abono que se derivó del crédito 11....

Usted entiende que su cuenta de ahorros estaba inactiva porque sólo la utilizó para retirar el valor de los créditos; su empleador le ha certificado el descuento de las cuotas pactadas; doña B... ha reconocido que el abono en cuenta que creó este problema se originó en un error del banco; y, usted cree que el banco espera que pague lo que ya cree haber pagado. Con base en las cartas que le dieron origen a esta actuación, los documentos que recibimos del banco y las explicaciones de esa entidad financiera hemos concluido lo siguiente:

**1°.-** Todo parece indicar que en estricto sentido el crédito N° 95... no se extinguió por novación como lo entiende el banco sino por pago ya que si la cuota se recibió oportunamente de la entidad pagadora –cosa que esta Defensoría no conoce- en ese momento se perfeccionó el pago; si la cuota se recaudó en tiempo y luego, el 11 de abril de 2003, se descontó del nuevo crédito, este recaudo parcial carecía de causa y debía ser reintegrado pero el pago ya había ocurrido; si el pago no se hizo el 5 sino el 11 de abril, la deudora estuvo en mora y aunque tarde, el saldo de la deuda se pagó con los efectos que ello apareja; y en cualquiera de los dos casos, si el valor de la cuota se cargó al nuevo crédito era lógico reversar el cargo y abonar lo descontado con cargo al crédito N° 11....

**2°.-** Las cuentas o liquidaciones que hizo el banco en 2003, según las cuales sobraba el valor de una cuota, las preparó el mismo banco y si al hacer ese trabajo el banco se equivocó, no por ello deja de ser acreedor de lo que sin causa ni motivo distinto de su yerro abonó en la cuenta de ahorros de su cliente.

3º.- El banco dice que por cajero automático se presentaron retiros el 3 de junio de 2003 y la quejosa dice que de esa cuenta sólo hizo dos utilizaciones: las necesarias para el retiro de los créditos ya mencionados. No sabemos si, como lo pregunta la quejosa, en esa fecha la cuenta de ahorros debía tratarse como inactiva; tampoco sabemos si la quejosa recibió la tarjeta débito porque ese aspecto del negocio no parecía elemento del caso. Sin embargo, creemos que el banco y su cliente, ambos meritorios por lo que se ve, deben precisar esas circunstancias en detalle porque de ellas depende la definición que ahora esperan tanto el Banco... como la peticionaria.

4º.- Esta Defensoría no considera -como sí lo cree el banco- que el crédito se encuentra vencido desde el 3 de junio de 2003. Nosotros entendemos que los créditos N° 95... y N° 11... se extinguieron por pago pero que por su error, el que dio lugar al abono, la cliente del banco pudo disponer de dineros que, si las cosas son como dice el banco, ella le adeuda a esa entidad financiera; pero si son como dice la quejosa, no las debe. La Defensoría no ha podido precisar este último punto porque no sabe si los retiros en los cajeros ocurrieron como consecuencia del utilización de la tarjeta débito o no y como acepta la validez de las palabras y afirmaciones del banco y las de su cliente sólo puede animar a las partes para que resuelvan entre ellas mismas las consecuencias de unos negocios que ninguno de los intervinientes quiso ocurrieran del modo como se están desarrollando.

5º.- La Defensoría entiende que si el banco, sin asomo de mala fe y por razones impersonales, propició el error, no puede prevalerse de su situación para con base en la inminencia de los reportes ante las Centrales de Riesgos apremiar el pago de lo que razonablemente parece que no se le debe. Por estas razones el reporte, que en este caso se deriva de circunstancias que el banco conoce y que por intrincadas no se pueden revelar sucintamente y en detalle, en realidad, como ya se explicó, no obedece al impago de un crédito sino a la renuencia a reembolsar una suma de dinero abonada por error del banco pero sin causa. Así, el reporte carece de la certeza que le da mérito y razón y debe ser corregido para evitar males mayores, sin perjuicio de que entre el banco y usted ustedes definan el saldo a cargo o a favor.

En casos como este, en el que el valor patrimonial de lo que se discute no es representativo para las partes, la buena voluntad del banco, la sincera predisposición de las oficinas y funcionarios encargados del servicio al cliente y la buena fe de las partes se pone a prueba porque sólo con el auxilio de ambas se puede solucionar un caso de esta naturaleza en el que el pago de lo que se le reclama al cliente parece ser lo de menos porque lo que tanto ofende y molesta no es el cobro de la deuda exigua sino la mala manera como se le ha tratado.

**Pérdida del empleo del deudor.  
El banco no puede modificar el plazo.**

**Ref.- 06-1-12- 065** (29 de septiembre de 2.006)

Desde nuestro punto de vista, el banco no puede modificar el plazo pactado porque lo que se convino fue cosa distinta: en el contrato que originó la libranza se dijo que si el deudor se retiraba de su empleo, la liquidación se le debería entregar al banco, es decir, se convino un prepago pero no la modificación del plazo. Por esta razón, creemos que el banco debe abonar el recaudo a capital; reliquidar la deuda sin modificar el plazo y darle aviso al deudor del valor del saldo a cargo, el saldo en mora y el valor de las cuotas actuales.

**Características de la Libranza.  
Incumplimiento del banco no modifica el contrato de mutuo.  
Confianza legítima del deudor.  
Reporte a DATACRÉDITO por cuotas atrasadas.**

**Ref.- 08-1-2-295** (23 de julio de 2008)

1º.- Su queja se explica por la negligencia con la que los funcionarios del Banco... en la sucursal San Diego han manejado la administración del crédito que usted tiene a su cargo hace quince meses. Usted dice que dadas las características del crédito, el banco debe presentar antes del quince de cada mes la solicitud de descuento a la caja de sueldos de retiro de las FFMM. Sin embargo, durante los meses de septiembre, octubre y noviembre, el banco no presentó esta solicitud, por lo cual en la oficina pagadora no hicieron el descuento, no le entregaron ese dinero al banco y usted presentó incumplimiento en el pago de tres cuotas. Por esta razón, fue reportado como moroso ante DATACRÉDITO.

Ante esta situación, usted habló con la Caja de Sueldos de Retiro solicitándole que realizarán el descuento y le envió un mensaje al banco explicándole que con los reportes se estaba afectando negativa e injustificadamente su historia crediticia. Así, el banco empezó a efectuar el descuento doble a la nómina hasta quedar a paz y salvo y actualmente le descuentan el valor corriente de la cuota, no obstante, usted manifiesta su inconformidad, dado que continúa reportado como moroso ante DATACRÉDITO y solicita que esta información sea corregida.

2º.- El Banco... por su parte, en comunicación del 21 de julio de 2008 informó que la sucursal San Diego confirmó que el crédito de libranza ha alcanzado mora de hasta 90 días, sin embargo, en la actualidad la obligación se encuentra al día. Por lo ante-

rior, la información del quejoso permanecerá en las centrales de riesgo hasta el 27 de octubre de 2008.

El banco no hizo ningún pronunciamiento sobre las diligencias que hizo o dejó de hacer sobre la orden de descuento que recibió del deudor pero no presentó ante la Caja de Sueldos de Retiro. Así las cosas, si la entidad pagadora nunca supo que existía la libranza y la orden de descuento y giro a favor del banco la mora no se deriva de la negligencia del deudor sino de la inactividad del banco o de su descuido porque el deudor confió en que el banco, un profesional, especializado como el que más en la administración de este tipo de créditos, asumiría y cumpliría las obligaciones que le corresponden, que en el caso de la libranza no terminan con el desembolso del crédito como en la mayoría de préstamos sino que se extienden y van más allá porque el banco debe establecer comunicación con la entidad pagadora, entregarle el plan de pagos y las autorizaciones y documentos que reciba del deudor para que periódicamente se hagan los descuentos y se pongan esos dineros a sus órdenes para atender la amortización del crédito.

Es cierto que el pagaré dice lo siguiente: *“En este último caso y/o el evento de que por cualquier circunstancia no nos fuere descontado del salario y/o prestaciones sociales, el valor de la(s) cuota(s) que dentro del plazo debemos pagar, expresamente aceptamos que el pagador de la Empresa ó Entidad donde laboramos nos descuenta el número de cuotas que resulten a nuestro cargo hasta la cancelación total de la deuda, sin perjuicio de nuestra obligación personal de pago de cancelar directamente en cualquier oficina del Banco... el valor de la(s) cuota(s) pendiente(s) de manera que nuestra obligación no entre en mora por estas circunstancias”*. Sin embargo, el deudor actuó de buena fe, convencido de la perspicacia del banco confió en esa entidad financiera y supuso, en desarrollo de la *confianza legítima*, que implica un estado especial de la buena fe exenta de culpa, que los descuentos y los pagos estaban fluyendo tal como se había convenido.

**3º.-** La Defensoría del Cliente considera que para facilitar la comprensión de algunas conclusiones que se expondrán más adelante, es necesario recordar que la libranza es una modalidad del mutuo o préstamo de dinero que presenta las siguientes características especiales: (i) el solicitante del crédito siempre es empleado o pensionado de una entidad pública o privada; (ii) el plan de pagos que resulta del valor del crédito, la tasa de interés y el plazo de amortización define el valor de las cuotas a cargo del deudor; (iii) el beneficiario del crédito, por su comodidad y también para la seguridad del acreedor, autoriza irrevocablemente a su empleador o al pagador de las mesadas pensionales según el caso, para que del sueldo, la asignación de retiro, la pensión, las prestaciones sociales a las que tiene derecho como empleado, funcionario retirado o pensionado, descuenta las sumas necesarias para el servicio de la deuda; (iv) la autorización permite que el pagador haga descuentos semanales, quincenales, mensuales o en el momento de la liquidación de prestaciones sociales; (v)

los descuentos han de cubrir el capital, los intereses corrientes, los de mora, los seguros y los gastos y los honorarios de cobranza si a ello hubiere lugar; (vi) en caso de retiro, el deudor autoriza que de los salarios, indemnizaciones, vacaciones, primas y de la liquidación definitiva de sus derechos laborales el empleador descunte el saldo del crédito vigente, sumas de dinero que pondrá a órdenes del acreedor; y, (vii) si el empleador o el pagador de la pensión no hacen los descuentos, el deudor debe atender el plan de pagos tal como se convino, sin que el descuido o el incumplimiento del empleador o pagador justifiquen el servicio inoportuno o insuficiente de la deuda.

En consecuencia:

**3.1.-** El responsable de pagar los sueldos, las primas, las prestaciones sociales, las indemnizaciones o las mesadas pensionales no es parte en el contrato de mutuo y por esa razón no estructura ni modifica el plan de pagos.

**3.2.-** El pagador de los derechos de origen laboral es mandatario del trabajador o del beneficiario de la pensión que ha decidido celebrar ese contrato de mandato en favor de un tercero, particularidad que no se puede perder de vista porque es la causa de la irrevocabilidad del mandato y al mismo tiempo el instrumento que define las obligaciones, los derechos y la responsabilidad del pagador frente al mandatario. Esta relación se suele pasar por alto y cuando a veces las pagadoras desorganizadas hacen descuentos dobles, dejan de hacerlos, los hacen pero no le giran los dineros al acreedor o los giran a destiempo, el acreedor ejerce sus derechos y el deudor debe afrontar las adversidades y cargos correspondientes, dejando al responsable de los descuentos y los giros –que es el responsable del daño- al margen de las vicisitudes que razonablemente no hubieran ocurrido si su conducta hubiera sido diligente. En estos casos los daños no los asumirá el acreedor sino la entidad pagadora, que de ordinario es el empleador.

**3.3.-** En este tipo de operaciones el deudor es quien autoriza los descuentos pero la existencia, el valor y las condiciones del crédito, tales como plazo y tasa de interés no se subordinan a su estatus de trabajador, razón por la cual el empleador puede desatender las instrucciones que le imparta el trabajador para que facilite el recaudo y amortización de la deuda, sin que esta circunstancia modifique su calidad de deudor, ni el plan de pagos convenido con el banco.

**3.4.-** Una de las cargas del acreedor consiste en comunicarse con el empleador para instruirlo y facilitarle la realización de los descuentos que permiten la amortización convenida, pero si el banco desatiende esa actividad o la desarrolla de manera inadecuada, el contrato de mutuo -incluido el plan de pagos- no se modifica, los derechos del acreedor permanecerán intactos pero por los daños derivados de su negligencia deberá responder ante el deudor que confió en la experiencia del acreedor y entró en mora por culpa ajena. Los daños comprenden la

diferencia entre los intereses pactados y los de mora; los gastos que demanden las actualizaciones o correcciones en las Centrales de Riegos; el daño moral; los honorarios de cobranza, las costas y demás consecuencia que se deriven de la causa dicha.

**3.5.-** Si el empleador no atiende las instrucciones del trabajador y no hace los descuentos o los hace tardíamente o en cuantías insuficientes, el contrato de mutuo -incluido el plan de pagos- no se modifica, los derechos del acreedor permanecerán intactos y la responsabilidad del empleador, si la hubiere, se establecerá frente al mandante. Conviene recordar que cuando los empleadores o los pagadores no hacen los descuentos con cargo a la nómina, o no hacen los giros en las cantidades y fechas que el trabajador o el pensionado convino con el banco, sin culpa del banco y -obviamente- sin culpa del deudor, el plan de pagos se altera, lo que no exime al deudor de los compromisos y responsabilidades que asumió con el acreedor, porque si la deuda se convino pagadera en determinado número de cuotas mensuales, sucesivas e iguales, cualquier desajuste legitima al acreedor para exigir el reconocimiento y pago de intereses de mora sobre la parte no cubierta e inclusive lo legitimaría para promover la aceleración del plazo pendiente e iniciar los procesos de recaudo judicial. En estas hipótesis el deudor debe procurar lo necesario para que los efectos de la tardanza o del defecto en la cantidad que se pone a órdenes del acreedor se puedan corregir de tal modo que el plan de pagos se mantenga como se convino y que el resultado financiero sea para ambas partes el que ellas quisieron.

**3.6.-** En este tipo de créditos el deudor no se libera de sus obligaciones por el hecho de terminar la relación laboral o porque el pagador no atienda las órdenes que le da el trabajador y que por ello mismo, sin excusa alguna, el deudor debe cancelar (por sí mismo o en desarrollo de los descuentos que ordene) las cuotas pactadas en el plan de pagos hasta cuando la deuda se extinga. Desde el punto de vista de esta Defensoría, en estos casos de la libranza el deudor es responsable del pago de la cuota que se convenga con el acreedor, a tal grado que si por alguna circunstancia pierde su empleo y, como es obvio, el empleador deja de hacer los descuentos, el plan de pagos sigue su curso y el deudor queda obligado entonces a pagar directamente la cuota que se pactó. Este no es el caso porque usted continúa como empleado.

**3.7.-** No es cierto que en presencia de la mora el acreedor deba adelantar gestiones de cobro ante el empleador. El pago es obligación a cargo del deudor y por ello, con o sin el concurso del empleador, el servicio de la deuda se debe atender bajo las condiciones que se convinieron entre el banco y el beneficiario del crédito.

**3.8.-** Los honorarios de abogado solo se causan cuando un abogado presta sus servicios y cuando tales servicios se han prestado los honorarios son exigibles, pero en caso contrario carecen de causa y el banco no los puede recaudar o si los cobra su importe se debe tratar como parte de los intereses, con las consecuencias que de ello se derivan para establecer los límites máximos legalmente admisibles.

**3.9.-** Como la refinanciación de saldos derivados de créditos concedidos bajo la modalidad de libranza la definen entre el deudor y el banco sin el enteramiento del empleador, es posible y muy frecuente que mientras ingresa la nueva cuota (la primera dentro de la etapa de refinanciación) se recauden uno o dos instalamentos liquidados sobre las bases del acuerdo anterior y en esos casos el banco no reintegra el exceso sino que lo abona al saldo de capital como si se tratara de un pago parcial extraordinario.

**4º.-** El banco ya actualizó los reportes en DATACRÉDITO y la CIFÍN.

**5º.-** Los registros actuales son reflejo del pasado. Es decir, esa noticia continuará pareciendo en las Centrales de Riesgos por un tiempo proporcional a la mora. Sin embargo, en este caso concreto el banco deberá solicitarle a las Centrales de Riegos la rectificación del registro inicial. De acuerdo con lo anterior, considera el suscrito Defensor que el banco debe solicitarle a las Centrales de Riegos que elimine los registros negativos que hizo sobre el quejoso.

### **Descuento anticipado de las cuotas.**

### **Reintegro de sumas descontadas anticipadamente.**

**Ref.-08-1-2-317** (1º de agosto de 2008)

**1º.-** Su queja se explica porque Banco... le otorgó un crédito bajo la modalidad de libranza, el cual debía pagarse en cuotas, la primera las cuales era exigible en el mes de junio a pesar de lo cual el primer descuento y el primer abono se hicieron en el mes de mayo, es decir, un mes antes de lo acordado, cuando el banco no había hecho el desembolso. Cuando usted presentó su reclamación ante el banco, esa entidad únicamente le reintegró el valor de los intereses de ajuste, razón por la cual solicita el reintegro del total descontado y pagado anticipadamente.

**2º.-** El 28 de julio el banco nos remitió un oficio al que acompañó, entre otros documentos, la copia del pagaré y la orden de descuentos para comunicarnos que:

*2.1.- Si bien el banco recibió de la Pagaduría la cuota adelantada un mes, pues cuando su exigibilidad empezaba el 5 de Julio de 2008, llegó para*

*aplicar al crédito el 5 de Junio de 2008, no es viable la solicitud de reintegro de dicha cuota en consideración a que corresponde a una de las 60 cuotas pactadas, las cuales la respectiva pagaduría le empezó a descontar anticipadamente.*

**2.2.-** *Cuando la cuota opera en forma anticipada, se procede a reintegrar el valor de los intereses de ajuste que en este caso es la suma de \$ 135.786<sup>00</sup>, mencionados como recibidos por el cliente en su petición.*

**3°.-** Considera la Defensoría que la que en este asunto se ha denominado *cuota anticipada* no es tal porque si cuando el banco recibió el dinero no había desembolsado el préstamo, nada debía el quejoso y si ya había ocurrido el desembolso pero no había llegado la exigibilidad tampoco estaba el deudor obligado al pago. Es decir, como el pago supone la existencia previa de la obligación que es objeto de amortización y el prepago supone tanto la preexistencia de la deuda como el plazo o la condición pendientes, es necesario separar las dos hipótesis para aceptar que en la primera de ellas, la que se concreta en el pago de lo que no se debe el banco, éste ha de devolver lo que recibió de buena fe y por error de la entidad pagadora; y en la segunda, la que se presenta cuando el abono ocurre antes de la fecha prevista en el plan de pagos, el banco recibió un pago parcial anticipado que en obediencia a lo que mandan los artículos 1653 a 1655 del Código Civil, ha de aplicar a capital, sin modificar las otras fechas ni el plazo total pero modificando sí los valores unitarios de las cuotas futuras.

## 16. TARJETA DE CRÉDITO

### **Cuota de manejo.**

**La cuota de manejo no depende del saldo por pagar.**

**Interpretación de los contratos de apertura de crédito.**

**Ref:- 05-1-44-004** (25 de julio de 2.005)

La solicitud que usted radicó el 13 de junio que acaba de pasar, encaminada a estimular la expedición de una tarjeta de crédito que remplace la que ha vencido y a lograr que el banco no le cobre la denominada “*cuota de manejo*”, dio lugar a que de su inquietud le diéramos traslado a Banco..., entidad que la semana pasada nos hizo llegar su respuesta, junto con algunos documentos que le solicitó el suscrito Defensor del Cliente. Con base en su queja, las precisiones del banco y otros documentos podemos comunicarle lo siguiente:

1º.- Como en desarrollo del contrato de apertura de crédito que dio lugar a la expedición de la tarjeta de su interés se presentó un índice de morosidad del 23%, el banco no consideró prudente perseverar en el contrato y vencido el término pactado se abstuvo de prorrogarlo, razón por la cual no expidió la nueva tarjeta.

2º.- En relación con la cuota de manejo debemos precisar que ese cargo está previsto en el contrato de apertura de crédito, que se rige por lo expresamente pactado y por lo que disponen los artículos 1.400 a 1407 del Código de Comercio, la Resolución 19 de 1988, expedida por la Junta Monetaria y el Decreto 2048 de 1996. Como en desarrollo de este contrato el banco asume una serie de gestiones administrativas y operativas como el mantenimiento de la base de datos, la generación de extractos y los portes de correo, gastos que no se modifican ni se suspenden porque el tarjetahabiente se abstenga de usar el cupo de crédito o porque el banco limite temporalmente el acceso a las disponibilidades concedidas, el titular de la tarjeta ha de reconocer y pagar el valor de la “*cuota de manejo*” mientras exista el contrato. Terminada esa relación, el deudor deberá pagar el saldo a cargo junto con los intereses corrientes o de mora que correspondan, sin que haya lugar al pago de nuevas cuotas de manejo justamente porque el contrato que las originaba ha terminado.

**3°.-** En el caso concreto al que nos venimos refiriendo entendemos que el contrato se formalizó el 18 de febrero de 1994 y que luego dio lugar a sucesivas prórrogas, la última de las cuales posiblemente venció el 18 de febrero de 2.005 o en fecha posterior –que parece estar dentro del mes de marzo- la que no hemos podido precisar pero mencionamos para poner de presente que:

**3.1.-** Terminada la relación contractual el tarjetahabiente-deudor deberá pagar el saldo a cargo junto con los intereses corrientes o de mora que correspondan, sin que haya lugar al pago de nuevas cuotas de manejo justamente porque el contrato que las originaba ha terminado.

**3.2.-** Si el contrato que dio origen a la tarjeta de crédito número 49... terminó después del 19 de marzo, la cuota de manejo que se causó por ese mes se hizo exigible y usted debe pagarla, pero si en esa fecha el término del contrato había expirado no habría lugar al cobro de la cuota.

**3.3.-** Dentro de los supuestos antes descritos y aceptando que el cargo es trimestral y pagadero por anticipado, se concluye que si el contrato que dio origen a la tarjeta de crédito terminó después del 19 de marzo la cuota se causó en su integridad por el trimestre que venció el 18 de junio de 2.005 pero si en esa fecha (19 de marzo) el contrato había terminado por vencimiento del plazo no habría lugar al cobro de la cuota.

**3.4.-** La carta que recibimos del banco el 12 de julio en curso da a entender que esa entidad se abstuvo de renovar el cupo o de prorrogar el contrato, lo que para los efectos que venimos analizando es lo mismo porque por uno u otro camino se concluye que el banco, con pleno respaldo legal, no quiso perseverar en el contrato y lo dio por terminado. En consecuencia, la cuota de manejo que se le cargó al tarjetahabiente el 18 de junio de 2.005 no puede tener causa en el contrato que en esa fecha había expirado. No obstante, dentro de su vigencia ese contrato dio lugar a que del mismo se desprendieran los derechos o acreencias que ahora son exigibles por el banco y que puede reclamar junto con los intereses remuneratorios o moratorios que se pactaron o que legalmente correspondan.

**4°.-** Con base en lo antedicho hemos concluido que:

**4.1-** Banco... estaba legitimado para prorrogar o no el contrato y que por ello su abstención es legítima y conforme a derecho. Sin embargo hemos de observar que el banco nada le dijo a quien había sido su cliente desde 1.994 y que la advertencia que se le hizo para que se abstuviera de utilizar la tarjeta llegó a su mano con el extracto del mes de junio de 2.005, es decir casi tres meses después de la fecha en la que el cliente le solicitó la expedición del nuevo plástico. Este comportamiento del banco no fue afortunado.

**4.2.-** Dentro de las hipótesis que se acaban de exponer en los ordinales 3.3. y 3.4., Banco... podía cobrar o no la cuota de manejo correspondiente al período que corrió entre el 18 de marzo y el 19 de junio de 2.005, según que la terminación del contrato hubiera ocurrido antes o después del 19 de marzo de 2.005 y sabiendo el banco cuándo sucedió tal hecho, queda en su mano precisar lo que le corresponde para reversar el cargo hecho por la cuota de manejo.

**4.3.-** Como la cuota de manejo que se le cargó al tarjetahabiente el 18 de junio de 2.005 no puede tener causa en el contrato que en esa fecha había expirado, el cargo se debe reversar.

**4.4.-** Cuando el banco adopta determinados criterios, políticas o decisiones que afectan o interesan a quienes contratan con él, debe advertirlos y comunicárselos a las partes, lo que en realidad no se hace personalmente sino incluyendo esa particularidad en los textos impresos que se incorporan en el anverso o en el reverso de los contratos, lo que parece que no ha sucedido en relación con los cortes de los trimestres porque en el reverso del contrato sí quedó dicho que la cuota se cobra por "*trimestre anticipado*", pero como no se dijo que el trimestre comienza a correr el día 18 del primer mes del respectivo trimestre calendario, ante el silencio cualquier lector entenderá lo que es común y ordinario: los trimestres comienzan a correr el primer día del período calendario. También podría pensarse que el trimestre corre en relación con cada contrato y por ello el cómputo habrá que hacerlo tomando como base la fecha en la que se celebró el contrato. En caso de silencio lo usual es lo que la ley admite para estos efectos y por ello entre las dos alternativas la primera resulta conforme con lo que sobre interpretación de los contratos disponen el Código Civil y la Ley 153 de 1887.

**Responsabilidad del tarjetahabiente se extiende hasta la culpa levisima.  
Negligencia del cliente en la obligación de custodia del plástico.  
Responsabilidad del establecimiento afiliado.**

**Ref:- 05-1-43-029** (12 de agosto de 2005)

El Banco... nos hizo llegar los documentos que contienen la queja que usted presentó el 4 de noviembre de 2.004 y de la que su señor padre propuso el 26 de abril de 2005 ante la Defensoría del Cliente Financiero de la Asobancaria. Con el escrito remisorio también recibimos fotocopias de documentos relacionados con este asunto y con las decisiones que el banco ha tomado sobre algunos cargos que corresponden a la tarjeta de crédito Visa N° 44...; y, en escrito separado, un resumen de las consideraciones que el banco ha tenido en cuenta para definir su posición en este caso.

## 1.- Los hechos o antecedentes:

De los hechos descritos por usted, de los documentos mencionados y de las observaciones del banco se concluye que en este caso los hechos que parecen más trascendentes se pueden resumir así:

**1.1.-** El 1° de octubre de 2004, con el número de la tarjeta de crédito de la referencia se registró una compra en *Galería de muebles K...* (Quito), tarjeta cuyo titular es don O..., quien según la queja no intervino en la operación.

**1.2.-** El estado de cuenta llegó al titular de la tarjeta el 3 de noviembre de 2004 y el 4 del mismo mes el interesado solicitó la revisión de esa transacción.

**1.3.-** El 22 de febrero se le informó al cliente que el 17 de noviembre de 2004 se registró un ajuste débito para facturar la compra realizada en "C...", operación en la que usted considera que su hijo no intervino y en la que la firma del comprobante no corresponde a la del titular de la tarjeta.

**1.4.-** A pesar de que las irregularidades se le comunicaron al Banco el 4 de noviembre de 2004, el emisor de la tarjeta solo vino a bloquearla el 22 de noviembre, lo que desde el punto de vista de un tercero interviniente, don J... "*revela completa desidia y negligencia por parte de la entidad bancaria*"

## 2.- El comportamiento de Banco...:

Con mucha frecuencia los clientes de las entidades financieras piensan que su caso pasa desapercibido y que nada se hace para aclarar lo que les afana o les causa daño. Por esa razón hemos analizado con cuidado el comportamiento que ha tenido el banco en este caso, sobre el cual usted como cliente no recibe información porque todas esas diligencias se cumplen discretamente para darle noticia sobre el resultado final. Para que esta Defensoría pueda opinar sobre la "*calidad del trato o del servicio al cliente*" sí consideramos que es necesario hacer este análisis y nos permitimos reseñarlo para anticipar las razones por las cuales consideramos que en relación con la *calidad del trato*, el banco actuó con el sentido de diligencia y celeridad que corresponde y es exigible a los profesionales. En resumen, el banco actuó así:

**2.1.-** El 18 de noviembre de 2004 Banco... le comunicó que estaba solicitando copia de los comprobantes al banco del exterior, había procedido a bloquear la tarjeta, esperaba la devolución del plástico en uso y que había dispuesto la expedición de un nuevo plástico para reemplazar el anterior.

**2.2.-** El Banco... solicitó que el banco del exterior le enviara copia del comprobante de la operación y cuando lo recibió de ese documento le envió copia a

usted (CAC-645-15 de febrero de 2.005), poniéndole de presente que allí aparecen los números de la tarjeta y de la Cédula de Ciudadanía del tarjetahabiente y que para atender cualquier duda o aclaración usted podía comunicarse con la oficina de Atención al Cliente.

**2.3.-** Como la tarjeta estaba bloqueada, una operación fechada el 15 de noviembre quedó registrada el 17 de febrero de 2.005 y del comprobante que se derivó de esta transacción le envió copia, a la vez que lo invitó a consultar el estado de su cuenta en la página Web del Banco y nuevamente se puso a sus órdenes para atender cualquier duda o aclaración que fuera de su interés. (CAC-728)

**2.4.-** El 29 de marzo de 2005 (CAC-1210) el banco le puso de presente que estas transacciones se realizaron el 1° de octubre y el 15 de noviembre de 2.004, en tanto que el bloqueo se hizo el 22 de noviembre, pero nada se dijo sobre la noticia que usted dice haberle dado al banco el 4 de noviembre, cuando –entendemos nosotros- le comunicó su inconformidad y solicitó el bloqueo.

**2.5.-** Cuando el banco fijó su punto de vista sobre su reclamación (CAC-1210) con absoluta claridad dijo que operativamente el uso de la tarjeta imponía la carga de identificarse plenamente ante el establecimiento afiliado y que necesariamente el comprobante debe llevar la firma en tinta del tarjetahabiente, dando por cierto que en estas operaciones hubo presencia física de la tarjeta.

**2.6.-** El 24 de junio el banco tuvo en cuenta que el bloqueo se hizo dieciocho días después de haber recibido la comunicación del cliente y procedió a reintegrar la suma de \$679.796.02 a la vez que le dio aviso a Incocrédito, entidad encargada de investigar posibles actividades fraudulentas y de garantizar el adecuado cumplimiento de las condiciones de operacionalidad y seguridad de los establecimientos afiliados al sistema.

### 3.- Conclusiones:

**3.1.-** Como el 24 de junio el banco tuvo en cuenta que el bloqueo se hizo dieciocho días después de haber recibido la comunicación del cliente procedió a reintegrar la suma de \$679.796.02, en consecuencia en este momento la queja se contrae al cargo que se hizo por la utilización de la tarjeta en *Galería de muebles K...* (Quito).

**3.2.-** Aunque el banco ha entendido que la operación que se formalizó el 1° de octubre de 2.004 “no ha sido objeto de reclamación”, otra cosa entiende esta Defensoría porque si bien es cierto que para todo el mundo la operación se hizo antes de la reclamación –lo cual es obvio porque desconociendo la existencia del cargo no podía el titular de la tarjeta discutirlo- basta leer la carta que J... pre-

sentó el 11 de marzo para ver cómo en esa comunicación protesta por las dos operaciones: la que dio lugar al contracargo voluntario por parte del banco y la otra, la que ocurrió en fecha anterior y dio lugar a la carta del 26 de abril de 2.005, en la cual el tercero interviniente dice que nunca se efectuó esa compra (se refiere a la que se hizo en *Galería de muebles K...* (Quito). Por otra parte, con absoluta claridad se concluye que la reclamación apoya las solicitudes con argumentos diferentes, porque el cargo que se hizo en el caso anterior, el que se desprende de la operación del 1° de octubre de 2004, lo desestima por considerarlo anormal en cuanto en esa operación no intervino el titular de la tarjeta, al paso que el segundo lo desconoce porque entiende que se hizo después de la noticia que le dio al banco. Así las cosas, para esta Defensoría la reclamación contiene dos solicitudes de las que ya se atendió la segunda quedando entonces por definir lo que tiene que ver con la que acabamos de describir, que tiene fundamento en la carta del 4 de noviembre de 2.004 y en la del 26 de abril de 2.005.

**3.3.-** El Banco nos anunció el envío de la copia del voucher-pagaré y de la tarjeta de firmas (001441 del 15 de julio de 2.005) pero como estos documentos no llegaron a nuestras manos así se lo hicimos saber al remitente y el 1° de agosto recibimos lo pedido.

**3.4.-** Las cláusulas 1ª, 3ª, 4ª, 15ª del Reglamento para el Uso de la Tarjeta de Crédito Credibanco Banco... precisan los límites de la responsabilidad del Banco emisor de la tarjeta y establecen las principales **cargas** que debe atender el tarjetahabiente, una de las cuales tiene que ver con la celeridad con la que debe presentar los reclamos o protestas por inexistencia de las operaciones, defectos en las cosas compradas o por incumplimiento del vendedor, trámite que debe cumplirse dentro de los seis meses siguientes a la operación. Para que esta regla se conozca y aplique en el reverso de los extractos que el Banco... le envía a sus clientes se lee: *“Cualquier reclamo u observación sobre su estado de cuenta debe ser presentado en un plazo no superior a 30 días hábiles al recibo de su extracto”*.

**3.5.-** Los documentos que reposan en el expediente dejan en claro que:

a.- El padre del tarjetahabiente reclama por los cargos derivados de dos operaciones: la que desde su punto de vista nunca se efectuó (se refiere a la que se hizo en *Galería de muebles Karolin - Quito*) y la que ocurrió en fecha posterior y dio lugar a la carta del 26 de abril de 2.005, en la cual el quejoso dice que el registro del ajuste débito que se hizo el 17 de noviembre de 2004 para facturar la compra realizada en “Comtcell” es inaceptable porque en esa fecha ya había dado aviso de las anomalías.

b.- Las reclamaciones se apoyan en argumentos diferentes porque el cargo que se hizo en el caso anterior, el que se desprende de la operación del 1° de octubre de 2004, lo desestima por considerarlo anormal en cuanto en esa operación no intervino el titular de la tarjeta, al paso que el segundo lo desconoce porque entiende que se hizo después de la noticia que le dio al Banco. Así las cosas, para esta Defensoría la reclamación contiene dos solicitudes de las que ya se atendió la segunda quedando entonces por definir lo que tiene que ver con la primera.

c.- La atención que el Banco le dio a las cartas del quejoso y de su señor padre nos confirman en lo que ya anticipamos y nos permite decir que la “calidad del trato al cliente” es el adecuado en estas circunstancias y que en ese contexto el Banco actuó con el sentido de diligencia y celeridad que corresponde y es exigible a los profesionales, desestimando entonces la Defensoría la desafortunada conclusión del señor J... , quien dice que el comportamiento del Banco “revela completa desidia y negligencia por parte de la entidad bancaria”. Para la Defensoría el Banco sí fue atento y lo fue en extremo porque aunque no concedió todo lo que se le pedía no por ello se abstuvo de atender la queja que propuso J... , quien por no ser cliente del Banco no estaba legitimado para intervenir como quejoso y por no acreditar la personería que alegó no ha debido ser atendido por el Banco. Sin embargo, Banco...se interesó por el caso y sin detenerse a verificar la legitimación actuó a favor de su cliente y luego accedió a conceder parte de lo que se le pidió.

d.- La cláusula 3ª del reglamento no tiene el alcance que le concede el Banco porque la responsabilidad del tarjetahabiente se extiende hasta la culpa levisima y comprende las compras hechas por terceros cuando han ocurrido “por negligencia suya en la obligación de custodia...” del plástico, que no es el caso porque la operación que dio lugar al contracargo revela que en relación con esta tarjeta sí hubo alguna anormalidad, es decir que lo acontecido no fue obra del Banco ni del cliente sino de terceros y que nada sugiere el descuido o la negligencia de los que depende la responsabilidad exclusiva del cliente; y, por otra parte, el voucher derivado de la compra que se hizo en Galería de muebles Karolin (Quito) contiene una firma que ante el más lego y despistado no puede pasar como si coincidiera con la que utiliza el quejoso. La discordancia es tan extrema que “brilla al ojo” y revela alguna anormalidad o descuido extremo en el establecimiento afiliado, asunto que no será objeto de examen porque basta la exagerada diferencia en las firmas para llegar a la conclusión propuesta.

e.- El Banco nos envió copias del contrato que firmó con su cliente el 2 de enero de 2.003, del pagaré que el cliente firmó el 26 de marzo de 2.003 y del voucher que dio lugar a este caso y en los dos primeros documentos se ven tres firmas del quejoso y en el voucher se ve otra, que es diferente de las

anteriores en todo, a tal extremo que en nada se parece a las que suponemos verdaderas.

f.- Es cierto que la operación que dio lugar al cargo que el Banco no quiso reversar ocurrió el 1º de octubre de 2004 pero también es cierto que el estado de cuenta le llegó al titular de la tarjeta el 3 de noviembre de 2004 y al día siguiente, el 4 del mismo mes, el interesado formalizó su protesta y solicitó la revisión de esa transacción.

g.- Con base en esta reseña, en los documentos recibidos tanto de usted como del Banco, en el texto del Reglamento Operativo Nacional de Visa (para Tarjetas de Crédito), con apoyo en el Reglamento para uso de la Tarjeta de Crédito Credibanco Banco..., y en lo que mandan los artículos 822 y 1400 del Código de Comercio y los artículos 1502 a 1624 del Código Civil, en concepto de esta Defensoría en relación con la operación que reversó Banco... actuó con ceñimiento al contrato de apertura de crédito y a la más pura tradición de los banqueros que reconocen sus yerros, pero en relación con la otra operación -la que no se ha reversado- el Banco no puso todo su empeño para aclarar lo que se le comunicó a tiempo y al obrar de esa manera asumió las consecuencias de la operación que se protestó oportunamente y que ahora debe dar lugar a reversar el cargo y a reintegrar los dineros recibidos por concepto de su amortización.

### **Cuota de manejo. Tarjetas inactivas.**

**Ref:- 05-1-43-043** (12 de septiembre de 2005)

Esta Defensoría recibió la queja que usted presentó el 8 de junio, de ella le dio traslado al Banco..., el 15 de junio solicitó algunos documentos que consideró indispensables para atender este caso y con base en la queja inicial, en los documentos que usted anexó en esa oportunidad y en los que recibimos del banco el 15 de julio y el 2 de septiembre así como con apoyo en los descargos o explicaciones de esa entidad financiera hemos concluido que:

**1º.-** La queja se explica porque según usted desde noviembre de 2004 el banco le está cobrando la cuota de manejo de una tarjeta de crédito que hasta la fecha de su queja, el 8 de junio de este año, no había recibido.

**2º.-** El banco nos ha hecho llegar fotocopia del recibo que usted firmó cuando en el banco le entregaron el plástico que corresponde a la tarjeta número 44..., lo que parece sucedió el 26 de junio de 2.005, lo cual sugiere que después de presentar la queja el banco le entregó y usted recibió la tarjeta, hecho que se debe entender es

consecuencia de un contrato de apertura de crédito que damos por perfecto y existente desde la fecha antes mencionada porque ni el banco ni usted acreditaron fecha distinta y la existencia y recibo del plástico es cierta y está demostrada desde la fecha que acabamos de citar.

**3º.-** Banco... nos ha dicho que el 13 de octubre de 2004 (comunicación GBP-0872-04) le comunicó a usted la cesión del saldo de su tarjeta de crédito, tarjeta que Banco... *“atendió hasta el pasado 24 de septiembre, fecha en la que la inactivó”*. Para esta Defensoría la cesión tuvo por objeto el crédito a su cargo pero no el contrato de apertura de crédito del cual se deriva la tarjeta, razón por la cual Banco... está legitimado por activa para exigir el saldo del crédito cedido, junto con los intereses correspondientes pero no es causahabiente del contrato que existió entre usted y Banco..., como es lógico tampoco es parte original en ese negocio no solo porque la cesión de ese contrato solemne no se percibe en parte alguna sino porque lo que Banco... o ambos llaman *desactivar* el cliente equivale a dar por concluidas las relaciones que por causa del contrato de apertura de crédito existieron entre Banco... y usted, quedando a salvo los derechos de crédito derivados de ese contrato, los que Banco... le cedió a Banco.... Por otra parte, el párrafo final de la carta GBP-0872-04 debe entenderse como la invitación a celebrar un nuevo contrato de apertura de crédito y a reclamar la nueva tarjeta. En consecuencia, **(i)** Banco... es causahabiente a título singular de los derechos de crédito que pertenecían a Banco..., los que fueron cedidos a Banco...; **(ii)** la cesión del crédito no incluye la del contrato de apertura de crédito; **(iii)** el contrato de apertura de crédito que existió entre usted y Banco... terminó el 24 de septiembre de 2004; **(iv)** desde el 26 de junio de 2.005 entre usted y Banco... existe un contrato de apertura de crédito; **(vi)** las cuotas de manejo causadas entre noviembre de 2004 y el 26 de junio de 2.005 carecen de causa y el banco las debe reversar; **(vii)** las cuotas de manejo causadas con posterioridad al 26 de junio de 2.005 sí tiene causa y el banco las puede cobrar, así usted no haya retirado la clave o no haya utilizado el cupo de crédito.

**4º.-** El que usted no se haya presentado en las oficinas de Cañasgordas para recibir la nueva clave en realidad poco interesa para lo relacionado con esta queja porque lo cierto es que entre noviembre de 2004 y el 26 de junio de 2.005 usted no había formalizado contrato de apertura de crédito con Banco... y aunque el contrato que nos ocupa es solemne, la tenencia de la tarjeta nos lleva a suponer su existencia desde la fecha que mencionamos antes.

**Exoneración de la cuota de manejo.****Exoneración no se extiende a costos por la prestación de otros servicios.****Competencia de la Defensoría del Cliente.****Ref:- 05-1-2- 104** (24 de octubre de 2005)

1º.- Su queja se relaciona con el cobro de una cuota de manejo que usted no considera exigible porque el parágrafo del artículo quinto de la ley 700 prohíbe tal cobro, razones por las que solicita que tal descuento no se haga en el futuro y que el valor de lo descontado desde cuando adquirió el estatus de pensionada se le reintegre.

2º.- Hemos podido verificar que el 29 de septiembre el banco, por conducto del doctor O..., le dio a entender que esa exoneración está vigente pero que se circunscribe a la cuota de manejo y no se extiende a los costos generados por la prestación de otros servicios.

3º.- El suscrito Defensor del Cliente coincide con la opinión del banco y, en consecuencia, considera que (i) esa exoneración está vigente; (ii) y se limita a la cuota de manejo; (iii) no se extiende a los costos generados por la prestación de otros servicios y da lugar a que en el futuro Banco... se abstenga de cobrarle la cuota de manejo y a que en breve término le reintegre los descuentos que por tal concepto le ha hecho desde cuando usted adquirió el estatus de pensionada hasta la fecha.

Desde nuestro punto de vista el Banco... ha obrado con el ánimo de atenderla y por ello en este asunto han intervenido la Jefe de la División Administrativa; el Asistente de la Secretaría General, doctor O... (29 de septiembre) y ahora, el doctor J... (3 de octubre), quien -creemos- también comparte la sustancia de lo antedicho.

Al banco le dijimos:

Respetado Doctor J...:

Con la presente le envío copia de concepto que rendimos en el caso de la referencia, relacionado con el cobro de la cuota de manejo a la que se refiere el parágrafo del artículo quinto de la ley 700, el cual prohíbe tal cobro sin que por ello el valor de otros servicios también deba entenderse exento o gratuito.

No consideramos que en este caso exista incompetencia de la Defensoría porque, desde nuestro punto de vista, la Superintendencia y la Defensoría pueden conocer simultáneamente de un mismo asunto sin que se corra el riesgo de colisión conceptual o desorden de otra clase porque la Defensoría necesariamente deberá pronunciarse sobre lo que pretende el quejoso y sobre el comportamiento del banco para deducir -como si fuera un juez- las consecuencias de carácter patrimonial, mientras

que la Superintendencia jamás, por limitaciones constitucionales, tomará definiciones sobre el negocio en sí y nunca se pronunciará sobre los derechos de carácter subjetivo porque desde 1975, como lección que se desprendió del caso en el que participaron la Cruz Roja Internacional y el BCH, tiene sabido que sus atribuciones no le permiten esas definiciones y por ello puede decirse que así como la Defensoría jamás podrá multar al Banco, la Superbancaria jamás podrá deducir las consecuencias de contenido patrimonial que se derivan de una queja.

No se puede olvidar que cuando la Superintendencia inicia una “*actuación administrativa*”, encaminada a establecer las “*responsabilidades administrativas del caso o a ordenar las medidas que resulten pertinentes*”, la Defensoría carece de competencia o pierde la que tenía para desde ese momento (cuando se da inicio a la actuación administrativa) concurrir con la entidad gubernamental en el conocimiento del caso. Lo dicho no significa que cuando ante la Superintendencia se presenta una queja, con pretensiones patrimoniales o no, el conocimiento que asuma la Superintendencia agota o extingue la competencia de la Defensoría porque esta consecuencia sólo se dará cuando se inicie una “*actuación administrativa*”, que es cosa distinta del trámite que como “*operación administrativa*” desata la Superintendencia, trámite con el cual, como ya se dijo, sí pueden concurrir la entidad gubernamental y la Defensoría.

### **Obligaciones del banco. Contracargos.**

**Ref:- 05-1-43-166** (14 de diciembre de 2005)

La comunicación que recibimos el 20 de octubre que acaba de pasar fue puesta en conocimiento de Banco... para conocer sus puntos de vista y con base en la carta que le dio origen a esta actuación, los documentos recibidos, entre los que se deben tener en cuenta los extractos mensuales, sus cartas del 24 de junio y del 27 de septiembre, así como la comunicación que el 22 de julio le envió la doctora F..., y las explicaciones que expuso Banco..., hemos concluido lo siguiente:

1º.- Su queja es absolutamente razonable y a la vez que transmite un sentimiento de protesta se encamina a lograr que Banco... reverse los cargos que se registraron en el extracto del mes de mayo de 2.005, relacionados con operaciones del 16 de julio de 2003; 20 de noviembre de 2004; 5 de diciembre de 2004 y 8 de enero de 2005, de las cuales usted dice haber recibido noticia tardía porque “...*apenas aparecen en el extracto en cita (se refiere al de mayo de 2005) y no en los anteriores*”.

2°.- Hemos analizado con detenimiento los detalles de cuanto se relaciona con su caso y en primer término hemos visto que en los extractos mensuales sí aparecen registradas las operaciones que usted considera fraudulentas, las que probablemente sí lo son pero no fueron objeto de reclamo oportuno. Es decir, hemos verificado que los extractos de tarjeta de crédito se han generado mensualmente informándole a usted los cargos facturados, su valor diferido, el número de cuotas pendientes, el pago mínimo facturado y el saldo total adeudado, es decir que la información sobre los cargos facturados en julio/03, noviembre y diciembre/04, enero/05, se observaban en cada uno de estos estados de cuenta.

3°.- El banco ya tuvo oportunidad de informarle que de acuerdo con el *Reglamento Operativo Nacional de Credibanco Visa* en su capítulo 1.4 “Políticas de canje y compensación” numeral 1.4.1 “Plazo para realizar una acción de contracargo” se advierte que “Se fija como plazo máximo, un período de ciento ochenta (180) días calendario para recibir un contracargo (devolución) de una transacción, contados a partir de la fecha de presentación en el proceso de canje y compensación del sistema Credibanco Visa”.

Cuando el banco recibió su carta de rechazo (22/07/2005), el plazo para realizar la devolución de los cargos no reconocidos por usted se encontraba vencido, así:

FEC. TRANSACCION	CONCEPTO	VALOR \$	FECHA
16 de Julio/03	Compra Audio Marketing Express	500.000	16 ene/04
20 de Noviembre/04	Compra Tele Entrega Express	99.000	20 mayo/05
20 de Noviembre/04	Compra Tele Entrega Express	290.000	20 mayo/05
05 de Diciembre/04	Compra Tele Entrega Express	99.000	05 jun/05
08 de enero/05	Compra Tele Entrega Express	99.000	08 jul/05

4°.- A través de la carta CAC – 3049 del 22 de julio/05 con la cual se daba respuesta a su comunicación del 24 de junio/05 y recibida en el banco el 22 de julio/05, se le informó que las transacciones que se reflejan en el extracto del mes de mayo/05 corresponden a cargos realizados en este mes e igualmente a transacciones realizadas con anterioridad y diferidas hasta 24 meses, así:

5°.- El cargo por honorarios de abogado se realizó teniendo en cuenta la gestión realizada por el Abogado Externo encargado del Cobro Prejurídico, doctor O..., teniendo en cuenta que en el mes de abril/05 se registro mora de 60 días, así:

FEC. TRANSACCION	CONCEPTO	VALOR \$	No. DE CUOTAS
31 de Mayo/05	Cuota de Manejo Junio	10.300	1
27 de Mayo/05	Cargo Honorarios de Abogado	5.030	1
16 de Julio/03	Compra Audio Marketing Express	500.000	24
20 de Noviembre/04	Compra Tele Entrega Express	99.000	24
20 de Noviembre/04	Compra Tele Entrega Express	290.000	24
05 de Diciembre/04	Compra Tele Entrega Express	99.000	24
08 de enero/05	Compra Tele Entrega Express	99.000	24

FECHA DE FACTURACIÓN SALDO TOTAL	FECHA Y VALOR DEL PAGO A REALIZAR	FECHA Y VALOR PAGO REALIZADO	ESTADO DE LA OBLIGACIÓN
30/12/2004 \$637.542.15	18/01/2005 \$64.667	26/01/2005 \$50.278	Mora de 30 días El pago requerido para el mes de enero/2005 fue realizado incompleto.
31/01/2005 \$711.506.23	18/02/2005 \$84.325	16/02/2005 \$50.278	Mora de 30 días El pago requerido para el mes de febrero/2005 fue realizado incompleto.
28/02/2005 \$685.909.04	18/03/2005 \$103.423	15/03/2005 \$50.268	Mora de 60 días El pago requerido para el mes de marzo/2005 fue realizado incompleto.
31/03/2005 \$659.436.96	18/04/2005 \$121.645	19/04/2005 \$50.300	Mora de 60 días El pago requerido para el mes de abril/2005 fue realizado incompleto.

**6°.-** Es necesario tener en cuenta que los establecimientos Audio Marketing Express y Tele Entrega Express realizaban su labor comercial a través del telemercadeo obteniendo de esta forma directamente de los tarjetahabientes el número de la tarjeta de crédito a la cual posteriormente realizaban el cargo del valor correspondiente al producto o servicio requerido por el usuario.

Estos establecimiento pertenecen al grupo de comercios catalogados por VISA como CONVENIOS ESPECIALES, es decir que realizan la venta de sus productos y servicios sin presencia física de la tarjeta, estos establecimientos fijan estos convenios con los bancos adquirentes donde radican su cuenta para la consignación de sus ventas, el Banco... es Entidad Emisora por lo tanto no posee copia de estos convenios.

Por tratarse de una venta no presencial (telefónica) no se requiere de la clave de la tarjeta ni de la firma del cliente, el usuario confirma al establecimiento el número de la tarjeta de crédito, fecha de vencimiento, número de cédula, su dirección y su cupo disponible.

Son los comercios los responsables de la calidad, cantidad, marca o cualesquiera otros aspectos de los bienes y servicios adquiridos por los clientes, igualmente son los establecimientos los que tienen los datos de los usuarios para ofrecer sus productos sin ser el banco quien les suministre información de sus clientes. Por esa razón, el Reglamento para Uso de la Tarjeta de Crédito Credibanco Banco..., hace claridad en lo referente a casos como el que nos ocupa en las cláusulas que a continuación transcribimos:

**PRIMERA.-** “La tarjeta de crédito Credibanco VISA, así como el número de identificación personal NIP son de carácter personal e intransferible y con base en ella el usuario a cuyo nombre se expide puede firmar pagares de venta, cupones de venta por correo, **ventas por vía telefónica** y de correo electrónico, correspondientes al valor de bienes o servicios que obtenga en cualquiera de los establecimientos afiliados a Visa en el mundo”. (...)

**CUARTA.-** “El usuario sólo podrá obtener bienes o servicios de los establecimientos afiliados a VISA en Colombia o en el exterior, o dinero en efectivo en las oficinas de El Banco..., o en las oficinas de los Bancos afiliados a VISA en Colombia o en el exterior y cajeros automáticos en Colombia o en el exterior, mediante la presentación de la Tarjeta Credibanco VISA y **suministrando la información requerida en cada caso para transacciones realizadas con cupones de venta por correo, ventas por vía telefónica y de correo electrónico**, hasta por las cantidades que en forma de crédito rotatorio determine El Banco..., en concordancia con las normas gubernamentales vigentes a la fecha de utilización. Las utilidades que se realicen en el exterior al amparo de la TARJETA DE CREDITO estarán sujetas a la reglamentación gubernamental sobre el cupo en dólares americanos a que tiene derecho un viajero en el exterior para atender sus gastos de permanencia.

7º.- La Defensoría entiende que en casos como el suyo es necesario que la razones de lo resuelto se expliciten para que el cliente, en abstracto, conociendo los errores o defectos en los que incurrió quede bien informado y comprenda las razones que tuvo el banco para negar determinada solicitud. Sobre este aspecto, que valoramos en su justa medida, hemos considerado que el banco ha sido claro, ha tratado el caso con el interés que merece y ha basado sus decisiones en el sistema legal y en los reglamentos aplicables a este tipo de negocios.

**Extravío del extracto.****Mora.****Bloqueo de la tarjeta.**

**Ref:- 06-1-44- 040** (5 de abril de 2006)

La queja que recibimos el 23 de febrero se explica porque usted es titular de una tarjeta de crédito que siempre ha tenido al día pero que cuando no le llegó el extracto entró en mora y dio a que usted pagara lo que telefónicamente se le dijo era el saldo exigible, a pesar de lo cual quedó un saldo por pagar inferior a cien pesos, que dio lugar a que su tarjeta quedara bloqueada, molestias que justifican su queja.

Del escrito que acabo de mencionar le dimos traslado al banco para conocer su opinión sobre el contenido de su reclamo. Banco... analizó el caso con detenimiento y por cuanto considera que existen razones que favorecen su comportamiento desea precisar lo siguiente:

- a.- Los extractos se remitieron el 20 de enero y el 21 de febrero.
- b.- El 6 de febrero la exigibilidad era de \$331.045 y los abonos se hicieron el 17 de febrero por valor de \$330.000 y luego, el banco abonó la devolución del IVA razón por la cual quedó un saldo a cargo por valor de \$ 79<sup>00</sup>.
- c.- El banco analizó las llamadas que registra el Call Center y verificó que hay registro de tres llamadas telefónicas: la del 22 de diciembre de 2005, la del 4 de febrero y la del 23 de febrero, de las cuales las dos primeras trataron sobre el estado de la tarjeta y la tercera sobre el enojo que animó la queja.

Esta Defensoría considera que los extractos sí se enviaron y que cualquiera hubiese sido su suerte la verdad es que usted, como tarjetahabiente, abonó un valor menor al exigible, causa y razón de este incidente que es prácticamente imposible de prevenir o evitar porque a veces la correspondencia se extravía, se destruye o se traspapela y los saldos a cargo, aunque sea mínimos tienen esa característica negativa y de riesgo razón por la cual el sistema no los desestima sino que siempre los identifica como saldo exigible y en mora para automáticamente generar los reportes y bloqueos descritos. Consideramos que su caso ha sido atendido como corresponde, razón por la que damos por concluida nuestra intervención en este negocio.

**Estados de cuenta.****Cobro sin aviso ni apremio.**

**Ref:- 06-1-2- 054** (29 de abril de 2006)

1º.- Su queja se explica porque el banco inició el cobro judicial de un saldo a su buen cargo sin enviarle noticia, apremio, ni requerimiento de ninguna clase; razón por la

cual solicita que no se cobren los intereses de mora y que se autorice una refinanciación del saldo exigible.

2°.- La respuesta de Banco... se concreta en señalar que la cláusula séptima del contrato de apertura de crédito que usted firmó antes de recibir la tarjeta de crédito claramente dice que si a usted –como tarjetahabiente- no le llega el estado de cuenta, debe tratar de conseguirlo en la oficina donde solicitó la tarjeta o a través de los servicios de *línea del banco* o por Internet, circunstancia que el banco ha tenido en cuenta para no acceder a la condonación pero sí a la reestructuración del saldo a 12 meses, previo abono de \$200.000<sup>oo</sup> antes del 12 de abril, definición que usted debió conocer el 4 de abril según se desprende de la copia de la carta que el banco nos hizo llegar el 19 de este mes.

3°.- Desde nuestro punto de vista, el contrato legitima la actuación del banco y, por otra parte, la reestructuración antes mencionada, que no es obligatoria porque el banco bien podría insistir en el pago de lo que se le debe sin conceder plazo, en parte accede a lo que usted pidió.

### **Errores en el bloqueo de la tarjeta.**

**Ref:- 06-1-44-069** (23 de mayo de 2.006)

1°.- Su queja se explica porque Banco... no tuvo en cuenta la solicitud de bloqueo que usted hizo el 18 de marzo de este año y permitió que cuando usted encontró la tarjeta y la utilizó de nuevo la operación resultara exitosa porque el bloqueo no había ocurrido.

2°.- Banco... analizó este caso con detenimiento y concluyó que (i) la tarjeta de crédito 49... sí quedó incluida en la relación de bloqueos realizados en Visa del 18 de marzo de 2006; (ii) la relación llegó a Banco... el 21 de marzo, razón por la cual en esa fecha Banco... la bloqueó; (iii) la actualización del sistema presentó un defecto que el banco ha corregido; (iv) la tira de auditoría demuestra que entre el 18 y el 21 de marzo sólo se efectuó el retiro que usted menciona; y, (v) el banco lamenta lo acontecido.

Analizado el caso y de acuerdo con la información suministrada por la entidad, el sistema del Banco... cumple con los estándares de seguridad establecidos para el efecto, sin embargo por una circunstancia que antes no había tenido ocurrencia, el fin de semana comprendido entre el 18 al 21 de marzo del año en curso, se presentó un problema con el sistema relacionado con la actualización de la información.

No obstante lo anterior, consideramos necesario aclarar que los mecanismos de comunicación que el banco utiliza para insertar las órdenes de bloqueo son altamente eficientes, ya que el dato se procesa en menos de 2 minutos, la orden de bloqueo cumple sus efectos muy rápidamente y genera las siguientes consecuencias: imposibilidad de su utilización en la red de cajeros, datáfonos y en los cajeros propios.

Para su tranquilidad debemos precisar que lo ocurrido con la orden de bloqueo por usted impartida corresponde a un porcentaje muy bajo frente al total de las órdenes de bloqueo impartidas, ya que se tramitaron en el transcurso de los meses de enero a marzo del presente año, 729 órdenes y sólo en ese fin de semana se presentó el inconveniente que ha dado lugar a este escrito.

De otra parte, debemos aclarar que el banco reconoció y acogió la importancia de la reclamación presentada por usted y que a partir de ella se tomaron las medidas del caso, para que no se presenten situaciones como las narradas por usted, lo que redundará en beneficio de la entidad y sus clientes.

#### **Carga de colaboración.**

#### **Ofertas de la cosa comprada.**

#### **Contracargos.**

**Ref:- 06-1-2-178** (11 de septiembre de 2006)

Su queja se explica porque con una tarjeta de crédito emitida por el Banco... pagó una manta térmica que le ofreció la compañía **Sell Marketing** cobija que no llegó en buen estado y que le produjo alergias, razones por las cuales ha solicitado la colaboración del banco para evitar que termine pagando el precio de una cosa que ya devolvió al vendedor y que era inservible. El banco consideró que su caso no se refiere a ningún servicio que preste el Banco... y que por ese motivo la queja debe tramitarse ante la SIC.

Con base en el mensaje que le dio origen a esta actuación, los documentos que recibimos del banco y las razones de esa entidad financiera hemos concluido que:

**1°.-** El Banco... sí está obligado a colaborar con usted en este caso y la intervención de la SIC no lo exonera de la carga que le corresponde.

**2°.-** En este tipo de casos los bancos no están obligados a responder por la calidad, cantidad o precio de los bienes o servicios adquiridos con los diferentes medios de pago emitidos por el banco, pero en virtud de la relación contractual que existe entre el banco emisor y el establecimiento de comercio que permite la adquisición de

bienes y servicios con el medio de pago emitido por dicho banco, en cabeza del banco y en pro de los intereses de su cliente existe un deber de “defensa” que lo obliga a evitar el daño o a minimizarlo. Este deber atiende a criterios de seguridad, confianza y, claro, a criterios comerciales. Porque en últimas, los bancos tienen con sus clientes tratamiento diferente, no tanto por halagarlos sino porque la afiliación de proveedores inescrupulosos o incumplidos desprestigia tanto la tarjeta como al banco porque sugiere que esos proveedores no han sido bien calificados y que otros proveedores pueden ser tanto o más dañinos y avezados que el causante del reclamo o de la molestia.

**3°.-** Desde nuestro punto de vista en el caso de las tarjetas de crédito, el banco sí conoce los Reglamentos Operativos propuestos por el franquiciante y en este tipo de operaciones se identifican tres círculos de relaciones, las que se dan (i) entre el banco o emisor y el tarjetahabiente; (ii) el tarjetahabiente y el comercio; y, (iii) y el comercio frente al emisor adquirente. En el primer tipo de relaciones, las que se dan entre el banco emisor y el tarjetahabiente, no caben mayores dudas porque entre las partes las cargas, así como los derechos y las obligaciones son fácilmente entendibles y razonablemente claros. En los manuales tanto de *Visa* como de *Mastercard*, existen procedimientos para el rechazo y reintegro de dinero fruto de una transacción que repudia el tarjetahabiente y esos procedimientos los conoce el banco y debe ponerlos en funcionamiento cuando su cliente le pide ayuda o le comunica que ha sido burlado. Es decir, cuando el cliente manifiesta que él no hizo la transacción o que la cosa no llegó a sus manos o la que le llegó resultó defectuosa o, como lo dice nuestro sistema de derecho positivo, por debajo de lo que cubre la *garantía mínima presunta*, se presenta en este último caso lo que se denomina “disputa sobre el producto”, caso que expresamente está previsto en los manuales tanto de *Visa* como de *Mastercard*, como excluyente de responsabilidad del banco emisor y del adquirente.

Sobre la segunda relación, la que se da entre el tarjetahabiente y el establecimiento afiliado estamos frente a las cargas, derechos y obligaciones relacionados con el tipo de contrato que, como si se tratara de un negocio subyacente, es la causa del cargo derivado de la utilización de la tarjeta. Si el tarjetahabiente y el proveedor de la cosa imperfecta no llegan a un acuerdo, el banco emisor puede reversar el cargo y el proveedor, a su vez, podrá solicitar el reintegro de las comisiones sobre la venta, que ya fueron repartidas entre el banco emisor, el adquirente y la red (Credibanco y/o Redeban) según el caso.

Finalmente en la tercera relación, la que se da entre el comercio frente al emisor adquirente, si el comerciante proveedor decide devolver el dinero en ese caso se desatan los procedimientos encaminados a que este comerciante solicite el reintegro de las comisiones que fueron pagadas como ya se explicó.

4º.- El Banco..., como emisor de la tarjeta, conoce de los acuerdos operativos que existen entre las entidades financieras emisoras de las tarjetas y las franquicias (Visa, Mastercard), los que en términos prácticos permiten que el cliente no se desgaste frente al establecimiento comercial y simplemente devuelva la mercancía al vendedor, envíe al banco copia de la guía con la que se realizó la devolución y de la carta en la que indique claramente el motivo de la devolución, adjuntando también copia del comprobante de la transacción del datáfono y copia de la factura que individualice la cosa o servicio adquirido.

El motivo de la devolución de la mercancía, debe quedar bien establecido por ejemplo: porque no era lo que compró, por defectuosa. En todo caso será necesario que aclare si usó o no la cosa. Pues bien, en el Reglamento Operativo Nacional Visa, por ejemplo, la causal 36 dice que el rechazo porque no se recibió la mercancía o porque no corresponde a lo descrito, que es su caso, *corresponde a aquellas transacciones presentadas en canje y compensación por el adquirente, para las cuales el emisor ha recibido reclamación escrita del tarjetahabiente en la cual argumenta no haber recibido la mercancía o haberla recibido en condiciones diferentes a las pactadas con el comercio*. La entidad financiera deberá reversar la operación en la tarjeta del cliente y el costo será cargado en la cuenta del establecimiento de comercio.

Para el *Primer Contracargo*, el plazo para el emisor es de ocho (8) días calendario, contados a partir de la fecha en la que reciba la documentación de parte del tarjetahabiente. En ese caso la llamada *Documentación soporte* es la comunicación del tarjetahabiente en la cual se registren en forma detallada las razones por las cuales no acepta el cargo. En este caso el llamado *adquirente* tiene ocho (8) días calendario, contados a partir de la fecha de recibida la documentación soporte remitida por el emisor, en el momento del primer contracargo procesado a través del proceso de Canje y Compensación. Para el adquirente la *documentación soporte es la siguiente*: Copia de la comunicación recibida del emisor, documento soporte firmado por el tarjetahabiente en el cual consten las características del producto; documento soporte firmado por el tarjetahabiente, en el cual conste el recibido de la mercancía por parte del tarjetahabiente y factura de venta del producto o servicio.

Para el *Segundo Contracargo* el emisor tiene ocho (8) días calendario contados a partir de la fecha de recibida la documentación soporte remitida por el adquirente, en el momento de la representación procesada a través del proceso de Canje y Compensación. En ese caso la *Documentación soporte* la constituyen: la copia de la comunicación recibida del tarjetahabiente y los documentos remitidos por el adquirente.

5º.- En consecuencia, le sugerimos que vaya al banco, organice todos los documentos relacionados con el negocio que dio lugar a esta queja y establezca comunica-

ción personal con la oficina donde está radicada la tarjeta con la seguridad de que allí encontrará la orientación que pide.

### **La devolución de la tarjeta puede hacerse mediante apoderamiento.**

**Ref:- 06-1-44-172** (31 de octubre de 2006)

1º.- Su queja se explica porque al tratar de devolverle al banco el plástico que tiene en su poder como consecuencia de un contrato de apertura de crédito, en la oficina donde están radicados sus negocios se niegan a recibirla de las manos de quien usted ha enviado para este efecto y exigen que por “*políticas del banco*” es necesario que usted se presente personalmente y la devuelva, lo que a usted le parece supremamente arbitrario porque considera que la entrega sí se puede hacer a través de un tercero “*con documento firmado y con la huella*”, lo que la animó a solicitar que se “*revise esa política.*”

2º.- La respuesta de Banco... se contrae a precisar que (i) el contrato de apertura de crédito es de carácter personalísimo y por ello esa relación contractual y sólo pueden desatarla quienes son partes en el contrato; (ii) la tarjeta está cancelada; (iii) el contrato ya terminó y, en consecuencia, lo esencial de su queja ya fue atendido.

3º.- Desde nuestro punto de vista el banco no podía impedir que usted desarrollara estas diligencias con el apoyo de un tercero debidamente autorizado, como dice usted mediante “*documento firmado y con la huella*”, es decir a través de un apoderamiento concreto y formal. El banco tiene razón en exigir que el plástico lo entregue el titular del contrato pero exagera su diligencia y cuidado cuando exige que la entrega sólo la pueda hacer el titular mismo y al imponer cargas extremas e innecesarias dificulta el ejercicio de los derechos del tarjetahabiente y los entraba mucho más cuando impide el apoderamiento. Muy seguramente el funcionario que dice seguir la *política del banco* no estaba interesado en causarle daño alguno a su cliente, no deseaba desmejorar las alternativas u opciones que le ofrecen la leyes para ejercer sus derechos, ni quería promover una mala imagen del banco, pero la verdad es que incurrió en un comportamiento innecesario y exagerado que si obedece a una *política institucional* es necesario rectificar muy pronto, razón por la cual su caso lo pondremos en conocimiento de la Junta Directiva del banco para lo que mejor convenga a estos servicios.

**Cargo impugnado por Voucher falso.  
Información al cliente.**

**Ref:- 06-1-2- 284** (4 de enero de 2007)

1º.- Su queja se relaciona con el cobro de \$417.000<sup>00</sup> que según el Banco... corresponden a la utilización de su tarjeta de crédito a favor de *Asesorías Empresariales y de...*, utilización que usted desconoce y rechaza para solicitar (i) que el banco le facilite la información que conoce sobre ese beneficiario; y que (ii) no se le cobre esa suma de dinero mientras se le facilita la información que pide.

2º.- El banco analizó su caso y nos comunicó que la Gerencia Nacional de Medios Electrónicos comparó la firma que quedó estampada en el *voucher* con la que se ve en el comprobante de recibo de la tarjeta y como las encontró similares negó la posibilidad de reintegro que usted ha formulado. Como el banco nada dijo sobre la solicitud que usted hizo para que esa entidad financiera le facilite la información que conoce sobre el beneficiario de la orden de pago que usted impugnó, sobre ese asunto haremos algunas precisiones más adelante, dejando en claro desde ahora que:

**2.1.-** Nosotros también cotejamos las dos firmas, la no impugnada y la que usted rechaza como suya, y la simple comparación nos sugiere que son análogas, es decir, que son similares.

**2.2.-** El Banco... no hizo un estudio documentológico y grafotécnico pero a simple vista nosotros concluimos que en las dos firmas puede haber inconsistencias derivadas de una falsificación, diferencias que no se podrían advertir en un proceso normal de visación o cotejo porque para ello se requieren tiempo, instrumental y conocimientos especiales de grafología identificativa.

**2.3.-** Como la operación bancaria implica riesgos que el banco debe prever, antes de definir un cargo en cuenta el banco debe verificar que el *voucher* no presente falsificación por alteración, es decir que no presente "borrado físico, adición sustitutiva o retoques". También debe comparar la(s) firma(s) ordenantes (s) dubitable(s) con la(s) firma(s) indubitable(s) sin acudir a instrumental óptico y de medición especializados para establecer si discrepan en las proporciones, las dimensiones o las distancias, sino a simple vista debe hacer el examen para analizar el conjunto gráfico porque el proceso que se cumple es masivo y no permite ni exige verificar si el falsario ha imitado la firma genuina y ha logrado animarla con la espontaneidad, movimiento, presión y automatismo que tipifican el gesto gráfico genuino objeto de la imitación, particularidades que un experto sí puede establecer. Para definir la responsabilidad del banco lo que importa es si

las inconsistencias de la falsificación se pueden advertir o no a simple vista y como en este caso ello no parece ser así, creemos que el banco no es responsable y que el cargo es correcto.

Sin embargo, la duda se puede disipar con el dictamen que podría rendir un documentólogo forense, trabajo que implica un gasto que usted debería asumir si estuviera interesada en ese servicio, el que se justificaría y resultaría expedito y aprovechable si el experticio lo solicita después de comunicarse personalmente con el banco. A nadie se le puede ocurrir que el banco es indecente a su suerte y que nada le importa lo que ha sucedido. La verdad es otra: el banco está y debe estar interesado en conocer los hechos en detalle ya sea para evitar que vuelvan a suceder, para analizar el comportamiento del beneficiario del pago que usted rechaza y para analizar el comportamiento suyo, de tal modo que enterado el banco de las minucias pueda ratificar la decisión que usted conoce o pueda modificarla. Para estos efectos es necesario que usted busque un acercamiento personal con el gerente de la oficina donde están radicados sus negocios, le exponga sus puntos de vista, analice los que le presente el banco y tome entonces la decisión que considere más razonable, teniendo en cuenta que la firma es falsa en cuanto no proviene del puño y letra del ordenante o girador y que tal falsedad sólo se puede establecer con "*instrumental especial y conocimientos en grafología identificativa*".

**2.4.-** Esta Defensoría ha entendido que la responsabilidad del banco en el caso de pagos o cargos que se basan en cantidades o firmas falsificadas o adulteradas la definen los contrastes perceptibles ordinariamente en el ambiente dentro el cual se cumple el cotejo de firmas o el visado, según el caso, trabajo que es especializado y profesional pero que no es científico, no se hace con microscopio binocular estereoscópico, radiaciones ultravioleta, luces episcópica, diascópica y rasante, compás de precisión, o con aplicación de los métodos grafonómico, grafotécnico y scopométrico, sino con herramientas, luces y experiencias comunes, que son las que se usan en las oficinas de los bancos por funcionarios especializados en estas operaciones, que no son ni actúan como grafólogos. Así, aunque es posible que técnicamente se establezca que determinada firma no es genuina, no por ello el banco que pague u ordene cargos con base en los documentos que presentan ese defecto es responsable porque su responsabilidad depende de que el proceso de visado no se haya atendido como es usual o de que las discrepancias entre los sellos y las firmas registrados y los utilizados en el caso concreto o los yerros, borrones, tachaduras y enmendaduras sean perceptibles en un proceso ordinario de visado en el que se supone intervienen personas especializadas que se desempeñan en un entorno de velocidad muy exigente. En este caso las semejanzas genéricas que existen entre la firma ordenante y la firma registrada hicieron viables los cargos y por ello el banco no debe responder

por el cargo que usted, con razones que no ponemos en duda, considera inaceptable.

3°.- Esta Defensoría considera que en este caso el comportamiento de Banco... ha sido el que la ley y el contrato de apertura de crédito le exigen y por ello mismo cree que en las actuales circunstancias no hay lugar al reintegro que usted pide.

4°.- Esta Defensoría también considera que el banco está obligado a (i) facilitarle la información que conoce sobre el beneficiario del abono; (ii) poner su caso en conocimiento de VISA para promover su reclamación y, lo que es más importante, alertar a VISA sobre lo que puede estar sucediendo con el beneficiario del abono para que VISA adopte las medidas que le correspondan o le convengan; y, (iii) colaborar con usted, orientándola de la mejor manera posible.

**El banco percibirá la cuota de manejo hasta la terminación del contrato.**

**Compensación contra cargo a cuenta de ahorros.**

**El banco no puede compensar los dineros inembargables.**

**Ref: 07-1-2-445** (8 de febrero de 2008)

Con base en los documentos y comentarios que recibimos de Banco... hemos concluido que su queja se explica porque cuando recibió el extracto de una tarjeta de crédito emitida por el banco, observó que la totalidad de la deuda, que ascendía a \$1.101.406<sup>00</sup>, fue hecha exigible por el banco en un solo contado y por ello debitó esa suma del saldo disponible en una cuenta de ahorros de la que usted es o era titular en ese momento y al mismo tiempo el banco generó un cargo equivalente al 15% de la deuda, cargo que se relaciona con los honorarios de cobranza y que usted no ha podido comprender. Usted considera que nunca estuvo informado de la existencia de una obligación en mora, también cree que no hay lugar al cobro de esos honorarios porque nunca recibió llamada, notificación, aviso, demanda o percibió esfuerzo o diligencia de cobro que justifique ese cargo y también considera que desde el mes de enero del año pasado no ha tenido la posibilidad de utilizar la tarjeta de crédito, no obstante lo cual el banco sí ha venido cobrando, mes a mes, la cuota de manejo de esa tarjeta. Por todo lo antedicho usted solicita que el banco le reintegre el valor de los cargos relacionados con la cuota de manejo, que le devuelva también el valor que pagó por concepto de honorarios que no corresponden a servicio alguno y que solo satisfizo para evitar el reporte ante las centrales de riesgo.

El banco nos puso de presente que:

a.- La cuota de manejo se cobró hasta cuando usted tuvo un saldo pendiente por diferir, es decir, hasta noviembre de 2007, con apoyo en la cláusula 9° del contrato de apertura de crédito.

b.- El cargo de las exigibilidades derivadas del uso de la tarjeta de crédito contra el saldo disponible en su cuenta de ahorros se explica porque en el formulario que contiene la solicitud de tarjeta de crédito está inserta una cláusula que textualmente dice así: “*el usuario autoriza irrevocablemente al banco para cargar en su cuenta corriente o de ahorros o para debitar cualquier suma o depósito que tenga sin previo aviso todas las sumas que esté debiendo más los intereses, derechos, reexpedición, compras efectuadas al amparo de la tarjeta y cualquier otro valor que tenga a su cargo*”, cláusula que produjo consecuencias porque la tarjeta presentaba una mora superior a 90 días.

c.- En cuanto al cobro de honorarios y al IVA correspondiente el banco considera que ese cobro se explica porque en el contrato de *apertura de utilización de la tarjeta de crédito* la cláusula XXI dice “*en caso de acción judicial o extrajudicial, correrán por cuenta del usuario todos los gastos del proceso y honorarios de abogados que se causen para el recaudo, de acuerdo a las gestiones realizadas para el efecto*”.

Con base en el texto que contiene la queja antes mencionada y en las explicaciones que conocimos del banco hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1°.- *Sobre la cuota de manejo nuestra opinión se resume así:* Como en desarrollo del contrato de apertura de crédito, el banco asume una serie de gestiones administrativas y operativas como el mantenimiento de la base de datos, la generación de extractos y los portes de correo, la suma de esos valores definen el valor de la que ordinariamente se denomina *cuota de manejo* o *cuota de administración*, que en esencia se explica como un cargo contable no financiero que está previsto en el contrato de apertura de crédito, regido por lo expresamente pactado entre el tarjetahabiente y el emisor del plástico y por lo que disponen los artículos 1.400 a 1407 del Código de Comercio, la Resolución 19 de 1988, expedida por la Junta Monetaria y el Decreto 2048 de 1996. El conjunto de gastos que acabamos de describir no se modifica ni se suspende porque el tarjetahabiente se abstenga de usar el cupo de crédito o porque el banco limite temporalmente el acceso a las disponibilidades concedidas y por ello el titular de la tarjeta ha de reconocer y pagar el valor de la “*cuota de manejo*” mientras exista el contrato. Queda claro entonces que terminada la relación contractual de la que deriva la expedición de la tarjeta el tarjetahabiente-deudor deberá pagar el saldo a su cargo (que resulta de las utilizaciones, los intereses corrientes o de mora y las cuotas de administración pendientes de pago) sin que haya lugar al pago de nuevas *cuotas de manejo* justamente porque el contrato que las originaba ha terminado y el emisor de la tarjeta ya no debe continuar administran-

do ese viejo contrato de apertura de crédito sino actuar como acreedor del saldo por pagar, sometida esa acreencia a las reglas ordinarias sobre créditos comerciales.

En este caso usted entiende que el bloqueo impide la causación de la cuota de manejo; el banco parece que tiene una opinión diferente porque considera que la cuota de manejo se causa mientras exista un saldo diferido por pagar. Nosotros pensamos que ninguno de esos criterios se ajusta al origen y al fundamento operativo de la cuota de manejo, la que no se causa porque se utilice o no el plástico ni porque exista un saldo por pagar derivado de las utilizaciones y otros cargos como intereses y cuotas de manejo sino porque existe el contrato de apertura de crédito. En consecuencia, el banco tiene derecho a percibir la cuota de manejo hasta cuando termine el contrato, asunto que las partes no mencionaron pero que el banco y usted mismo pueden establecer para definir la fecha exacta en la que cesó o cesará ese cobro y actuar de conformidad para que el banco proceda a reintegrar parte de lo cobrado o el tarjetahabiente pagar lo que debe.

**2°.-** Sobre la compensación que se deriva del cargo que el banco hizo contra el saldo disponible en la cuenta de ahorros, la opinión de esta Defensoría se puede resumir diciendo que nada legitima al deudor para abstenerse de pagar lo que debe. Sin embargo, en algunos casos el banco no puede afectar el saldo disponible en cuenta de ahorros porque esas sumas están sometidas a una especie de intangibilidad por razones legales. Nuestra opinión, que no favorece al banco en esto, se concreta así:

**2.1.-** Desde nuestro punto de vista la compensación no era posible. Nuestra opinión fluye de la circunstancia muy particular de la inembargabilidad de la cuenta de ahorros que impide la compensación que hizo el banco, la que no es posible porque el banco no puede compensar deudas a su favor y a cargo de sus clientes debitando el saldo de la cuenta de ahorros cuando el valor del cargo contable está por debajo del mínimo que la ley ha considerado inembargable, por las siguientes razones:

a.- El cargo contable que resulta de la compensación sería ilegal si afectó o comprometió la totalidad o parte de su salario mínimo legal vigente, circunstancia que impediría la compensación porque en esa hipótesis el obstáculo proviene de la ley laboral (art. 154 CST, modificado por el Art. 3° Ley 11/84) la que puede ser aplicable o no pero nada obsta para que se reconozca el privilegio que resulta del régimen de los depósitos de ahorros en cuyo favor existe un estímulo que se traduce en el beneficio de inembargabilidad sobre los saldos de ahorros inferiores a \$22.064.211<sup>00</sup> (Carta Circular 049, Superfinanciera de 2.006) o inferiores a \$ 23.199.735<sup>00</sup> entre el 1° de octubre de 2.007 y el 30 de septiembre de 2008. (Carta Circular 069 de 2.007, Superfinanciera).

b.- Si se tiene en cuenta que la compensación presenta cuatro clases: legal, facultativa, convencional y judicial y que para el caso nos interesa la primera,

la legal, se deberá poner de presente que ella procede cuando se trata de obligaciones (i) recíprocas (Art. 1714 C.C.); (ii) que tengan por objeto obligaciones fungibles del mismo género y calidad (Arts. 6663 y 1715 C.C.); (iii) que ambas sean actualmente exigibles (Art. 1715, Ord. 3° C.C.); (iv) que las dos obligaciones sean líquidas (Art. 1715 Ord. 2° C.C.); y (v) que los dos créditos sean embargables o que con respecto a ellos no exista prohibición de compensar (Arts. 1721, 2258 C.C.; Art. 154 del CST, modificado por el Art. 3° Ley 11/84; Arts. 156 y 344 CST; numerales 3, 4 y 5 del Art. 684 C.P.C., modificado por el Art. 1° Nral. 342 del D.E. 2282 de 1.989; artículo 29 del Decreto 2349 de 1.995, Nral 4° Art. 126, D. 663/93; Art. 19 D. 111/96; Art. 2° D.1807/94; Art. 74 Ley 46/90; el artículo 2° del Decreto 64 de 1.996, el artículo 9° de la ley 1066 que reformó el Estatuto Tributario, y la Cartas Circulares 049 de 2.006 y 069 de 2.007, expedidas ambas por la Superintendencia Financiera de Colombia; art. 17 Ley 1116; Art. 6° Ley 45 de 1.990; Art. 1° D 2250 de 2.000; D 1049 de 2.006; Art. 25 Ley 222 de 1995.), porque la compensación, en últimas, es una ejecución abreviada en contra del deudor.

c.- Podría decirse que el banco actuó con base en el artículo 1.715 del Código Civil y en ello tendría razón si no fuera porque esa regla –que obedece al más claro sentido de justicia porque como dijimos enantes nada legitima a los deudores para no pagar sus deudas- admite la excepción que se deriva de lo que disponen el artículo 2° del Decreto 2349 de 1.995, el artículo 2° del Decreto 64 de 1.996, el artículo 9° de la ley 1066 que reformó el Estatuto Tributario, y las Circulares 49 del 5 de Octubre de 2.006 y 069 de 2.007, expedidas ambas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

d.- En este caso, el régimen de inembargabilidad de los depósitos de ahorros impide la compensación legal hasta el valor que la ley ha dispuesto que se trate como inembargable, permitiendo entonces la compensación sobre el exceso con respecto a tal exclusión (\$23.199.735<sup>00</sup> a partir del 1° de octubre de 2.007, hasta el 30 de septiembre de 2008).

e.- Frente a las posibilidades de la compensación convencional es necesario señalar que las partes pueden superar las limitaciones y dificultades que impone la compensación legal, incluyendo en los contratos, como lo hizo el Banco ..., cláusulas que declaren compensables deudas recíprocas que no reúnan los requisitos antes descritos, casos en los cuales la compensación resultante ya no es la compensación legal sino la compensación convencional, posibilidad que es válida y legítima, facilita al banco la tutela de sus derechos y en la práctica deja en sus manos la definición del momento y de las circunstancias en las que se aplica ese acuerdo que muy bien le favorece. El acuerdo permitiría muchas alternativas como la de compensar deudas no vencidas (como los que se derivan de cuotas a cargo del cliente y un depósito con plazo pendiente), pero siempre le impediría a las partes remo-

ver por virtud del acuerdo las limitaciones que se originan en reglas de orden público como las relacionadas con cuotas alimentarias, el salario mínimo, la parte inembargable de los depósitos de ahorros o las dos terceras partes de las rentas brutas de los departamentos, los distritos especiales y los municipios y, en general, todos los derechos inembargables que por ser tales tampoco con compensables.

f.- Bajo el supuesto de que el saldo a su favor estaba amparado en la inembargabilidad, asunto que deberá establecer el banco para este caso concreto los dos valores (la deuda a su cargo y la deuda a cargo del banco por el hecho de ser depositario) se deberían mantener separados y sin posibilidad de compensación legal, ni de compensación potestativa pero sujetos sí a los intereses remuneratorios o de mora que a cada uno de ellos le corresponda.

g.- El banco carece de título para compensar los dineros que no puede embargar porque la compensación también supone que las sumas compensables sean embargables. Por esa razón el banco puede compensar sobre el exceso de lo inembargable, y por esa misma razón debe poner a disposición del titular de la cuenta de ahorros, junto con los intereses causados, los dineros que eran inembargables y que erróneamente compensó. Obviamente sobre el saldo en cuenta de ahorros se causarán los intereses convenidos pero sobre la cuota o sobre la deuda exigible se causarán los intereses que se pactaron pero como nada impide que las partes –usted y el banco- declaren que lo hecho les conviene así lo pueden hacer.

**2.2.-** En un caso anterior (408) el Banco... se apartó del dictamen que emitió esta Defensoría del Cliente y para ello hizo referencia al concepto 2003061116-del 1 de febrero de 2003 por medio del cual la Superintendencia Bancaria había dicho que en el caso de los depósitos de ahorro no es admisible la compensación legal pero que sí es aceptable la convencional porque a pesar de la especialísima protección con la que el sistema legal ha querido proteger los saldos disponibles en cuentas de ahorros por debajo de determinada cuantía, la autorización del ahorrador es suficiente para que ese beneficio deje de producir las consecuencias de amparo que la ley quiso establecer. La Defensoría considera que la opinión de la Superintendencia no es afortunada por las siguientes razones:

a.- Cuando la Superintendencia emitió el concepto que acabamos de mencionar olvidó que la inembargabilidad forma parte del conjunto de los denominados “*estímulos al ahorro*”, tales como el seguro de vida privilegiado, la posibilidad de los sorteos, la transmisibilidad de los saldos sin sujeción a las ritualidades del proceso sucesoral y la inembargabilidad, que no fue concebida como una simple excepción o apartamiento de las reglas de origen procesal y de origen civil sino como un “*estímulo*” que tenía y tiene como propósito fomentar en las clases menos favorecidas la formación progresiva de

ahorro para cubrir los riesgos de la vejez y los de los días de la improductividad o del desamparo.

b.- La Superintendencia también olvidó que el “beneficio de la inembargabilidad” se estructuró para que nadie, absolutamente nadie, ni siquiera los titulares de créditos de origen tributario o laboral, pudieran embargar ciertos saldos mínimos o saldos inferiores a determinadas cuantías, porque esta inembargabilidad quiso poner *parte de los ahorros* por encima de los privilegios y de las preferencia que regula el Código Civil para favorecer los créditos de carácter tributario o laboral, dándole al ahorro un especial reconocimiento, muy cercano al que ahora se le reconoce a los límites de la sobrevivencia que han dado lugar a las reglas constitucionales y a los tratamientos jurisprudenciales sobre “el mínimo vital”. No puede pensarse entonces que las pequeñas sumas de dinero que la ley consideró inembargables siguen siendo inembargables para todos los acreedores, aún los preferentes, pero sí pueden ser objeto de compensación a favor del banquero que administra las cuentas de ahorros del deudor; no porque el ahorrador haya tenido la perspicacia de construir una excepción para la excepción sino más bien porque el banquero ha introducido en los contratos de cuentas de ahorros cláusulas que se refieren a la renuncia de lo que nosotros consideramos irrenunciable.

**2.3.-** Como es obvio la Defensoría ha analizado juiciosamente este tema y lo ha valorado dentro del contexto y especial significado que tiene el sistema de ahorros en Colombia para tratar de mantener el beneficio de inembargabilidad con los alcances que el legislador quiso darle, que, repetimos, no son de sustancia procesal o estrictamente de origen civil, porque por encima del régimen de bienes y las ritualidades que se aplican en los procesos ejecutivos mixtos, son reglas concebidas para fomentar la cultura del ahorro y para proteger hoy lo que forma ese cuerpo mínimo de bienes y garantías que constituyen el mínimo vital. Tal vez así deben interpretarse estas reglas y no seremos ni el banco ni nosotros los llamados a cambiar de opinión porque las razones del banco parecen muy juiciosas y apoyadas en lo que dice la Superintendencia también parecen razonables pero de iguales atributos gozaría la opinión de la Defensoría del Cliente y sería entonces la Superintendencia Financiera de Colombia la que debería revisar el pronunciamiento que hizo el 3 de febrero de 2003, ya sea para confirmarlo y descalificar las conclusiones de la Defensoría o para retirarlo del conjunto de pronunciamientos aplicables a este tipo de operaciones y darle paso a la aplicación de la tesis que propuso esta Defensoría.

**Compensación contra cargo a cuenta de ahorros.**

**Nueva tesis: es posible compensar –bajo el supuesto de pacto expreso– deudas a cargo del ahorrador contra el saldo disponible en su cuenta de ahorros o corriente.**

**Ref: 08-1-2-194** (23 de mayo de 2008)

1º.- Su queja se explica porque usted era deudor de tres cuotas derivadas de la utilización de una tarjeta de crédito y sin que usted lo hubiera autorizado el banco decidió cargar el valor en mora y las exigibilidades pendientes de pago contra el saldo disponible en su cuenta de ahorros, dejándola en cero, razones por las cuales solicita el reintegro de los dineros que fueron objeto del cargo contable, exceptuando el valor de las tres cuotas en mora.

2º.- El banco nos ha puesto de presente que:

2.1.- En el contrato de apertura de crédito del que se deriva la tarjeta de crédito se convino una cláusula, la décima primera, según la cual *“El usuario autoriza irrevocablemente al banco para cargar en su cuenta corriente o de ahorros o para debitar cualquier suma o depósito que tenga, sin previo aviso, todas las sumas que esté debiendo más los intereses, derechos, reexpedición, compras efectuadas al amparo de la tarjeta y cualquier otro valor que tenga a su cargo.”*

2.2.- Al hacer el cargo contable el crédito a su cargo presentaba mora de más de treinta días y en varias ocasiones la mora fue de sesenta o noventa días.

2.3.- El crédito que se utiliza a través de la tarjeta de crédito admite la posibilidad de la aceleración del plazo, lo que conduce a la exigibilidad del saldo pendiente, incluyendo las partidas diferidas y no exigibles en ese momento, las que por virtud de la aceleración quedan vencidas.

3º.- Sobre lo acontecido y sobre la compensación que se deriva de los cargos que el banco hizo contra el saldo disponible en la cuenta de ahorros, la opinión de esta Defensoría se puede resumir así:

3.1.- La cláusula que menciona el banco es legalmente admisible y lo legitima para exigir la totalidad del saldo pendiente por causa de la apertura de crédito que dio lugar a la expedición de la tarjeta de crédito.

3.2.- Sobre el cargo de exigibilidades contra el saldo disponible en cuenta de ahorros esta Defensoría del Cliente expuso las razones que desde su punto de

vista impedían ese comportamiento, y para conocer la opinión de la SFC sobre ese particular le presentó el tema como consulta, lo que dio lugar a que mediante concepto fechado en el mes de mayo en curso esa entidad gubernamental ratificara la opinión que había expuesto en el oficio 2003061116- del 3 de febrero de 2003 por medio del cual la Superintendencia Bancaria había dicho que en el caso de los depósitos de ahorro no es admisible la compensación legal pero que sí es aceptable la convencional porque a pesar de la especialísima protección con la que el sistema legal ha querido amparar los saldos disponibles en cuentas de ahorros por debajo de determinada cuantía, la autorización del ahorrador es suficiente para que ese beneficio deje de producir las consecuencias de amparo que la ley quiso establecer.

**3.3.-** Por otra parte, el análisis económico de las dos interpretaciones favorece la compensación.

**3.4.-** La Defensoría del Cliente ha venido estudiando juiciosamente este tema y lo ha valorado dentro del contexto y especial significado que tiene el sistema de ahorros en Colombia dentro del cual el beneficio de inembargabilidad tiene los alcances que el legislador quiso darle, que, repetimos, no son de sustancia procesal o estrictamente de origen civil, porque por encima del régimen de bienes y las ritualidades que se aplican en los procesos ejecutivos mixtos, esas reglas fueron concebidas para fomentar la cultura del ahorro y para proteger hoy lo que forma ese cuerpo mínimo de bienes y garantías que constituyen el mínimo vital. Tal vez así deberían interpretarse estas disposiciones legales pero como la validez del convenio antes mencionado se presume y la opinión de la Superintendencia especializada en estos asuntos en dos ocasiones favorece esa práctica, la Defensoría del Cliente debe analizar los efectos de una interpretación diferente para acoger la tesis que favorece la compensación, no solo por lo antedicho sino también porque si se concluyera que esa compensación no está legalmente autorizada (lo que como ya se dijo admite argumentos a favor y en contra) el banco debería reintegrar a la cuenta de ahorros esos valores junto con los intereses para al mismo tiempo liquidar los intereses de mora sobre el abono que reverse contablemente e incrementar con el capital y los intereses de mora (liquidados sobre las cuotas en mora o sobre el total de la deuda si dispone la aceleración del plazo) el nuevo saldo a cargo del deudor, lo que agravaría su situación financiera, lo que no sucedería en el caso contrario porque si se validara el cargo contable la deuda se reduciría en beneficio de las dos partes.

**3.5.-** Resumiendo, esta Defensoría -teniendo en cuenta el régimen legal sobre el beneficio de inembargabilidad- en su momento expuso las razones a favor de la primera alternativa (la que niega la posibilidad de la compensación) pero también ha observado que (i) ese asunto fue objeto de regulación expresa por las partes y que la cláusula que recoge esa declaración de voluntad goza de la presunción

de validez, lo que le da fuerza y aplicabilidad mientras un juez o la Superintendencia Financiera de Colombia no digan cosa diferente; y que (ii) después de consultar la opinión de la Superintendencia ha visto que para esa entidad este tipo de compensación es admisible, razones a las cuales se agregan los efectos económicos de una y otra interpretación, que como ya se dijo, en el caso de negar la admisibilidad de la compensación resultan perjudiciales para las partes y sobre todo para el deudor, potísima razón que nos anima a modificar la tesis que expusimos hasta hace muy poco tiempo y acoger la posibilidad de compensar –bajo el supuesto de pacto expreso- deudas a cargo del ahorrador contra el saldo disponible en su cuenta de ahorros o en su cuenta corriente.

**3.6.** En consecuencia, no hay lugar al reintegro que solicita el quejoso y en este caso concreto nada se le puede reprochar al banco.

## 17. HIPOTECA

### **Hipoteca abierta. También cubre honorarios.**

**Ref:- 05-1-43-143** (5 de diciembre de 2005)

La comunicación que recibimos el 28 de septiembre que acaba de pasar fue puesta en conocimiento de Banco... para conocer sus puntos de vista y con base en la carta que le dio origen a esta actuación y las explicaciones de esa entidad financiera hemos concluido lo siguiente:

1º.- Su queja se relaciona con el pago del saldo que se deriva de la utilización de una tarjeta de crédito que está o estuvo a nombre de don M..., quien le vendió un inmueble hipotecado al Banco... haciéndose cargo el comprador de pagar el saldo que se definió en \$16.200.000, suma que usted pagó antes del tiempo convenido y que ha dado lugar que usted solicite un paz y salvo que el banco no le expidió porque por causa de la mencionada tarjeta de crédito existía un saldo por pagar, a cargo del señor M....

2º.- Hemos analizado con detenimiento los detalles de cuanto se relaciona con su caso y los documentos que recibimos el 21 de octubre y el 23 de noviembre, entre los cuales no pudimos tener en cuenta el texto de la hipoteca ni pudimos analizar las razones del cobro de honorarios porque de tales documentos y consideraciones nada recibimos del banco. Así, parte de las decisiones que adoptará esta Defensoría son condicionales.

3º.- Si la hipoteca que constituyó el señor M... es de aquellas que regula el artículo 2455 del Código Civil, esa hipoteca no solo ampara la suma de \$16.200.000, sino cualquier otra deuda contraída por el señor M... a favor del banco, lo cual significa que también ampara el saldo que por causa de la tarjeta de crédito le cobraron a usted en febrero y abril de 2.005. Ahora bien, si la hipoteca no es abierta, mal hizo el Director de la Oficina de Anolaima en exigir el pago de esa suma de dinero (la relacionada con la tarjeta de crédito) y en condicionar la entrega del paz y salvo. Para que este asunto quede claro el banco deberá precisar esta circunstancia y explicarle la extensión de la cobertura que se deriva de la hipoteca en el buen enten-

dido de que si esas deudas y los créditos conexos (los honorarios y los gastos de cobranza) no estaban amparadas por la hipoteca, el banco deberá reintegrarle lo pagado por ese concepto junto con los intereses correspondientes.

**4°.-** En lo que tiene que ver con los honorarios, se debe tener en cuenta que la hipoteca abierta también los cubre pero tales honorarios sólo se causan si el banco contrata los servicios de un abogado, caso en el cual se deben liquidar sobre las sumas adeudadas, razones por las cuales el banco deberá explicarle en detalle lo relacionado con este punto en concreto para que usted conozca información sobre el tipo de hipoteca que afectaba el inmueble, el nombre del abogado, el valor de la deuda que estuvo bajo el encargo de cobranza, la fecha en la que se presentó la demanda y lo relacionado con el estado actual del proceso.

**5°.-** La Defensoría entiende que en casos como el suyo es necesario que las razones de lo que se decidió o se hizo se expliciten para que el cliente, conociendo esa información, quede bien informado, lo que implica un servicio del banco que le servirá para comprender tanto su propio caso como las razones que tuvo el banco para obrar de determinada manera. Sobre este aspecto, que valoramos en su justa medida, hemos considerado pertinentes las siguientes observaciones:

**5.1.-** Es cierto que el postulado de la autonomía de la voluntad privada inspira cuanto se relaciona con las diversas etapas que se identifican en la dinámica de los contratos bancarios, como la precontractual, la de vigencia del contrato y la etapa de terminación y liquidación de esas relaciones. Sin embargo, la libertad del banco no es tan amplia como la que se admitiría si se tratara de negocios ordinarios en los que no influyen los criterios relacionados con los servicios públicos, como son: *la igualdad de condiciones para el acceso al servicio, la igualdad de trato, la no discriminación y la terminación por causa razonable*. La Corte Constitucional ha entendido que en estos asuntos influye en amparo de los derechos fundamentales por el “*carácter de interés público que ostenta la actividad bancaria*” (Cfr. Sentencia T-468 de 2.003: M.P. Rodrigo Escobar Gil).

**5.2.-** Es inocultable que ciertas decisiones en las que al cliente o al usuario ocasional no se le explican las razones sino se le exigen determinados comportamientos pueden restringir un servicio público o pueden vulnerar la iniciativa privada, lo que no ha sucedido en este caso; o pueden comprometer la personalidad jurídica y el derecho a la igualdad de los afectados (Cfr. sentencias de unificación SU-157, SU-166 y SU-167 de 1999) lo que sí puede estar sucediendo.

**6°.-** Muy posiblemente la hipoteca a la que nos venimos refiriendo es de las denominadas abiertas y en tal caso el banco bien puede cobrar con esa garantía cuanto se le deba, lo que usted debe tener en cuenta para ver si el señor M... actuó con la

---

claridad y rectitud que exigen los artículos 1.603, 1618 a 1624 del Código Civil y el artículo 835 del Código de Comercio.

Esta es la opinión del suscrito Defensor del Cliente, condicionada a elementos que no hemos podido apreciar pero que el banco debe satisfacer en breve tiempo para que usted comprenda las razones de lo que banco decidió en relación con estas cuentas, y para que se hagan los reintegros si a ellos hubiere lugar.

## 18. PAGARÉ

### **Paz y salvo por la prescripción de la acción.**

**Ref.- 08-1-2-223** (23 de junio de 2008)

**1°.-** Su queja se explica porque usted, junto con doña R... y Á... le solicitaron a Banco que les expidiera un paz y salvo porque un pagaré que estuvo a su cargo fue objeto de un proceso ejecutivo que se tramitó ante el Juzgado 53 Civil Municipal de Bogotá, proceso que concluyó con el reconocimiento de la prescripción de la acción cambiaria. El banco no ha accedido a expedir el paz y salvo o la certificación que a ustedes les interesa y desde su punto de vista esa circunstancia ha limitado algunas de sus actividades ordinarias.

**2°.-** El banco nos ha dado a entender que la sentencia a la que usted se refiere “no declaró que la obligación estuviese pagada” y que esa es la razón por la que se ha abstenido de expedir el paz y salvo, documento que expedirá si el deudor paga su obligación.

**3°.-** El suscrito defensor del cliente considera que el banco debe expedir la certificación que usted pide teniendo en cuenta que:

**3.1.-** Como el juzgado aceptó el desistimiento que la parte actora propuso a favor de doña R... y Á... , el reconocimiento de la excepción que usted propuso ante el Juzgado solo lo beneficia a usted mismo según puede verse en la copia informal de la sentencia que recibimos como anexo de la queja.

**3.2.-** El quejoso no ha solicitado que el banco certifique o declare que él como deudor que fue del pagaré 06... pagó la deuda que estuvo a su cargo y toda su solicitud se concreta que el banco le expida un paz y salvo o una certificación equivalente. Siendo así las cosas, la excusa del banco nada tiene que ver con lo que se le pide.

**3.3.-** Por cuanto la prescripción de la acción cambiaria de un título valor de contenido crediticio lleva implícita la extinción de las acciones relacionadas con el negocio subyacente según el artículo 882 del Código de Comercio, la verdad es que por virtud de la sentencia a la que nos venimos refiriendo actualmente el quejoso nada debe por causa de ese pagaré y del negocio subyacente que le dio

origen y por el banco nada de lo que le debía el otorgante del pagaré le puede cobrar judicialmente.

**3.4.-** El banco debe expedir el certificado que solicita el quejoso mencionando en ese documento cuantas circunstancias o antecedentes considere necesario precisar, pero la certificación es razonable y el banco debe predisponerse a tramitarla prontamente.

## 19. COBRO DE CARTERA

### Intereses de mora.

### Tardanza del banco intermediario.

Ref:- 05-1-44-110 (16 de noviembre de 2005)

El 14 de octubre de 2005 esta Defensoría recibió la carta por medio de la cual nos comunica que el pago de una cuota que canceló el 8 de noviembre en las oficinas de Colpatría se le abonó el 28 del mismo mes y que por ello considera abusivo el cobro de intereses de mora que está liquidando Banco...

Del escrito que acabo de mencionar le dimos traslado a Banco... para conocer su opinión y recibida la respuesta hemos concluido lo siguiente:

1º.- En primer término, usted tiene razón cuando dice que como cliente de Banco... nada tiene que ver con la tardanza en que incurrió el Banco X para reportar el pago.

2º.- En segundo término, usted está equivocada cuando cree que las deudas con Banco... las puede pagar en cualquier banco que tenga relaciones con VISA *porque VISA pertenece al sistema bancario*. Ello no es así y no nos detenemos en particularidades porque ese no es el tema fundamental de su queja y sólo lo mencionamos para despejar equívocos.

3º.- Posiblemente usted está en un error porque Banco... aplicó el pago el mismo día que recibió el abono y en la misma fecha reversó el cargo que por valor de \$786<sup>00</sup> le estaba haciendo por intereses de mora, decisión que coincide con lo que usted ha puesto de presente y que se puede resumir diciendo que *quien paga una cuota en un banco intermediario o corresponsal del banco acreedor no puede sufrir daño por la tardanza en la que incurra el banco intermediario*.

### Derechos del cliente.

### Cobro sin excesos ni hostigamientos.

Ref:- 06-1-44- 082 (22 de junio de 2006)

1º.- Su queja se explica porque considera que la señora Gerente de la Oficina Centro Neiva, doña C..., quebrantó la reserva bancaria y afectó su buen nombre y el de

quienes intervienen como codeudores de un crédito a su cargo porque como usted entró en mora por no pagar dos cuotas de una obligación a plazos, ella llamó al empleador de un codeudor y le dejó mensajes explícitos y advertencias de embargos y, por otra parte, fue hasta la casa de habitación de otro codeudor para advertirle sobre la inminencia del embargo y lograr un compromiso de pago bajo amenaza o temor.

**2°.-** Banco... analizó este caso con detenimiento y concluyó que la visita y la llamada telefónica sí ocurrieron, pero introdujo algunos matices que en realidad no modifican el fondo de lo que en este caso va a decidir esta Defensoría.

**3°.-** El suscrito Defensor considera lo siguiente:

**3.1.-** Sobre lo primero, es decir lo que tiene que ver con las gestiones de cobro que el banco adelantó frente a los dos codeudores, no podemos censurar que el banco se comunique con ellos porque en presencia de la mora -así sea muy reciente- el acreedor puede, a su arbitrio, apremiar el pago ante el codeudor, ante el deudor principal o ante los dos porque ambos son responsables de la obligación.

Es inocultable que en ocasiones, más frecuentes de lo deseable, los apremios de algunas entidades financieras resultan inoportunos porque se hacen en días festivos, en horas de descanso, a través de los hijos del deudor o a través de personas que tienen a su cargo el servicio doméstico. A veces la gestión es demasiado enérgica y a veces es imprudente pero también es cierto que en algunas ocasiones el deudor exagera la sensibilidad y ambos olvidan que lo razonable está en el justo medio. Es decir, el deudor debe entender que la mora no se causa por culpa del acreedor sino por otras razones, comprensibles casi todas pero intrascendentes para lo que tiene que ver con la dinámica de las gestiones de recaudo, como sucede con las limitaciones de salud, la tardanza del empleador o el desajuste entre las fechas de pago y las fechas de vencimiento de las cuotas por pagar; y, por su parte, el acreedor debe cobrar con respeto, en horas adecuadas, sin intimidar a su cliente, sin desprestigiarlo y sin presiones o amenazas porque no necesita de esos instrumentos ya que las leyes le confieren garantías y alternativas de cobro que en términos generales se pueden considerar satisfactorias.

**3.2.-** La Defensoría ha revisado los manuales de cobranza y de cobro prejurídico que utiliza el banco y observa que allí nada se dice sobre estas imprudentes visitas domiciliarias y que por ese motivo los gerentes deben abstenerse de desplegar tanta presión en el proceso de recaudo y permitir que el Banco... haga lo que a ella le corresponde en esta etapa. Ya verá el cliente si paga, solicita un plazo adicional, abona la deuda o toma otra decisión. El banco tomará la suya y deberá hacerlo sin fuerza y sin intimidación.

**3.3.-** Esta Defensoría no tiene elementos de juicio que le permitan dar por cierta una o otra de las tantas cosas dichas y por ello a todas las considera verdaderas porque igual credibilidad le merecen el quejoso y el banco.

### **Derechos del cliente.**

**Cobro sin excesos ni hostigamientos.**

**Seguro que ampara el crédito.**

**Ref.- 06-1-44-105** (17 de julio de 2006)

**1º.-** Su queja se explica porque la señora M..., empleada de Banco..., cuando se acerca la fecha prevista para el pago de cada cuota, comienza a llamar desde las seis de la mañana hasta altas horas de la noche o llega a su casa, se sienta en la sala, lo que para ustedes es motivo de desesperación y un verdadero calvario. Por otra parte, desean conocer el estado del seguro que ampara el crédito que estuvo a cargo de usted y de su señora esposa (q.e.p.d.), información que doña M... no les ha facilitado.

**2º.-** En relación con el seguro, el banco ha precisado lo siguiente:

- a.- *La póliza expedida por C... presenta como asegurado a J..., quien tomó el seguro de vida. La señora M... no tomó el seguro de vida.*
- b.- *Las primas del seguro de vida sólo se han liquidado por el seguro de don J..., titular del crédito.*
- c.- Como se trata de una póliza colectiva, para obtener la copia es necesario que usted presente solicitud escrita.

**3º.-** En lo que tiene que ver con la oportunidad, horario e intensidad de las gestiones de cobro esta Defensoría ha considerado lo siguiente:

- a.- El acreedor tiene derecho a cobrar lo que le pertenece, pero debe hacerlo con respeto del deudor, en horas y en lugares adecuados. En consecuencia, no son razonables las llamadas telefónicas en la madrugada, en horas avanzadas de la noche y mucho menos son aceptables las visitas de cobro al filo de la media noche.
- b.- En presencia de la mora –así sea muy reciente– el acreedor puede, a su arbitrio, apremiar el pago ante el codeudor o ante el deudor porque ambos son responsables de la obligación.
- c.- Es inocultable que en ocasiones, más frecuentes de lo deseable, los apremios de algunas entidades financieras resultan inoportunos porque se hacen en días festivos, en horas de descanso, a través de los hijos del deudor o a través de personas que tienen a su cargo el servicio doméstico o los apre-

mios se hacen con tanta energía que se acercan a la ofensa. Pero también es cierto que a veces el deudor exagera la sensibilidad. Lo razonable está en el justo medio. Es decir, el deudor debe entender que la mora no se causa por culpa del acreedor sino por otras razones, comprensibles casi todas pero intrascendentes para lo que tiene que ver con la dinámica de las gestiones de recaudo, como sucede con las limitaciones de salud, la tardanza del empleador o el desajuste entre las fechas de pago y las fechas de vencimiento de las cuotas por pagar; y, por su parte, el acreedor debe cobrar con respeto, en horas adecuadas, sin intimidar a su cliente, sin desprestigiarlo y sin presiones o amenazas porque no necesita de esos instrumentos ya que las leyes le confieren garantías y alternativas de cobro que en términos generales se pueden considerar adecuadas.

d.- En situaciones como estas, en las cuales lo dicho por el peticionario difiere de lo dicho por el banco, damos por cierto cuanto afirma el quejoso y también entendemos que lo dicho por el banco es verdadero, criterio que se debe mantener mientras ninguno de los dos extremos aporte pruebas que le den mayor credibilidad y mérito a sus afirmaciones. Si no obra prueba documental, testimonial o de otra naturaleza, como aquí ocurre, la Defensoría no puede romper el equilibrio y darle mayor crédito al quejoso o al banco.

e.- La experiencia demuestra que cuando el funcionario del banco adelanta gestiones de cobro que el deudor considera inoportunas, tales diligencias -según el funcionario- no implican exceso o impropiedad alguna, lo que contradice lo que afirman uno y otro y no es tema que la Defensoría deba controvertir porque usted, como quejoso, tiene una percepción de agravio que seguramente no va a modificar en breve tiempo y la empleada del banco entiende que está obligada a agilizar el pago de la cartera que se halla bajo su administración. Sin embargo, como al banco le importa que esos malos tratos no ocurran y que las deudas en mora se regularicen, debe evaluar el tema para persistir en el cobro de lo que se le debe sin caer en excesos o en hostigamiento, lo que no necesita porque las leyes le conceden opciones procesales que puede hacer valer según lo considere necesario o no.

### **Aceleración del plazo pendiente.**

#### **Tratamiento de los abonos a deudas en mora.**

**Ref:- 06-1-43- 098** (11 de septiembre de 2006)

Su queja se explica porque los dineros que le entregó al banco para cancelar una o dos cuotas que estaban en mora no se aplicaron a esa finalidad sino que se dejaron como *depósito especial* o *depósito en garantía* y la deuda se envió al cobro judicial, lo que ha dado lugar a un pleito que usted no desea, ha impedido regularizar la deuda y ha generado reportes en las Centrales de Riesgos, todo lo cual la afecta

personal y patrimonialmente.

Con base en la carta que contiene la queja, los documentos y las explicaciones que recibimos del banco hemos concluido que:

1º.- Las cuotas se pagaron con tardanza porque el primer pago se hizo con mora de 41 días, la segunda cuota con mora de 7 días, la tercera con 15 días y la cuarta con 82 días, lo cual objetivamente explica la decisión de iniciar el cobro jurídico.

2º.- El abono que se hizo el 25 de noviembre necesariamente ha debido imputarse a la deuda en esa fecha, sin que para ello interese si la deuda estaba o no al cobro en un proceso judicial, si ya se había presentado la demanda, si la demanda se había admitido o si se había cumplido o no la notificación.

3º.- Usted solicitó la consolidación de la deuda el 17 de febrero de este año y el banco la concedió el 3 de marzo, pero usted no quiso firmar el pagaré por razones que son respetables pero que no vienen al caso, pues lo que interesa por ahora es definir si con el pago parcial la deuda quedó al día o no. Para ello es indispensable establecer cuál es la fecha de presentación de la demanda, dato que no conocimos pero que usted y el banco deben precisar por qué: (i) si el abono se hizo antes de la presentación de la demanda al reparto judicial (para nada importa la admisión) y en el momento de hacerlo la cuantía del abono fue suficiente para regularizar el crédito, en ese instante la aceleración del plazo no era posible ya que ese fenómeno se produce con la presentación de la demanda y no antes, según tiene establecido la jurisprudencia nacional; (ii) si el abono se hizo después de presentada la demanda y el banco dispuso la aceleración del plazo, la imputación del abono no se modifica pero los efectos de la aceleración modifican las bases numéricas que se deben tener en cuenta para calcular la mora.

4º.- El banco no está interesado en pleitos y usted puede animar un arreglo comercial. Para ello deberá comunicarse personalmente con la oficina donde están radicados sus negocios y analizar las alternativas que faciliten un acuerdo razonable.

### **Condonación de honorarios de cobranza.**

#### **Acuerdo de pagos.**

#### **Desplazados por la violencia.**

**Ref:- 06-1-43- 171** (15 de octubre de 2006)

1º.- Su queja se explica porque en dos oportunidades se ha dirigido al banco para presentar su caso y lograr que se condonen los intereses de un crédito que está a su cargo, se le condonen los honorarios de cobranza y se le permita pagar la deuda con

cuotas anuales y con un plazo que podría estar entre cinco y siete años.

El banco, a través de la *Vicepresidencia de Crédito-Gerencia de Cobranza Especializada* nos presentó sus puntos de vista y con base tanto en la carta que usted nos envió como en los documentos que recibimos del banco hemos llegado a las siguientes conclusiones:

2º.- Como la Red de Solidaridad Social ha certificado que usted tiene el estatus jurídico de *desplazado por la violencia*, esa calidad le permite acogerse a lo establecido en la Circular Reglamentaria CR-089, expedida por Banco... en julio de 2005.

3º.- La Circular CR-089, tal como se los comunicó el banco en su oportunidad:

3.1.- Les da la posibilidad de normalizar la deuda a su cargo a través de la reestructuración, la refinanciación e inclusive la extinción de la deuda por dación en pago, entre otras alternativas.

3.2.- Si el acuerdo condujera a la extinción total de la deuda en esa hipótesis sería admisible la condonación parcial de los intereses. Vale decir que la reestructuración que conduce a modificar el plazo o a modificar la tasa de interés no implica la condonación parcial de los intereses y que en ningún caso la condonación total es posible. En resumen, la refinanciación o lo que se convenga para normalizar ese crédito sin extinguirlo, dará lugar al cobro de intereses corrientes, seguros de vida deudores, y otros cargos porque también se aplicarán el cuatro por mil y el impuesto de timbre si a ello hubiere lugar.

3.3- La Circular Reglamentaria CR-089, reconoce que el *desplazado por la violencia*, tal como sucede con las víctimas del desplazamiento interno, el secuestro y la desaparición forzada, soporta una circunstancia constitutiva de fuerza mayor y por ello reconoce que mientras esas personas estén sometidas a la fuerza mayor y hasta un año después de la cesación de la fuerza, "*las obligaciones vigentes del secuestrado, desplazado o desaparecido siguen generando intereses remuneratorios, seguros de vida deudores, entre otros, pero, no se harán exigibles...*"

3.4.- Durante el tiempo que dure el desplazamiento, así como en la fase de readaptación, es decir durante el año siguiente a la cesación del hecho, la circular precisa que para todos los efectos al deudor se le tratará como si no se encontrara en mora y por lo tanto no se causarán intereses moratorios, ni habrá motivo para los reportes ante las Centrales de Riesgo.

3.5.- Las condiciones financieras bajo las cuales se puede normalizar este tipo

de cartera, una vez el deudor haya superado su situación y –obviamente- haya perdido la calidad de desplazado, son: la reestructuración, la refinanciación de la deuda, la novación, o cualquier otro negocio que permita regularizar la deuda vigente, para lo cual se *“pueden aplicar los alivios vigentes que el banco tenga por política para la normalización de la cartera”*<sup>1</sup>.

4º.- Como inicialmente ustedes propusieron refinanciar la deuda a 15 años, el banco les solicitó que fueran personalmente a una sucursal para que allí evaluaran esa alternativa y les explicaran cuáles son las alternativas que tienen para normalizar las obligaciones a su cargo. Ahora, a pesar de que proponen que la refinanciación se haga a cinco o siete años, el negocio es fundamentalmente el mismo y el banco no puede acceder a las condonaciones que solicitan, lo que no impide que ustedes logren una fórmula que permita conciliar los puntos de vista, aspiraciones y limitaciones de cada parte, para lo cual es necesario que usted busque una negociación concreta con el banco. Para este efecto debemos señalar que el banco, en carta del 11 de septiembre le solicitó actualizar los datos que permitan saber si a la fecha usted todavía conserva el estatus de desplazado, datos como sus nombres y apellidos, número de la cédula de ciudadanía, el Departamento y el municipio de origen. Esta Defensoría considera que su colaboración es definitiva para resolver su caso y que la reiteración de pedimentos en nada mejora sus expectativas.

5º.- La condonación de la deuda, según los reglamentos del banco, no es posible. La definición de un nuevo plazo es posible pero ese es asunto que deben resolver con los funcionarios de la oficina que atiende su caso.

### **Derechos del cliente.**

**Cobro sin excesos ni hostigamientos.**

**Reserva Bancaria deslegitima el cobro con razoneros.**

**Ref: 08-1-12-009** (23 de marzo de 2008)

1.- Su queja se explica porque un funcionario del banco, don V..., periódicamente establece comunicaciones telefónicas con usted y con su señor padre para apremiar con amenazas el pago de una obligación que usted no ha atendido dentro de los plazos convenidos con el banco y que presenta mora de veinte días.

2º.- El banco nos ha puesto de presente que ha analizado su queja para corregir los defectos y retroalimentar con esa experiencia el área que se encarga de estos asuntos.

3º. La Defensoría del Cliente sabe que el banco hará lo necesario para superar las dificultades que usted ha descrito no sólo porque la amenaza no es un sistema de cobranza ni de apremio para el pago, sino porque de ninguna manera se pueden

<sup>1</sup> Circular Reglamentaria CR-089 de julio de 2005.

aceptar las comunicaciones institucionales que tratan de animar la cobranza con el concurso de la parentela del deudor, del cónyuge, de los porteros de los edificios o de los Conjuntos Habitacionales, o con la ayuda de los vecinos o de las empleadas del servicio doméstico porque de por medio –como barrera infranqueable por el cobrador- está la reserva bancaria- que deslegitima el cobro con razoneros, cualesquiera sean los vínculos con el deudor.

**Derechos del cliente: Cobro sin excesos ni hostigamientos.**

**Derechos del acreedor: Cobro íntegro de lo que se le debe, incluso con energía y perseverancia, pero con respeto.**

**Ref:- 08-32-6-079** (25 de julio de 2008)

1°.- Su queja se explica porque desde su punto de vista la cooperativa Financiera ha desplegado esfuerzos desproporcionados para hacerle seguimiento al crédito a su cargo y a favor de esa entidad financiera. En efecto, como usted ha pagado algunas cuotas con retrasos de diez días o algo menos, la cooperativa le ha enviado mensajes de texto amenazándolo con reportarlo a las Centrales de Riegos, ha hecho llamadas telefónicas con el mismo propósito; y, lo que es peor, le envía telegramas a su codeudor para que se comunique con la oficina donde están radicados sus negocios, con lo que pone en entredicho su buen nombre y su dignidad y afecta el derecho a la intimidad, protesta que ya presentó en el buzón de quejas y reclamos sin que hasta el día de hoy haya recibido siquiera una llamada.

2°.- La cooperativa nos puso de presente que como la cooperativa Financiera ha entrado en una etapa en la que sus operaciones son objeto de seguimiento por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, las exigencias sobre calificación de cartera, reportes y provisiones son mayores y más estrictas que antes, lo que se explica porque con ese rigor la entidad de supervisión estatal busca para promover la solidez y estabilidad del ente que recibe y administra recursos del público.

3°.- Desde nuestro punto de vista la cooperativa Financiera atendió su preocupación con la amabilidad que era necesaria y aunque no identificamos motivo de crítica en el comportamiento de la Cooperativa y compartimos las explicaciones a las que acabamos de referirnos, deseamos hacer las siguientes precisiones:

**3.1.-** Es inocultable que la mora de alguno de sus clientes de una entidad financiera la obliga a desarrollar procesos logísticos que tienen como propósito alertar al moroso sobre las posibilidades de los reportes automáticos, las gestiones de cobro judicial, los cobros de honorarios, la inminencia de los intereses de mora que pueden agravar el costo del crédito. Esas advertencias no obedecen a mal-

querencia personal sino más bien a un servicio que en estricto sentido no es necesario porque en este tipo de operaciones de crédito los deudores, sin excepción, saben que la mora precipita numerosas adversidades.

**3.2.-** Nuestra experiencia nos permite afirmar que varias entidades no asumen los gastos que demandan estos mensajes de advertencia sino que al cabo de treinta días o más automáticamente generan los reportes negativos ante las Centrales de Riesgos y envían la cartera al cobro para iniciar los procesos de cobranza especializada. Esa manera de hacer las cosas es legal y moralmente aceptable porque el deudor debe velar por los vencimientos y pagar lo que debe en las fechas pactadas sin necesidad de apremios o reconvencciones del acreedor, quien no necesariamente debe estar tras el deudor y el codeudor para advertirles sobre los riesgos que ellos conocen.

**3.3.-** Asumir la gestión de advertencia puede dar lugar a malos entendidos porque el deudor en mora, sensible a los apremios, puede creer que esos mensajes lo descalifican como persona de bien, afectan su buen nombre y su dignidad y de paso quebrantan el derecho a la intimidad. Sobre estos asuntos y sobre la oportunidad, horario, intensidad y destinatarios de las gestiones de cobro esta Defensoría ha considerado lo siguiente:

- a.- Creemos que el acreedor tiene derecho a cobrar íntegramente lo que le pertenece pero también creemos que si puede actuar con energía y perseverancia ante el deudor que no paga siempre ha de hacerlo con respeto del deudor, en horas, en días y en lugares adecuados.
- b.- Desde nuestro punto de vista no son razonables las llamadas telefónicas en la madrugada, en horas avanzadas de la noche o en días festivos.
- c.- En presencia de la mora -así sea de escaso valor o muy reciente- el acreedor puede, a su arbitrio, apremiar y/o exigir el pago ante el codeudor, ante el deudor o ante los dos porque ambos son responsables de la obligación.
- d.- Es inocultable que en ocasiones los apremios de algunas entidades financieras resultan inoportunos porque se hacen en días festivos, en horas de descanso, por la emisoras regionales de radio, a través de los hijos o parientes del deudor, a través de personas que tienen a su cargo el servicio doméstico o porque se hacen con tanta energía que se acercan a la ofensa, pero también es cierto que a veces el deudor exagera la sensibilidad y se molesta por el más simple, ordenado y amable apercibimiento. Lo razonable está en el justo medio. Es decir, el deudor debe entender que la mora no se causa por culpa o por obra del acreedor sino por otras razones, comprensibles casi todas pero intrascendentes para lo que tiene que ver con la dinámica de las gestiones de recaudo, como sucede con la pérdida del empleo, las limitaciones de salud, la tardanza del empleador o el desajuste entre las fechas de

pago y las fechas de vencimiento de las cuotas por pagar; y, por su parte, el acreedor debe cobrar con respeto, en horas adecuadas, sin intimidar a su cliente, sin desprestigiarlo y sin acudir a presiones o amenazas porque no necesita de esos instrumentos ya que las leyes le confieren garantías y alternativas de cobro que en términos generales se pueden considerar adecuadas.

e.- No vemos ninguna razón que legitime el apremio (inoportuno o no) a quien no está en mora.

**3.4.-** Como el quejoso dice que presentó su caso en el buzón de quejas y reclamos sin que hasta el día de hoy haya recibido siquiera una llamada, la Cooperativa Financiera deberá establecer comunicación con él y atender la queja descrita.

Desde nuestro punto de vista la cooperativa ha actuado como se lo permiten las leyes y como en este caso concreto nada podemos censurar -salvo lo dicho en el ordinal 2.4.-.

## 20. HONORARIOS DE COBRANZA

### Cobro de honorarios de cobranza.

**Ref:- 06-1-43-213** (6 de febrero de 2006)

La queja que recibimos a finales del año pasado la pusimos en conocimiento de Banco... para conocer sus puntos de vista y con base en la carta que le dio origen a esta actuación y las explicaciones que recibimos de esta entidad financiera hemos concluido lo siguiente:

**1º.-** Su queja se contrae a dos asuntos: el primero se relaciona con la condición que le banco le ha puesto para recibir un abono o el pago de una obligación a su cargo, la cual consiste en que pague primero los honorarios; y el segundo se relaciona con el cobro de honorarios de abogado, los que usted considera que no se han causado porque jamás recibió noticia ni comunicación de ese abogado.

**2º.-** Sobre la primera parte de su queja, la que se concreta en que el banco no recibió el abono o el pago, entendemos que esa dificultad se superó porque para el banco las dos obligaciones quedaron al día el 20 de diciembre del año pasado.

**3º.-** Sobre la segunda parte de su queja podemos señalar que una de las obligaciones a su cargo presentó mora de 50 días y la otra presentó 34 días. Ante estas circunstancias es lógico suponer que el banco debía apremiar el pago y por ello le envió los casos a la doctora J..., quien ante la ausencia suya y por sugerencia que le hicieron en sus oficinas se comunicó con su hermano, don O..., quien reaccionó de mala manera. No obstante ello, la realidad es que usted estaba en mora, que el banco debía acelerar el recaudo, que el banco contrató una abogada para adelantar la gestión de cobro judicial y que en el pagaré a su cargo está previsto que en estos casos se causan honorarios que debe pagar el deudor. Para esta Defensoría los honorarios se causaron y son exigibles. Queda por averiguar lo relacionado con su cuantía, la que depende de lo hecho por la abogada y de la escala de remuneraciones que está contenida en la tabla o tarifa que el banco ha diseñado para estos efectos, recogida en la CR- 115, la cual deberá tenerse en cuenta para elaborar la liquidación que corresponda, que no depende de lo que considere el abogado sino de lo previsto en la tabla de tarifas y del grado o desarrollo de la gestión encomendada, elementos que se deberán tener en cuenta para preparar la liquidación de lo que usted debe pagar.

**Pacto sobre honorarios y gastos es lícito.****No basta la mora del deudor para el cobro de honorarios de cobranza.****Si el abogado que tuvo a cargo la cobranza es subordinado de la entidad financiera el cargo se debe tratar como intereses.****Ref.- 08-1-2-234** (24 de junio de 2008)

1º.- Su queja se explica porque después de atender el pago del saldo a cargo por la utilización de una tarjeta de crédito observó que el banco estaba cobrando honorarios de abogado por valor de \$146.818<sup>00</sup>, cobro que usted no considera razonable porque nunca recibió una comunicación ni una llamada telefónica que tuviera por objeto apremiar el pago y por ello solicita establecer si hay alguna gestión concreta que amerite el cobro de los honorarios o efectuar la reversión del cargo contable que obedecería a honorarios por la prestación de un servicio que no se prestó.

2º.- El banco nos puso de presente que la obligación que estuvo a su cargo presentó una mora de 90 días y que ello explica la liquidación del 10% de honorarios más IVA sobre cada pago o abono relacionado con esta cuenta. El banco también nos ha puesto de presente que este cargo está claramente autorizado en la cláusula vigésima primera del contrato de apertura de crédito y utilización de la tarjeta de crédito, en la cual se dice que a cargo del tarjetahabiente corren los gastos del proceso y los honorarios que se causen para el recaudo de las obligaciones.

3º.- La opinión de esta Defensoría se concreta en los siguientes términos:

3.1.- El pacto sobre honorarios y gastos de cobranza a cargo del deudor es lícito y de muy antiguo uso y aceptación en Colombia. No se debe perder de vista que el gasto que se deriva de la cobranza que se hace con el auxilio de abogados o firmas especializadas en esos servicios es consecuencia de la conducta (irregular o no) del deudor incumplido, deudor que por esa simple circunstancia, sin que sea necesario averiguar la causa de la mora, se somete a la regla según la cual *“los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor”* (artículo 1629 del Código Civil). Por lo tanto, corresponde al deudor asumir los costos que se desprenden de la gestión de cobro de la obligación en mora.

3.2.- Sobre el soporte legal de la facultad para cobrar a los clientes morosos el valor de los honorarios profesionales causados por el cobro *“prejurídico”*, esto es, *cobro extraprocesal y persuasivo*, la antigua Superintendencia Bancaria dijo que *“...la regulación de los aspectos como el que es materia de consulta queda involucrada en el escenario de las relaciones contractuales surgidas entre la entidad financiera y sus clientes, las cuales, como se señaló en precedencia, se determinan con base en el principio de autonomía de la voluntad, principio según el cual las partes contratantes pueden válida y*

*libremente acordar los términos y condiciones del convenio, hasta el punto de afirmarse que el contrato es ley para las partes, no existiendo para ellos más limitación que la impuesta por la ley positiva y las buenas costumbres.*

*Significa lo anterior que en desarrollo del contrato de mutuo, la entidad financiera prestamista y el cliente han debido contemplar aspectos como el que nos ocupa, esto es, señalar la forma o procedimiento a utilizarse para efectos de fijar o determinar el monto o porcentaje de los honorarios profesionales que eventualmente lleguen a causarse con ocasión del cobro, prejudicial o judicial, derivado de la mora en que incurra el deudor.”<sup>1</sup>*

**3.3.-** En su caso falta establecer la fecha en la que el banco envió el crédito a la cobranza de los abogados externos. De la fecha en la que ocurrió el envío dependen en parte, tanto el comienzo de la prestación de los servicios del profesional que intervino en el caso, como la causación y el valor de los honorarios y el IVA.

**3.4.-** El banco entiende que en estos casos los honorarios se causan por el hecho de hacer el denominado *reparto*, es decir por enviar la cuenta al cobro con el auxilio del abogado externo, pero la Defensoría entiende que si la causación y exigibilidad de esos derechos y del IVA correspondiente dependen de lo que el abogado haga, sea mucho o poco su servicio, es necesario que el servicio ocurra, que algo haga quien cobra y recibe honorarios por su trabajo, trabajo que –repetimos– puede ser muy esforzado o en extremo simple pero que es condición indispensable para que los honorarios se le puedan cobrar al deudor. Como a través del pago de los gastos de cobranza se trata de cubrir un costo, “no basta que el deudor esté en mora para que proceda el cobro de honorarios de cobranza” porque en todo caso será necesario que un abogado haya prestado sus servicios y que haya adelantado alguna gestión concreta. Sobre este particular, que como ya se dijo, también está conforme este Defensoría del Cliente, dijo la Superbancaria:

*“(...) la causación y exigibilidad de una suma de dinero a título de honorarios profesionales como consecuencia de un cobro prejudicial derivado de la morosidad, no debe obedecer a su sola y objetiva previsión contractual, ni al hecho de encontrarse per se en tal situación de anormalidad, sino que es necesario que el acreedor haya desplegado alguna actividad orientada a su cobro.*

*Significa lo anterior que el hecho aislado de incurrir en mora no puede ser tenido como bastante ni suficiente para exigir al deudor moroso el pago de una suma como honorarios por cobro prejudicial, puesto que es de la naturaleza de esta etapa su carácter y contenido*

*persuasivo, que se traduce en el intento, por cualquier medio legalmente admitido, por obtener el pago, para evitar de esta manera acudir a instancias superiores que se traducen necesariamente en la iniciación de acciones ejecutivas.*

*De exigirse el pago de una suma de dinero, por concepto de honorarios de cobro prejurídico, sin haber realizado el acreedor ninguna actividad con el fin de recuperar el dinero adeudado, dicho valor deberá reputarse como intereses de mora según lo ordenado por el inciso segundo del artículo 65 de la Ley 45 de 1990, según el cual toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo en el incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como intereses de mora, cualquiera sea su denominación".<sup>2</sup>*

**3.5.-** La carga de la prueba sobre la prestación de los servicios profesionales que justifican el cargo contable y la causación del IVA recae sobre la entidad vigilada por la SFC, entidad que podrá acoger como verdadero el informe de gestión que le presente el abogado externo.

**3.6.-** Si el cargo contable careciera de fundamento, porque el servicio no se prestó o porque de lo hecho por el abogado externo no hay prueba, el valor que se hubiere incluido en el extracto como saldo por pagar o, el valor que se hubiere cargado contra el saldo disponible en cuenta corriente o de ahorros, no se reputaría reintegro de lo pagado ni cobro de un gasto por pagar sino adición a los beneficios que corresponden al acreedor, lo que puede modificar el valor de los ingresos que se deben tratar como intereses percibidos por el banco. Sobre ese particular la Superbancaria ha dicho "(...) *no se reputarán intereses las sumas cuyo recaudo obedezca a rubros que no dicen relación directa ni indirectamente con la operación financiera de crédito propiamente dicha, siempre y cuando los desembolsos que haga el deudor no se traduzcan en utilidad alguna para el intermediario.*<sup>3</sup>

**3.7.-** Frente a la letra del artículo 65 de la ley 45 de 1.990 la Superintendencia Bancaria también ha advertido que esos ingresos no se deben tener en cuenta para liquidar la tasa de interés que se le cobra al deudor por causa de la mora, porque estas sumas no suponen un retribución para las entidades otorgantes del crédito, sino que, por el contrario, han significado una carga producto del comportamiento irregular del deudor.<sup>4</sup>

2 Dirección Jurídica. Concepto 96026142-1 del 21 de agosto de 1.996

3 Concepto 91016043-1 del 10 de septiembre de 1991. Retomado en concepto 96025735-1 del 15 de agosto de 1996 de la Intendencia de Bancos.

4 Superintendencia Bancaria. Concepto No. 91012688-2 del 14 de agosto de 1991.

**3.8.-** Como según el artículo 68 de la Ley 45 de 1.990 se imputarán como intereses las sumas que reciba el acreedor del deudor sin contraprestación distinta del crédito otorgado, aún cuando las mismas se justifiquen por concepto de honorarios, o las sumas que el deudor pague por concepto de servicios vinculados directamente con el crédito en exceso de las sumas que señale el reglamento, será necesario precisar si las sumas que por concepto de honorarios profesionales debe pagar el deudor incumplido constituyen o no intereses, y para tal efecto no solo es necesario verificar que la deuda estuvo al cobro por parte de un abogado sino que, además, también será necesario analizar cuál es el tipo de relación o vínculo que ese abogado tiene con la institución financiera encargada del cobro extrajudicial.

Bajo el anterior contexto, con el propósito de determinar si las sumas que por concepto de “honorarios profesionales de abogado” debe pagar el deudor incumplido de un crédito adquirido con una institución financiera constituyen o no intereses, resulta pertinente hacer referencia al pronunciamiento<sup>5</sup> que sobre el particular ha hecho la SFC en varias oportunidades, diferenciando dos situaciones:

*“a. Si el profesional del derecho a quien se le encomienda la gestión de recaudo del valor de la obligación incumplida se halla subordinado laboralmente a la respectiva institución financiera, en caso de arreglo directo o pago en la etapa prejudicial, (...) las sumas de dinero que se cobren y pague el deudor por concepto de ‘honorarios profesionales’ se reputarán como intereses, pues al ostentar la institución la calidad de patrono está obligada a pagar a su dependiente –abogado– un salario como retribución por sus servicios, siendo evidente que en este caso tales honorarios no tendrían contraprestación distinta al crédito otorgado.*

*“b. Si por el contrario, no existe subordinación laboral entre el profesional del derecho y la institución financiera, los honorarios que debe pagar el deudor no se incluirán dentro del concepto de intereses, como quiera que las sumas por tal concepto no las recibe el acreedor amén de que se causan por razones distintas al otorgamiento del crédito, como lo es el incumplimiento de la obligación”.*

*Así las cosas, tratándose de que la gestión de cobro extrajudicial se realice por un departamento interno de la institución, constituido por personas dependientes laboralmente de aquella, no se presenta la*

---

5 Superintendencia Bancaria. Concepto No. 91016043 del 10 de septiembre de 1991.

*causación de un costo adicional al salario que, por la sola condición de empleado, la institución debe pagar a aquél.*

*En consecuencia, a manera de conclusión para su consulta, las sumas que se cobren y paguen por el deudor en ese evento a título de "honorarios profesionales" se reputarán intereses, de conformidad con lo previsto en el artículo 68 de la Ley 45 de 1.990, por tratarse de sumas recibidas del deudor sin contraprestación distinta del crédito otorgado."*

4.- A manera de resumen, podemos decir que:

4.1.- El pacto sobre honorarios y gastos de cobranza a cargo del deudor es lícito y de muy antiguo uso y aceptación en Colombia. El soporte legal de esta práctica está en el artículo 1629 del Código Civil.

4.2.- De la fecha en la que el acreedor envió el crédito a la cobranza de los abogados externos dependen en parte, tanto el comienzo de la prestación de los servicios del profesional que intervino en el caso como la causación y el valor de los honorarios y el IVA.

4.3.- Los honorarios no se causan por el hecho de hacer el denominado *reparto*, es decir por enviar la cuenta al cobro con el auxilio del abogado externo porque la causación y exigibilidad de esos derechos y del IVA correspondiente dependen de lo que el abogado haga, lo cual exige que el servicio ocurra, que algo haga quien cobra y recibe honorarios por su trabajo, trabajo que -repetimos- puede ser muy esforzado o en extremo simple pero es condición indispensable para que los honorarios se le puedan cobrar al deudor.

4.4.- La carga de la prueba sobre la prestación de los servicios profesionales que justifican el cargo contable y la causación del IVA recae sobre la entidad vigilada por la SFC, entidad que podrá acoger como verdadero el informe de gestión que le presente el abogado externo.

4.5.- Si el cargo contable careciera de fundamento, porque el servicio no se prestó o porque de lo hecho no hay prueba, el valor que se hubiere incluido en el extracto como saldo por pagar o, el valor que se hubiere cargado contra el saldo disponible en cuenta corriente o de ahorros, no se reputaría reintegro de lo pagado ni cobro de un gasto por pagar sino intereses.

4.6.- Como según el artículo 68 de la Ley 45 de 1.990 se imputarán como intereses las sumas que reciba el acreedor del deudor sin contraprestación distinta del crédito otorgado, aún cuando las mismas se justifiquen por concepto de honorarios, o las sumas que el deudor pague por concepto de servicios vinculados direc-

tamente con el crédito en exceso de las sumas que señale el reglamento, será necesario precisar si las sumas que por concepto de honorarios profesionales debe pagar el deudor incumplido constituyen o no intereses, y para tal efecto no solo es necesario verificar que la deuda estuvo al cobro por parte de un abogado sino que, además, también será necesario analizar cuál es el tipo de relación o vínculo que ese abogado tiene con la institución financiera encargado del cobro extrajudicial. Para tal finalidad es necesario diferenciar dos situaciones:

- a.- Si quien tuvo a cargo la cobranza es un abogado que está subordinado laboralmente con la entidad financiera el cargo al que nos venimos refiriendo, así se le denomine honorarios de cobranza, se debe tratar como intereses para todos los efectos legales.
- b.- Si quien estuvo a cargo la cobranza es un abogado que no está subordinado laboralmente con la entidad financiera el cargo al que nos venimos refiriendo obedece al concepto de honorarios.

**4.7.-** Cuando los honorarios se justifican de la manera descrita enantes, esos ingresos no se deben tener en cuenta para liquidar la tasa de interés que se le cobra al deudor por causa de la mora, porque estas sumas no suponen un retribución para las entidades otorgantes del crédito, sino que, por el contrario, son el resultado de un gasto que no hubiera sido necesario si el deudor hubiera tenido un comportamiento regular u ordinario.

**La causación y exigibilidad de esos derechos dependen de la función desplegada.**

**No se reputarán como intereses si la entidad demuestra la actividad desplegada.**

**Ref:- 08-1-12- 120** (20 de octubre de 2008)

(...)

**3.3.-** En cuanto al pacto sobre honorarios y gastos de cobranza a cargo del deudor, es preciso decir que es lícito y de muy antiguo uso y aceptación en Colombia. No se debe perder de vista que el gasto que se deriva de la cobranza que se hace con el auxilio de funcionarios de la entidad o terceros facultados por ésta<sup>1</sup> en esos servicios es consecuencia de la mora del deudor incumplido, deudor que sólo por eso se somete a la regla según la cual *“los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor”* (artículo 1629 del Código Civil). Por lo

1 Cfr, Circular Básica Jurídica, Título I, Capítulo 6°, numeral 8.2.1., modificada por la Circular Externa 048 de 2008.

tanto, corresponde al deudor asumir los costos que se desprenden de la gestión de cobro de la obligación en mora.

**3.4.-** Sobre el soporte legal de la facultad para cobrar a los clientes morosos el valor de los honorarios profesionales causados por el cobro “prejurídico”, esto es, cobro extraprocésal y persuasivo, la SFC en la Circular externa 048 de 2008 dijo que *“se entiende por gastos de cobranza prejudicial toda erogación en la que haya incurrido la entidad vigilada por razón de las actividades desplegadas durante el ejercicio de la gestión de cobro prejudicial, tendientes a obtener la recuperación de su cartera, incluidos los honorarios profesionales, independientemente de que la gestión sea realizada directamente por funcionarios de la entidad o por terceros facultados por ésta”*.

Así mismo, la antigua Superintendencia Bancaria dijo que *“...la regulación de los aspectos como el que es materia de consulta queda involucrada en el escenario de las relaciones contractuales surgidas entre la entidad financiera y sus clientes, las cuales, como se señaló en precedencia, se determinan con base en el principio de autonomía de la voluntad, principio según el cual las partes contratantes pueden válida y libremente acordar los términos y condiciones del convenio, hasta el punto de afirmarse que el contrato es ley para las partes, no existiendo para ellos más limitación que la impuesta por la ley positiva y las buenas costumbres.*

*Significa lo anterior que en desarrollo del contrato de mutuo, la entidad financiera prestamista y el cliente han debido contemplar aspectos como el que nos ocupa, esto es, señalar la forma o procedimiento a utilizarse para efectos de fijar o determinar el monto o porcentaje de los honorarios profesionales que eventualmente lleguen a causarse con ocasión del cobro, prejudicial o judicial, derivado de la mora en que incurra el deudor.”<sup>2</sup>*

**3.5.-** De la definición que trae la reciente Circular Externa 048, podemos concluir sin asomo de duda que (i) la gestión de cobranza prejudicial puede ser realizada por un funcionario de la misma entidad o por terceros facultados por ésta; y (ii) la cobranza puede ser efectuada por cualquier persona designada por la institución financiera (léase secretarías, ayudantes etc.), es decir, no necesariamente por un abogado.

**3.6.-** La Defensoría entiende que si la causación y exigibilidad de los cargos por el cobro prejurídico y del IVA correspondiente dependen de lo que el funcionario

de la entidad o el tercero haga, sea mucho o poco su servicio, es necesario que el servicio ocurra, que algo haga quien cobra y recibe honorarios por su trabajo, trabajo que -repetimos- puede ser muy esforzado o en extremo simple pero que es condición indispensable para que los honorarios se le puedan cobrar al deudor. Como a través del pago de los gastos de cobranza se trata de cubrir un costo, *“no basta que el deudor esté en mora para que proceda el cobro de honorarios de cobranza”* porque en todo caso será necesario que un funcionario del banco o un tercero autorizado por éste haya prestado sus servicios y que haya adelantado alguna gestión concreta. Sobre este particular, que como ya se dijo, también está conforme esta Defensoría del Cliente, la Superintendencia Financiera de Colombia, en la circular externa atrás citada que vino a modificar la circular Básica Jurídica, expresa que: *“Todo cobro que se traslade al consumidor financiero por concepto de gastos de cobranza deberá implicar el despliegue de una actividad real encaminada efectivamente a la recuperación de cartera, y el costo de la misma deberá corresponder a los montos que hayan sido previamente informados a los deudores”*.

En ese orden de ideas, la Circular Externa 048 dispone que *“Se considera práctica no autorizada el cobro a los deudores por concepto de gastos de cobranza en forma automática, es decir, por el simple hecho de incurrir en mora o sin mediar gestión alguna tendiente a procurar el recaudo efectivo de la obligación”*.

Por esa razón en la Circular 048 que acabamos de mencionar se dice que: *“Los cobros deberán ser razonables y proporcionados a la gestión efectivamente adelantada”*.

**3.7.-** En la misma línea de pensamiento la antigua Superbancaria dijo que:

*“(…) la causación y exigibilidad de una suma de dinero a título de honorarios profesionales como consecuencia de un cobro prejurídico derivado de la morosidad, no debe obedecer a su sola y objetiva previsión contractual, ni al hecho de encontrarse per se en tal situación de anormalidad, sino que es necesario que el acreedor haya desplegado alguna actividad orientada a su cobro.*

*Significa lo anterior que el hecho aislado de incurrir en mora no puede ser tenido como bastante ni suficiente para exigir al deudor moroso el pago de una suma como honorarios por cobro prejurídico, puesto que es de la naturaleza de esta etapa su carácter y contenido persuasivo, que se traduce en el intento, por cualquier medio legalmente admitido, por obtener el pago, para evitar de esta manera*

*acudir a instancias superiores que se traducen necesariamente en la iniciación de acciones ejecutivas.*

*De exigirse el pago de una suma de dinero, por concepto de honorarios de cobro prejurídico, sin haber realizado el acreedor ninguna actividad con el fin de recuperar el dinero adeudado, dicho valor deberá reputarse como intereses de mora según lo ordenado por el inciso segundo del artículo 65 de la Ley 45 de 1990, según el cual toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo en el incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como intereses de mora, cualquiera sea su denominación”<sup>3</sup>*

**3.8.-** De acuerdo con el numeral 8.2.3, literal d, del Título I, capítulo 6 de la Circular Básica Jurídica, que fue modificado por la Circular Externa 048 de 2008, la carga de la prueba sobre las actividades realizadas tendientes a la recuperación de la cartera que justifican el cargo contable y la causación del IVA, recae sobre la entidad vigilada por la SFC y para ese fin deberán guardar un registro que incorpore todas las gestiones realizadas.

**3.9.-** Si el cargo contable careciera de fundamento, porque el servicio no se prestó o porque de lo hecho por el funcionario del banco o por un tercero autorizado por la entidad financiera no hay prueba, el valor que se hubiere incluido en el extracto como saldo por pagar o el valor que se hubiere cargado contra el saldo disponible en cuenta corriente o de ahorros, no se reputaría reintegro de lo pagado ni cobro de un gasto por pagar sino adición a los beneficios que corresponden al acreedor, lo que puede modificar el valor de los ingresos que se deben tratar como intereses percibidos por el banco. Sobre ese particular la SFC en el numeral 8.2.3 de la Circular Externa 048, aseguró que los gastos de cobranza no se reputarán como intereses, siempre y cuando, la entidad financiera demuestre y justifique la actividad desplegada para lograr la recuperación de la cartera.

Del mismo modo la antigua Superbancaria dijo que “(...) *no se reputarán intereses las sumas cuyo recaudo obedezca a rubros que no dicen relación directa ni indirectamente con la operación financiera de crédito propiamente dicha, siempre y cuando los desembolsos que haga el deudor no se traduzcan en utilidad alguna para el intermediario.*”<sup>4</sup>

**3.10.-** Frente a la letra del artículo 65 de la ley 45 de 1.990 la Superintendencia Financiera y la Superintendencia Bancaria también han advertido que esos in-

3 Dirección Jurídica. Concepto 96026142-1 del 21 de agosto de 1.996

4 Concepto 91016043-1 del 10 de septiembre de 1991. Retomado en concepto 96025735-1 del 15 de agosto de 1996 de la Intendencia de Bancos.

gresos no se deben tener en cuenta para liquidar la tasa de interés que se le cobra al deudor por causa de la mora, porque estas sumas no suponen un retribución para las entidades otorgantes del crédito sino que, por el contrario, han significado una carga producto del comportamiento irregular del deudor.<sup>5</sup>

**3.11.-** Por otra parte, esta Defensoría observa que Circular Externa 048 ha introducido un cambio fundamental en la postura que hasta el momento sostenía la antigua Superintendencia Bancaria. En efecto, la Circular no hace distinción alguna entre la gestión de cobranza realizada por un funcionario del banco y aquella adelantada por un tercero<sup>6</sup>, es decir, es indiferente si la persona que lleva a cabo la diligencia de cobranza es o no es trabajador del banco para efectos de determinar y cobrar los gastos derivados de la cobranza prejudicial<sup>7</sup>. Por lo tanto, si la gestión de cobro es adelantada por un trabajador del banco o por un tercero, en cualquier evento, la suma cancelada por el cliente por tal causa no se tratará como intereses, sino como honorarios por gestión de cobranza, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos de la Circular 048. En otros términos, desde el punto de vista subjetivo, es indiferente la persona que cumpla la gestión.

**4.-** A manera de resumen, podemos decir que:

**4.1.-** El pacto sobre honorarios y gastos de cobranza a cargo del deudor es lícito y de muy antiguo uso y aceptación en Colombia. El soporte legal de esta práctica está en el artículo 1629 del Código Civil.

**4.2.-** De la fecha en la que el acreedor envió el crédito a la cobranza dependen en parte, tanto el comienzo de la prestación de los servicios del profesional que intervino en el caso como la causación y el valor de los honorarios y el IVA.

**4.3.-** Los honorarios no se causan por el hecho de hacer el denominado *reparto*, es decir por enviar la cuenta al cobro, porque la causación y exigibilidad de esos derechos y del IVA correspondiente dependen de lo que el funcionario del banco o el tercero hagan, lo cual exige que el servicio ocurra, trabajo que –repetimos–

---

5 Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Externa 048 de 2008 y Superintendencia Bancaria. Concepto No. 91012688-2 del 14 de agosto de 1991.

6 Cfr. Circular Externa 048 de 2008. Numeral 8.2.1.

7 Es preciso recordar que la Superintendencia Bancaria afirmaba que si la persona encargada de la cobranza prejudicial era un funcionario del Banco, los dineros pagados por el cliente por concepto de honorarios de cobranza, se reputarían como intereses porque “*al ostentar la institución la calidad de patrono está obligada a pagar a su dependiente -abogado- un salario como retribución por sus servicios, siendo evidente que en este caso tales honorarios no tendrían contraprestación distinta al crédito otorgado*”. Cfr. Superintendencia Bancaria. Concepto No. 91016043 de 10 de septiembre de 1991.

puede ser muy esforzado o en extremo simple pero es condición indispensable para que los honorarios se le puedan cobrar al deudor.

**4.4.-** La carga de la prueba sobre la prestación de los servicios profesionales o administrativos que justifican el cargo contable y la causación del IVA recae sobre la entidad vigilada por la SFC, entidad que podrá acoger como verdadero el informe de gestión que le presente el abogado externo o el que preparen sus propios funcionarios.

(...)

**4.6.-** Si el cargo contable careciera de fundamento, porque el servicio no se prestó, porque de lo hecho no hay prueba, o porque el cargo excede el valor de lo gastado o de lo causado, el valor que se hubiere incluido en el extracto como saldo por pagar por concepto de gastos de cobranza o el valor que se hubiere cargado contra el saldo disponible en cuenta corriente o de ahorros por esa razón, no se reputaría reintegro de lo pagado ni cobro de un gasto por pagar sino intereses.

**4.7.-** Para saber si las sumas pagadas por el deudor se reputan como intereses, no es necesario determinar si la persona que adelantó las gestiones de cobranza era funcionario del banco o si era un tercero. En cualquiera de las dos situaciones descritas anteriormente, los pagos no se reputarán como intereses, si se cumplen los demás requisitos que establece el numeral 8.2.3 de la Circular Externa 048 de 2008.

**4.8.-** En este caso concreto consideramos que algunas de las gestiones que hizo la casa de cobranza para cobrar la deuda están demostradas según se ve en el reporte enviado a esta Defensoría (Folio 5). No obstante, como la Circular Externa 048 de este año, dice que los *“cobros deberán ser razonables y proporcionados a la gestión efectivamente adelantada”*, en el caso que venimos estudiando no se ve que el banco hubiera hecho análisis alguno para concluir que los valores *razonables y proporcionados de la gestión efectivamente adelantada*, que explican la existencia de los gastos objeto de reintegro, eran equivalentes al 15% del valor recaudado. En consecuencia, el banco deberá calcular el valor de todos los factores de costo o gasto implícitos en las llamadas hechas el 5 y 6 de mayo y además deberá detallar las demás llamadas que dice haber realizado *“en diferentes ocasiones de cada mes”*, porque la Circular Externa 048 de 2008 dispone que los cargos por estos conceptos deben corresponder con la actividad efectivamente desplegada para lograr el cumplimiento de la obligación. Así las cosas y de acuerdo con los documentos recibidos por esta Defensoría, podemos ver que el banco no le comunicó anticipadamente al deudor el costo o la tarifa (en el caso de los servicios de abogados externos la tarifa es parte del costo) del cobro prejudicial, lo que solo tiene consecuencias si la cobranza se

inició después del 25 de septiembre de 2.008 porque antes de esa fecha la circular 048 no era aplicable y por otra parte, también podemos ver que el banco no demostró por qué el 15% de lo recaudado es el valor *proporcional y razonable* de la gestión efectivamente realizada por el abogado externo. Conviene señalar, por otra parte, que para que estos cobros constituyan cobro de honorarios de cobranza prejurídica, deberá demostrar que esa cláusula fue acordada con el señor G..., pues de los documentos enviados no pudimos deducir tal situación. Queda por definir si el valor *proporcional y razonable* del trabajo o de la gestión amerita un cargo equivalente al 15% de la deuda objeto del cobro. No sabemos nosotros si el 15% de lo recaudado es proporcional a la actividad desplegada por el abogado y por ello quedará en manos del banco definir ese porcentaje con base en lo que objetivamente considere justo y en lo que pactó con la casa de cobranza.

## 21. PAGO

**El pago no es diligencia personalísima.  
“Reglas de ventanilla”.**

**Ref:- 05-1-2- 137** (24 de noviembre de 2005)

Con la presente le envío copia de concepto que rendimos en el caso de la referencia, relacionado con el prepago de una obligación y con una exigencia que consideramos absurda y ojalá motivo de censura por la oficina a su bien cargo. Nos referimos a la exigencia de que el pago se haga personalmente por el deudor, lo que no es carga ni obligación que se le pueda imponer al deudor y por ello admite que él pague como lo tenga a bien, y que se apoye en terceros para solicitar un paz y salvo, sin que el acreedor lo pueda someter a “*reglas de ventanilla*”, que parecen creadas sobre la marcha y obra de quien atiende de tan mala manera al cliente.

Lamentablemente sobre esas exigencias tan absurdas nada dijo el banco sin que el silencio lo justifique ni lo legitime para obrar de esa manera. En consecuencia, hemos advertido al deudor que él puede pagar apoyándose en su señora esposa y que ella, debidamente autorizada, podrá solicitar el paz y salvo.

**Abonos parciales.**

**Cada abono parcial genera un pasivo diferido.**

**Anacronismo del Art. 1649 C.C.**

**Ref:- 06-1-44- 085** (22 de junio de 2006)

1º.- Su queja se explica porque considera que la tasa de interés que aplicó el banco no es la que se convino, ocasionalmente excedió la tasa de usura, la cuota mensual que el banco le comunicó al pagador es inferior a la que posteriormente se aplicó y de todo ello resulta que es necesario reliquidar el crédito para establecer el saldo a favor o a cargo.

2º.- Banco... analizó este caso con detenimiento y concluyó que la información documental disponible no permite acceder a todo lo que usted pide, porque (i) en el pagaré que lleva su firma consta que la tasa convenida fue 23.64% nominal o 26.37% efectiva, tasa que el banco no modificó posteriormente como usted lo afirma; (ii) el

plan de pagos que se elaboró el 27 de abril calculó una cuota mensual de \$ 390.441<sup>oo</sup> y no obstante ello los descuentos se hicieron por menor valor, exactamente por \$382.887<sup>oo</sup>; (iii) en julio de 2004 se presentó mora; (iv) las cuotas 3,4,5,6, y 10 no se recibieron por su valor completo y generaron intereses de mora; (v) el banco reconoce que el crédito se desembolsó el 10 de mayo de 2004 y por ello anunció la reliquidación correspondiente.

3°.- Como la Defensoría cuenta con los servicios de un actuario, puso el caso bajo su examen y el concepto que rindió coincide con el del banco, en todo, inclusive en la necesidad de reliquidar la obligación.

4°.- El suscrito Defensor ha examinado los documentos que recibió del banco y ha verificado que lo dicho por esa entidad financiera coincide con las conclusiones del área técnica de la Defensoría. Sin embargo, conviene precisar que la reliquidación, que implica abonar los \$72.233<sup>oo</sup>, debe hacerse en la fecha correspondiente y como abono a capital, de donde resulta que las bases de cálculo posteriores a esa fecha deben modificarse y que lo mismo sucederá con la imputación de los intereses y la aplicación de las cuotas que tenían un valor inferior al previsto en el plan de pagos, cuotas que se deberán aplicar en las fechas que correspondan, las que podrían ser diferentes de las que se definieron en las ocasiones que ya pasaron.

5°.- Por considerarlo de especial interés, debemos poner de presente que en los créditos pagaderos por instalamentos el acreedor no está obligado a recibir una cuota menor a la que se convino en el plan de pagos y que por ello los dineros que reciba por valor inferior al que corresponde a cada cuota pueden mantenerse como diferidos a la espera de los dineros que más tarde completen el valor exigible en cada momento. Este comportamiento, que tiene respaldo en el artículo 1649 del Código Civil, es el que asumió Banco... y aunque lo razonable hubiera sido hacer el abono parcial, esa vieja regla del Código Civil, entendible cuando la modificación de los planes de pagos era asunto muy complejo porque se hacía manualmente, hoy contiene un anacronismo que todavía no se ha podido superar y que de todas maneras legitima la decisión según la cual el depósito de parte de una cuota no genera un abono parcial sino un pasivo diferido.

**Todo abono disminuye la deuda.**

**El abono no equivale a un depósito.**

**Ref:- 06-1-43-098** (11 de septiembre de 2006)

Consideramos que esta opinión puede generar distintas consecuencias según sea la fecha de presentación de la demanda y la fecha del abono; y, por otra parte, desde nuestro punto de vista todo abono necesariamente disminuye la deuda, exista o no

demanda judicial, y la decisión de mantener los dineros recibidos ociosos sin aplicar a la deuda y sin rendimientos para el deudor, no modifica el régimen legal del pago. Creemos que precisar la fecha de la demanda sería conveniente para definir el sentido no condicional de esta opinión.

### **Imputación de pagos.**

#### **Pago Anticipado.**

**Ref:- 06-1-2- 239** (27 de diciembre de 2006)

Su queja se explica porque usted pagó \$50.000<sup>oo</sup> y como en el formulario que se utiliza para diligenciar el comprobante del pago señaló o marcó la opción que dice “*siguientes cuotas*”, guardó la esperanza de no quedarse a la espera del extracto del próximo mes porque se había anticipado al cobro, pero al cierre del mes el banco desestimó su escogencia y aplicó toda la consignación para disminuir el saldo a cargo, por lo cual se pregunta *qué sentido tiene proponer en los formularios una opción que el cliente marca o escoge pero el banco no respeta*. Con base en los documentos mencionados hemos concluido lo siguiente:

**1°.-** Los formularios que utiliza el Banco.. para estos efectos no contienen la casilla que usted menciona. Hemos visto uno de esos formularios y la casilla u opción que sugiere el pago de la próxima cuota no existe.

**2°.-** Como nosotros no conocíamos el formulario y no sabíamos si usted lo había interpretado mal o lo había utilizado como no era posible o razonable, le solicitamos al banco analizar este aspecto concreto y de allí surgió la certeza a la que hicimos referencia en el ordinal anterior.

**3°.-** Desde un punto de vista teórico cuando se anticipa una cantidad de dinero y quien la recibe es acreedor de varias obligaciones que deben pagarse por instalamentos, la suma de dinero disponible se aplicará al capital de la deuda que el deudor elija, sin que pueda escoger la que no está vencida. Ahora bien, si el deudor no imputa el pago a ninguna deuda en particular, que es justamente el caso, el acreedor podrá hacer la imputación libremente pero si ninguna de las partes escoge el crédito que se beneficiará con el abono, no sólo se preferirá la deuda exigible a la que no lo está sino que de las varias obligaciones se preferirá la más antigua. Es este caso así ha ocurrido y el mayor valor se pagado, es decir, el exceso sobre la cuota mínima, se destinó a disminuir el saldo del capital de las utilidades más antiguas.

**4°.-** Desde nuestro punto de vista el banco no sólo ha actuado como se lo permiten las leyes sino de la manera que más facilita la liquidación de las cuentas que se derivan de la tarjeta de crédito. En consecuencia, al banco nada se le puede repro-

char en este caso razón por la cual damos por concluida nuestra intervención en este asunto.

### **Pago íntegro de mesadas pensionales.**

**Ref.: 08-1-43-121** (16 de junio de 2008)

1º.- Su queja se explica porque ustedes consideran que han recibido malos tratos por parte de la gerencia de la oficina principal del banco en Valledupar porque (i) los dineros que corresponden a sus mesadas pensionales los maneja la gerencia del banco dentro de los últimos y primeros días de cada mes, demorando el pago de las pensiones para recibir los rendimientos de ese dinero; (ii) el gerente los somete a largas colas para cobrar las mesadas pensionales sin tener en cuenta que en ese grupo hay numerosos ancianos a quienes innecesariamente se les imponen los rigores del cansancio y la fatiga para pagarles al cabo de tres o más días después de vencido cada mes, lo que a ustedes los perjudica ya que esa demora les impide cumplir a tiempo sus compromisos ordinarios; (iii) la demora en el pago de sus mesadas pensionales a veces les impide el pago de las cuentas de servicios públicos y por esas razones con frecuencia les suspenden servicios fundamentales como el de agua o energía eléctrica; (iv) el banco no les paga los fraccionarios de la liquidación y por esa razón, cuando la mesada incluye fracciones como noventa o sesenta y cinco centavos por ejemplo, el banco se abstiene de pagar las fracciones y las retiene sin justificación; (v) desde el 2 de marzo ustedes establecieron comunicación con el gerente del banco en Valledupar para informarle sobre estos motivos de queja y a pesar de que han transcurrido más de dos meses el gerente no les dio ninguna respuesta.

2º.- Sobre los distintos asuntos antes descritos esta Defensoría considera lo siguiente:

2.1. El hecho de que ustedes hubieran establecido comunicación con el gerente de Valledupar sugiere que obraron de la mejor manera posible no solo porque trataron de establecer diálogo con quien puede solucionar parte fundamental de los hechos que les causan molestia, sino también porque actuaron con gallardía en procura de una solución. Lamentablemente el gerente de Valledupar no le dio a su carta del 2 de marzo el valor que ella tiene y al obrar de ese modo no solamente incurrió en un silencio inexcusable sino que promovió la queja que ustedes tiempo después llevaron al conocimiento de la Defensoría del Cliente. Sobre este asunto la Defensoría no puede hacer mayor cosa y debe limitarse a solicitarle al banco que le exija al gerente o director de la oficina del Banco... en Valledupar una respuesta concreta, y además que junto con esa exigencia le ponga de presente a ese funcionario que los clientes, pensionados o no, hombres

o mujeres, personas que gozan de buena salud o tienen alguna limitación física, siempre, sin excepción, merecen respeto y el respeto comienza por atender las solicitudes y razones que llevan ante su Despacho.

**2.2.** Banco... nos dio a entender que la queja que ustedes presentan como defecto más o menos general por la causa de la tardanza no se ajusta íntegramente a la verdad porque los pagos se vienen haciendo “*el primer día de cada mes de acuerdo en los establecido en el convenio*” que el banco ha formalizado con el Seguro Social. También nos ha dicho el banco que en el mes de mayo se presentó alguna dificultad porque el festival de la Leyenda Vallenata interrumpió la prestación de los servicios bancarios y esa circunstancia hizo que los pagos se hicieran el 6 de ese mes. Suponemos que lo que dice el banco es verdad y también suponemos que lo que ustedes afirman es cierto pero entre las dos versiones hay algún margen de contradicción, circunstancia que nos anima a sugerirles que si lo consideran necesario vuelvan a tocar ese asunto con el Gerente o Director de la oficina de Valledupar.

**2.3.** El banco dice que desde el punto de vista operativo a los cajeros les resulta muy difícil pagarle a cada pensionado las fracciones de sus mesadas pensionales porque con alguna frecuencia no hay disponibilidad de las monedas que se necesitan para tales efectos pero que de todas maneras el banco está en capacidad de pagar esas fracciones en denominaciones de cincuenta pesos. Entendemos muy bien que con el correr de los días los centavos valen casi nada pero en estricto sentido al pensionado le pertenece la integridad de la mesada y así parezca mucho o poco, el banco debe hacer lo necesario para pagar el ciento por ciento de lo que al pensionado le corresponde sin que exista ninguna justificación ni motivo de derecho que lo legitime para apropiarse de uno solo de los centavos que pertenecen a otros: en consecuencia el banco debe analizar este asunto para adoptar las medidas que le permitan pagar el ciento por ciento de lo que a cada pensionado le corresponde y las medidas que debe tomar no son las que conduzcan a aproximaciones numéricas como la que consistirá en redondear cuentas aproximando las liquidaciones hacia el rango de los cincuenta pesos, porque se trata de medidas mucho más juiciosas y posiblemente difíciles pero inevitables. Así, el banco debe imponerse la diligencia de tener a mano la moneda fraccionaria que le permita pagarle a cada pensionado el ciento por ciento de lo que a él le pertenece y de ninguna manera puede retener o apropiarse parte de esos dineros.

**El acuerdo de pago supone una coincidencia de voluntades.  
A falta de acuerdo, el deudor debe honrar sus compromisos.  
El banco tiene que responder sus derechos de petición pero no siempre favorablemente.**

**Ref:- 08-1-43- 217** (15 de octubre de 2008)

**1°.-** Su queja se explica porque Banco... no respondió su solicitud de reestructuración del crédito a su cargo, radicada el 7 de marzo de este año. A pesar de haber cumplido todos los requisitos para la reestructuración mencionada (como por ejemplo arrendar un bien inmueble distinto al suyo), el banco no le ha dado ninguna respuesta. Su solicitud se orienta a que Banco... se pronuncie favorablemente con respecto a la solicitud hecha por usted.

**2°.-** En la carta que Banco... nos hizo llegar el 8 de octubre de este año, explicó que **(i)** a pesar de que el derecho de petición está fechado el 11 de marzo de 2008, éste sólo fue recibido por el banco el 13 de abril de 2008; **(ii)** esa comunicación fue respondida oportunamente mediante la comunicación 003418 del 14 de marzo de 2008; **(iii)** su solicitud nunca ha sido desatendida. El banco en su respuesta remitió la siguiente información:

FECHA DE COMUNICACIÓN	TIPO REQUERIMIENTO	SUSCRITO POR	DIRIGIDO A	RESPUESTA DEL BANCO
Marzo 27 de 2006	Derecho de Petición	Iván Zarama, apoderado de la Señora Hilda Arteaga	Germán Escandón, Director de la Oficina de San Juan de Pasto	Comunicación N° 00283 del 4 de mayo de 2006, suscrita por Germán Escandón, Director de la Oficina de San Juan de Pasto
Marzo 11 de 2008		Hilda Fabiola Arteaga	Señores Banco Agrario de Colombia	Comunicación N° 003418 del 14 de marzo de 2008, suscrita por Roberto Benavides, Subgerente de Crédito y Cartera de la Regional de Occidente
Marzo 17 de 2008		Hilda Fabiola Arteaga	Señores Banco Agrario de Colombia	Comunicación N° 03014 del 31 de marzo de 2008, suscrita por Hans Humberto Alfaro, Gerente de Cobranza Especializada; mediante la cual ratifican la respuesta N° 003418 del 14 de marzo de 2008
Agosto 16 de 2008. Recibido en agosto 15 de 2008.	Derecho de Petición	Hilda Fabiola Arteaga	Darío Laguado Monsalve, Defensor del Cliente Banagrario. David Guerrero, Presidente Banco Agrario de Colombia	Comunicación N° 010397 del 25 de agosto de 2008, suscrita por Roberto Benavides, Subgerente de Crédito y Cartera de la Regional de Occidente.
Agosto 22 de 2008. Recibido en agosto 25 de 2009 (sic).	Derecho de Petición	Hilda Fabiola Arteaga	Germán Escandón, Director de la Oficina de San Juan de Pasto	Comunicación N° 08400 del 9 de septiembre de 2008, suscrita por Hans Humberto Alfaro, Gerente de Cobranza Especializada; mediante la cual se ratifica la respuesta N° 010397 del 25 de agosto de 2008.

(iv) el banco le ha dado a conocer a usted y a su apoderado el estado de la obligación a su cargo, la cual se encuentra vencida desde el 11 de agosto de 2003; (v) el banco le ha comunicado los requisitos y documentos que debe presentar con el fin de analizar la solicitud de reestructuración; (vi) la Subgerencia de Crédito y Cartera le manifestó por teléfono que debido a la mora en el pago del crédito a su cargo, éste no se puede reestructurar ya que se encuentra castigado; (vii) existe la posibilidad de condonar una parte de los intereses, pero usted debe comprometerse a pagar en efectivo el 100% del capital adeudado, el 100% por otros conceptos y honorarios de abogado y los intereses contabilizados en cuentas por cobrar; (viii) la diligencia de remate no se puede suspender a menos que cancele mínimo el 20% de la deuda total, en cuyo caso esa diligencia se aplaza por 60 días dentro de los cuales puede presentar una propuesta definitiva de pago o cancelar la totalidad de la deuda, de lo contrario se reinicia el cobro jurídico; y (ix) de acuerdo con la información recibida por la Subdirectora de la Oficina de Pasto, usted no ha cumplido todos los requisitos necesarios para la reestructuración de la obligación, puesto que no ha cancelado el valor mínimo que se pide para el efecto.

El Banco... adjuntó copia de todas las comunicaciones que refirió en la tabla atrás elaborada, así como la tabla de amortización y “pantallazo” con los datos del crédito a su cargo.

3º.- Considera esta Defensoría que de la definición de la expresión “*acuerdo de pago*”, contenida en el capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera<sup>1</sup>, tiene como presupuesto esencial la coincidencia de voluntades de las partes (acreedor y deudor)<sup>2</sup>, que desean celebrar el negocio jurídico que modificará las condiciones originalmente pactadas. El nuevo acuerdo está inscrito en el principio de la autonomía de la voluntad privada y por lo tanto, el banco no está en la obligación de aceptarlo, sino que al contrario, el contrato originalmente celebrado es la ley para las partes (art. 1602 del C.C.) y solamente por causas legales o por la voluntad de los partícipes en el negocio es posible terminarlo o modificarlo<sup>3</sup>. Por lo antedicho el deudor está obligado a honrar sus compromisos, lo que no impide proponer acuerdos de pagos pero tampoco legitima al deudor para exigirle al acreedor que los acepte. Por lo dicho, la opinión de la Defensoría es que el banco, al no aceptar su propuesta, ejerció su derecho.

---

1 Cfr. Circular Externa 100 de 1995. La definición de acuerdo de pago es la siguiente: “...*cualquier mecanismo, instrumentado mediante la celebración de cualquier negocio jurídico, que tenga por objeto modificar las condiciones originalmente pactadas con el fin de permitirle al deudor la atención adecuada de su obligación...*”

2 Cfr. Concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, número 2007003438-002 del 13 de febrero de 2007

3 Cfr. Concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, número 2007000780-001 del 6 de febrero de 2007.

Ahora bien, de la información que Banco... nos envió podemos deducir sin lugar a dudas que sus diversas peticiones no han sido desatendidas, sino que, por el contrario, el banco las ha respondido todas oportunamente. Sin embargo, como ya se dijo, si bien el banco está obligado a responder sus derechos de petición en el término que señala la ley, eso no quiere decir que la respuesta deba ser favorable a sus pretensiones. En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-466 de 2004 explicó que “La respuesta [al derecho de petición] debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición...Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado...”.

## 22. PREPAGO DE OBLIGACIONES A PLAZO

### Banco.

**Ref:- 05-1-2-061** (12 de septiembre de 2005)

La comunicación que recibimos el 27 de julio que acaba de pasar fue puesta en conocimiento de Banco... para conocer sus puntos de vista y para solicitarle algunos documentos que consideramos necesarios para atender su caso. Con base en la carta que le dio origen a esta actuación, los documentos que recibimos del banco el 7 de septiembre en curso y las explicaciones de esa entidad financiera hemos concluido lo siguiente:

1º.- Su queja se relaciona con la “penalidad” que según le explicaron en la sucursal del Banco... en Cúcuta se causa si usted le paga anticipadamente al banco el saldo de un crédito que desea cancelar íntegramente y antes del plazo convenido.

2º.- Usted dice que cuando firmó el pagaré, en octubre de 2.004, nadie le puso de presente esta circunstancia y por ello cree que está siendo atropellada por el banco, entidad que de paso le está castigando por pagar toda la deuda en un solo contado.

3º.- Entendemos muy bien su preocupación y la respuesta sería favorable a su punto de vista si no fuera porque en las obligaciones mercantiles –como el préstamo bancario- el plazo se concibe en favor de las dos partes en el contrato: el acreedor quien por virtud del plazo pendiente no puede ser forzado a pagar la deuda antes de la fecha convenida (Cfr. Arts. 1553; 1594; 1882; 2374, ord. 2º; 2375; 2416; 2431;y, 2451, todos del C.C.) o antes de la fecha resultante de la aceleración del plazo pendiente (Cfr. Arts. 1166 C.Co. y 1608 C.C.); y a favor del acreedor, quien tampoco puede ser obligado a recibir el pago antes de la fecha pactada (Cfr. 2229 C.C., aplicable al caso por virtud de lo que disponen los Arts. 2º y 822 C.Co.). Para ambos, el deudor y el banco en este caso, el plazo es parte del acuerdo y como ambos lo deben respetar, de antemano saben cuáles son sus disponibilidades de tesorería y con esa base definen nuevos compromisos o negocios y toman las decisiones que a cada uno le convengan.

3º.- De alguna manera en el contrato de mutuo el cobro anticipado y el prepago resultan sorpresivos para la otra parte y por ello el Código de Comercio (Cfr. Arts. 1166 C.Co. y 1608 C.C.) y el Código Civil (Cfr. Art. 2229), aunque no los prohíben sí

excluyen ambas posibilidades y terminan admitiendo el prepago cuando media algún acuerdo previo sobre el particular o cuando las partes aceptan esa alternativa. Esa es la razón por la cual el acreedor puede aceptar el pago anticipado que el deudor le propone y puede aspirar al reconocimiento de una suma de dinero u otra prestación que compense o equilibre las consecuencias del prepago, que si bien es cierto conduce al recaudo de las colocaciones que estaban sujetas a plazo y sometidas al riesgo propio de los negocios, no es menos cierto que formaban parte de un plan de colocaciones institucionales en el que esos riesgos y las coberturas necesarias se habían valorado y se entendían cubiertos, trabajo que el banco pierde al recobrar la liquidez que debe colocar de nuevo entre sus clientes porque justamente ese es su negocio.

4º.- No se puede desconocer que el prepago implica perder un trabajo ya hecho para seleccionar el cliente y analizar el riesgo. Los bancos bregan por retener a los buenos clientes y como verlos emigrar es perderlos, ordinariamente crean desestímulos para la migración, como sucede en su caso, o estímulos para retenerlos, como se ve ordinariamente en el mercado. Por estas razones la Corte Constitucional, en sentencia C-252 del 26 de mayo de 1998, de la cual fue Magistrada Ponente la doctora Carmen Isaza de Gómez, aclaró que el artículo 2229 del Código Civil legitima al acreedor para oponerse al pago anticipado (o para exigir alguna contraprestación, agregamos nosotros) de que se le debe, salvo en el caso de los contratos de crédito para vivienda a largo plazo, en los cuales el mutuario sí puede pagar antes del vencimiento del término pactado toda la suma prestada.

5º.- Aunque no es lo fundamental de su queja, sí vale la pena poner de presente que lo que el banco le cobraría por el pago anticipado no es en estricto sentido una “multa” o una penalidad porque ese concepto encierra el criterio de “sanción por ilicitud” (Cfr. Arts. 14; 37; 58; 90; 202; 216; 277; 722; 355; 390; 404; 447; 278;) lo que nada tiene que ver con el caso presente porque lo que el Banco propone que se le pague corresponde a un pacto o acuerdo sobre el plazo, que es distinto a lo que se convino en 2004, cuando usted firmó una carta de instrucciones para diligenciar un pagaré con espacios en blanco que en fotocopia hemos tenido a la vista (folio 6) y en el cual se lee que el banco puede cobrar el interés bancario corriente sobre los capitales adeudados en la fecha del prepago. En esa cláusula y en las disposiciones legales antes citadas está la legitimación para cobrar lo que el banco pretende.

Desde nuestro punto de vista Banco... ha obrado con sujeción tanto al acuerdo que formalizó con usted en 2004 como con apoyo en el sistema legal, razones por las cuales el suscrito Defensor del Cliente da por cerrada esta actuación y le sugiere que promueva un acercamiento con el Banco para lo que pueda resultar de mutua conveniencia.

**Prepago, cartas y encuestas previas.**

**Ref:- 05-1-2-027** (16 de septiembre de 2005)

1°.- Su queja se relaciona con las exigencias que les hicieron en las oficinas del Banco... para considerar la posibilidad de que ustedes pagaran anticipadamente el saldo de un crédito que desean cancelar íntegramente y antes del plazo convenido.

.... Como la queja también se relaciona con la exigencia que les hicieron para que enviaran una carta explicando las razones por las cuales deseaban pagar la deuda en un solo contado, diligenciaran un formulario o una encuesta y esperaran veinte días para conocer la respuesta del banco, debemos decir que si bien el banco puede rechazar el prepago o desestimularlo con una comisión o sobrecosto no puede, de ninguna manera y por ningún motivo, exigir cartas explicativas o imponer encuestas y mucho menos someter al cliente a la espera que a ustedes les ha causado enojo.

Desde nuestro punto de vista, en cuanto a la exigencia de una sobretasa del 6% por el prepago Banco... ha obrado con apoyo tanto en el acuerdo que formalizó con usted en 2004 como en el sistema legal, pero en lo demás ha obrado sin razones. En consecuencia, el suscrito Defensor del Cliente da por cerrada esta actuación y en breve término hará uso de las facultades que sobre vocería le confieren las leyes.

**Ref:- 05-1-2-137** (24 de noviembre de 2005)

La comunicación que recibimos el 23 de septiembre que acaba de pasar fue puesta en conocimiento de Banco... para conocer sus puntos de vista y para solicitarle algunos documentos que consideramos necesarios para atender su caso. Con base en la carta que le dio origen a esta actuación, los documentos que recibimos del banco y las explicaciones de esa entidad financiera hemos concluido lo siguiente:

1°.- Su queja se relaciona con dos asuntos: el cobro de un recargo o sobrecosto que le hicieron en las oficinas del Banco... en la ciudad de Bogotá por el hecho pagar anticipadamente el saldo de un crédito que decidió cancelar íntegramente y antes del plazo convenido; y, en segundo lugar con la exigencia que le hicieron a su señora esposa en el sentido de que el pago lo hiciera usted personalmente.

2°.- Entendemos muy bien su preocupación y la respuesta del suscrito Defensor del Cliente sería íntegramente favorable a su punto de vista si no fuera porque en las obligaciones mercantiles –como es el caso del préstamo bancario– el plazo se concibe en favor de las dos partes que intervienen en el contrato: por una parte, el deudor, quien por virtud del plazo pendiente no puede ser forzado a pagar la deuda antes de la fecha convenida (Cfr. Arts. 1553; 1594; 1882; 2374, Ord. 2°; 2375; 2416;

2431;y, 2451, todos del C.C.) o antes de la fecha resultante de la aceleración del plazo pendiente (Cfr. Arts. 1166 C.Co. y 1608 C.C.); y, por otra parte, el acreedor, quien tampoco puede ser obligado a recibir el pago antes de la fecha pactada (Cfr. 2229 C.C., aplicable al caso por virtud de lo que disponen los Arts. 2º y 822 C.Co.). Para ambos, el deudor y el banco en este caso, el plazo es parte del acuerdo y como ambos lo deben respetar cada uno de ellos organiza o programa sus disponibilidades de tesorería sobre las bases que resultan de ese plan o flujo de efectivo, lo que les permite definir, aceptando o rechazando, nuevos compromisos o negocios y tomar en cada caso las decisiones que a cada uno mejor le convengan.

3º.- En cualquier contrato el cobro anticipado de lo que se convino o la prestación prematura de lo que fue objeto del contrato resultan sorpresivos para la otra parte y como ello es más sensible en el contrato de mutuo el Código de Comercio (Cfr. Arts. 1166 C.Co. y 1608 C.C.) y el Código Civil (Cfr. Art. 2229), aunque no prohíben esa anticipación sí terminan admitiendo el prepago cuando entre las partes media algún acuerdo sobre el particular o cuando ellas, en presencia de hechos cumplidos, aceptan esa alternativa. Esa es la razón por la cual el acreedor, sin condiciones ni exigencias, puede aceptar el pago anticipado que el deudor le propone o, por el contrario, puede negarse a recibir el pago anticipado de lo que se le debe o aspirar al reconocimiento de una suma de dinero u otra prestación que compense o equilibre las consecuencias del prepago, que si bien es cierto conduce al recaudo de las colocaciones que estaban sujetas a plazo y sometidas al riesgo propio de los negocios, no es menos cierto que formaban parte de un plan de colocaciones institucionales en el que esos riesgos y las coberturas necesarias se habían valorado y se entendían cubiertos, trabajo que el banco pierde al recobrar la liquidez que debe colocar de nuevo entre sus clientes porque justamente ese es su negocio.

4º.- No se puede desconocer que desde el punto de vista del acreedor, el prepago implica perder el trabajo ya hecho para analizar el riesgo y seleccionar el cliente porque para nadie es un secreto que los bancos se esfuerzan por retener a los buenos clientes y como verlos emigrar es perderlos, crean desestímulos para la migración, como sucede con el sobre costo o *cargo por prepago*, o crean estímulos para retenerlos o para conseguirlos, atrayéndolos con mejores tasas de interés, con servicios parcial o totalmente gratuitos, con sorteos y otros halagos parecidos que de ordinario se ven en los mercados. Por estas razones la Corte Constitucional, en sentencia C-252 del 26 de mayo de 1998, de la cual fue Magistrada Ponente la doctora Carmen Isaza de Gómez, puso de presente que el artículo 2229 del Código Civil legitima al acreedor para oponerse (o para exigir alguna contraprestación, agregamos nosotros) al pago anticipado de lo que se le debe, salvo en el caso de los contratos de crédito para vivienda a largo plazo, en los cuales el mutuario, con o sin el consentimiento del acreedor, puede pagar antes del vencimiento del término pactado toda la suma prestada. La misma opinión ha expuesto la Superintendencia Ban-

caria en diversos pronunciamientos, como el concepto 49997 del 13 de octubre de 1989, criterios que comparte esta defensoría.

5°.- Aunque no es lo fundamental de su queja, sí vale la pena poner de presente que lo que el Banco le cobra por el pago anticipado no es en estricto sentido una *sanción* ni una *multa* o una *penalidad* porque ese concepto encierra el criterio de “*sanción por ilicitud*” (Cfr. Arts. 14; 37; 58; 90; 202; 216; 277; 722; 355; 390; 404; 447; 278;) lo que nada tiene que ver con el caso presente porque lo que el banco propone que se le pague corresponde al precio o contraprestación por anticipar el plazo o por allanarse a algo distinto de lo que se convino cuando el 15 de octubre de 2003 usted y don J... firmaron un pagaré con espacios en blanco que en fotocopia hemos tenido a la vista (folio 7) en el cual se lee que el banco puede cobrar el interés bancario corriente sobre la totalidad del capital adeudado y con plazo pendiente en la fecha del prepago, junto con una extraña sanción adicional sobre la cual no nos pronunciamos porque en este caso el banco no ha manifestado interés en cobrarla. En esa cláusula y en las disposiciones legales antes citadas está la legitimación para cobrar lo que el banco pretende.

Desde nuestro punto de vista, en cuanto a la exigencia de una sobretasa del 6% por el prepago Banco... ha obrado con apoyo tanto en el acuerdo que formalizó con usted como en el sistema legal.

En relación con la exigencia de que el pago se haga personalmente por usted muy poco hay que decir porque esa no es carga ni obligación del deudor quien puede pagar como lo tenga a bien, sin que el acreedor lo pueda someter a exigencias absurdas como la que usted menciona, exigencia sobre la cual nada ha dicho el banco sin que el silencio lo justifique ni lo legitime para obrar de esa manera. En consecuencia, usted podrá pagar apoyándose en su señora esposa y ella, debidamente autorizada podrá solicitar el paz y salvo.

**El Código Civil legitima al acreedor para oponerse al pago anticipado de lo que se le debe o para exigir alguna contraprestación por ello.**

**Ref:- 06-1-2- 056** (8 de junio de 2006)

1°.- Su queja se explica porque el 22 de marzo quiso hacer un abono sustancial a la deuda que había convenido pagar en 60 cuotas y en ese momento el banco le dijo que le *cobraba un no se qué*, razón por la cual solicita que se le diga en qué cuenta puede consignar el abono bajo el supuesto que no debe pagar más.

2°.- Parece que lo que el funcionario del banco le trató de decir es que en estos casos de abonos o pagos anticipados se causa una exigibilidad del 6%. Sabemos que

el 30 de marzo se aplicó el abono y que quedó un saldo a cargo, pero no obstante ello creemos que es conveniente explicarle lo siguiente:

**2.1.-** Entendemos muy bien su preocupación y la respuesta del suscrito Defensor del Cliente sería íntegramente solidaria y favorable a su punto de vista si no fuera porque en las obligaciones mercantiles -como es el caso del préstamo bancario- el plazo se concibe en favor de las dos partes que intervienen en el contrato: por una parte, el deudor, quien por virtud del plazo pendiente no puede ser forzado a pagar la deuda antes de la fecha convenida (Cfr. Arts. 1553; 1594; 1882; 2374, Ord. 2º; 2375; 2416; 2431; y, 2451, todos del C.C.) o antes de la fecha resultante de la aceleración del plazo pendiente (Cfr. Arts. 1166 C.Co. y 1608 C.C.); y, por otra parte, el acreedor, quien tampoco puede ser obligado a recibir el pago antes de la fecha pactada (Cfr. 2229 C.C., aplicable al caso por virtud de lo que disponen los Arts. 2º y 822 C.Co.). Para ambos, el deudor y el banco en este caso, el plazo es parte del acuerdo y como ambos lo deben respetar, cada uno de ellos organiza o programa sus disponibilidades de tesorería sobre las bases que resultan de ese plan o flujo de efectivo, lo que les permite definir nuevos compromisos o negocios y tomar en cada caso las decisiones que a cada uno mejor le convengan.

**2.2.-** En cualquier contrato el cobro anticipado de lo que se convino o la prestación prematura de lo que fue objeto del contrato resultan sorprendidos para la otra parte y como ello es más sensible en el contrato de mutuo del Código de Comercio (Cfr. Arts. 1166 C.Co. y 1608 C.C.) y el Código Civil (Cfr. Art. 2229), aunque no prohíben esa anticipación sí terminan admitiendo el prepago cuando entre las partes media algún acuerdo sobre el particular o cuando ellas, en presencia de hechos cumplidos, aceptan esa alternativa. Esa es la razón por la cual el acreedor, sin condiciones ni exigencias, puede aceptar el pago anticipado que el deudor le propone o, por el contrario, puede negarse a recibir el pago anticipado de lo que se le debe o aspirar al reconocimiento de una suma de dinero u otra prestación que compense o equilibre las consecuencias del prepago, que si bien es cierto conduce al recaudo de las colocaciones que estaban sujetas a plazo y sometidas al riesgo propio de los negocios, no es menos cierto que formaban parte de un plan de colocaciones institucionales en el que esos riesgos y las coberturas necesarias se habían valorado y se entendían cubiertas, trabajo que el banco pierde al recobrar la liquidez que debe colocar de nuevo entre sus clientes porque justamente ese es su negocio.

**2.3.-** No se puede desconocer que desde el punto de vista del acreedor, el prepago implica perder el trabajo ya hecho para analizar el riesgo y seleccionar al cliente, porque para nadie es un secreto que los bancos se esfuerzan por retener a los buenos clientes y como verlos emigrar es perderlos, crean desestímulos para la migración (como sucede con el *cargo por prepago*) o crean estímulos para

retenerlos o para conseguirlos, atrayéndolos con mejores tasas de interés, con servicios parcial o totalmente gratuitos, con sorteos y otros halagos parecidos que de ordinario se ven en los mercados. Por estas razones la Corte Constitucional, en sentencia C-252 del 26 de mayo de 1998, de la cual fue Magistrada Ponente la doctora Carmen Isaza de Gómez, puso de presente que el artículo 2229 del Código Civil legitima al acreedor para oponerse al pago anticipado de lo que se le debe (o para exigir alguna contraprestación, agregamos nosotros) salvo en el caso de los contratos de crédito para vivienda a largo plazo, en los cuales el mutuario, con o sin el consentimiento del acreedor puede pagar antes del vencimiento del término pactado la totalidad o parte de la suma prestada. La misma opinión ha expuesto la Superintendencia Bancaria en diversos pronunciamientos, como el concepto 49997 del 13 de octubre de 1989, en criterios que comparte esta Defensoría.

**2.4.-** Aunque no es lo fundamental de su queja, sí vale la pena poner de presente que lo que el banco le cobra por el pago anticipado no es en estricto sentido una *sanción* ni una *multa* o una *penalidad* porque ese concepto encierra el criterio de “*sanción por ilicitud*” (Cfr. Arts. 14; 37; 58; 90; 202; 216; 277; 722; 355; 390; 404; 447; 278) lo que nada tiene que ver con el caso presente porque lo que el banco propone que se le pague corresponde al precio o contraprestación por anticipar el plazo o por allanarse a algo distinto de lo que se convino cuando el 29 de diciembre del año pasado (para estos efectos nada interesa la fecha de desembolso) usted y su hermana doña L..., firmaron un pagaré con espacios en blanco que en fotocopia hemos tenido a la vista (folio 15) en el cual se lee que el banco puede cobrar el capital y el interés bancario corriente sobre la totalidad del capital que sea objeto del prepago o de abono anticipado, suma que no se liquida sobre la deuda sino sobre lo que se prepaga, sea todo o parte del crédito convenido a plazo. En esa cláusula y en las disposiciones legales antes citadas está el fundamento legal y contractual para que el banco cobre ese recargo, el que será legítimo en la medida en que no exceda el valor matemático de los intereses calculados sobre el capital que pague anticipadamente, circunstancia que usted puede verificar teniendo en cuenta el valor del saldo por pagar, cifra que desconoce esta Defensoría.

**En el préstamo bancario el plazo se concibe a favor de ambas partes.  
Recargo como cláusula penal por prepago.**

**Ref:- 06-1-2- 298** (4 de enero de 2007)

**1°.-** Su queja se relaciona con el cobro de un recargo que a título de indemnización por prepago le exigiría Banco... por el hecho de proponer el pago anticipado del

saldo de un crédito que habiéndose convenido pagadero en cuotas usted desea pagar de contado.

2º.- Entendemos muy bien su preocupación y la respuesta del suscrito Defensor del Cliente sería íntegramente favorable a su punto de vista si no fuera porque en las obligaciones mercantiles -como es el caso del préstamo bancario- el plazo se concibe en favor de las dos partes que intervienen en el contrato: por una parte, el deudor, quien por virtud del plazo pendiente no puede ser forzado a pagar la deuda antes de la fecha convenida (Cfr. Arts. 1553; 1594; 1882; 2374, Ord. 2º; 2375; 2416; 2431;y, 2451, todos del C.C.) o antes de la fecha resultante de la aceleración del plazo pendiente (Cfr. Arts. 1166 C.Co. y 1608 C.C.); y, por otra parte, el acreedor, quien tampoco puede ser obligado a recibir el pago antes de la fecha pactada (Cfr. 2229 C.C., aplicable al caso por virtud de lo que disponen los Arts. 2º y 822 C.Co.). Para ambos, el deudor y el banco en este caso, el plazo es parte del acuerdo y como ambos lo deben respetar cada uno de ellos organiza o programa sus disponibilidades de tesorería sobre las bases que resultan de ese plan o flujo de efectivo, lo que les permite definir, aceptando o rechazando, nuevos compromisos o negocios y tomar en cada caso las decisiones que a cada uno mejor le convengan.

3º.- En cualquier contrato a plazo con prestaciones periódicas o diferidas, tanto el cobro anticipado de lo que se convino como el cumplimiento anticipado de lo que fue objeto del contrato resultan prematuros y sorpresivos para la otra parte. Como ello es más sensible en el contrato de mutuo, el Código de Comercio (Cfr. Arts. 1166 C.Co. y 1608 C.C.) y el Código Civil (Cfr. Art. 2229), aunque no prohíben esa anticipación sí terminan admitiendo el prepago cuando entre las partes media algún acuerdo sobre el particular o cuando ellas, en presencia de hechos cumplidos, aceptan esa alternativa. Esa es la razón por la cual el acreedor, sin condiciones ni exigencias, puede aceptar el pago anticipado que el deudor le propone o, por el contrario, puede negarse a recibir el pago anticipado de lo que se le debe o aspirar al reconocimiento de una suma de dinero u otra prestación que compense o equilibre las consecuencias del prepago, que si bien es cierto conduce al recaudo de las colocaciones que estaban sujetas a plazo y sometidas al riesgo propio de los negocios, no es menos cierto que formaban parte de un plan de colocaciones institucionales en el que esos riesgos y las coberturas necesarias se habían valorado y se entendían cubiertos, trabajo que el banco pierde al recobrar la liquidez que debe colocar de nuevo entre sus clientes porque justamente ese es su negocio.

4º.- No se puede desconocer que desde el punto de vista del acreedor el prepago implica perder el trabajo ya hecho para analizar el riesgo y seleccionar el cliente porque para nadie es un secreto que los bancos se esfuerzan por retener a los buenos clientes y como verlos emigrar es perderlos, crean desestímulos para la migración, como sucede con el *cargo por prepago*, o crean estímulos para retenerlos o para conseguirlos, atrayéndolos con mejores tasas de interés, con servicios parcial o

totalmente gratuitos, con sorteos y otros halagos parecidos que de ordinario se ven en los mercados. Por estas razones la Corte Constitucional, en sentencia C-252 del 26 de mayo de 1998, de la cual fue Magistrada Ponente la doctora Carmen Isaza de Gómez, puso de presente que el artículo 2229 del Código Civil legitima al acreedor para oponerse al pago anticipado de lo que se le debe (o para exigir alguna contraprestación, agregamos nosotros) salvo en el caso de los contratos de crédito para vivienda a largo plazo, en los cuales el mutuuario, con o sin el consentimiento del acreedor puede pagar antes del vencimiento del término pactado la totalidad o parte de la suma prestada. La misma opinión ha expuesto la Superintendencia Bancaria en diversos pronunciamientos, como el concepto 49997 del 13 de octubre de 1989, criterios y razones que comparte esta Defensoría.

5°.- Aunque no es lo fundamental de su queja, sí vale la pena poner de presente que lo que el banco le cobra por el pago anticipado en estricto sentido no es una *sanción* ni una *multa* sino el resultado de aplicar una *cláusula penal* incluida en el contrato de mutuo (Cfr. Arts. 1592 y 1504 del Código Civil) lo que en el caso presente corresponde al precio o contraprestación por anticipar el plazo o por allanarse a algo distinto de lo que se convino cuando el en abril de 2.004 (para estos efectos nada interesa la fecha de desembolso) usted firmó un pagaré con espacios en blanco que en fotocopia hemos tenido a la vista (folios 5 y 6) en el cual se lee que el banco puede cobrar el capital y el interés bancario corriente sobre la totalidad del capital adeudado y con plazo pendiente en la fecha del prepago. En esa cláusula y en las disposiciones legales antes citadas está la legitimación para que el banco cobre ese recargo, el que será legítimo en la medida en que no exceda el valor matemático de los intereses calculados sobre la totalidad del plazo pendiente. Conviene decir que esta parece ser una tendencia o solución universal porque hemos visto que en el derecho comunitario europeo el principio general se invierte pero la consecuencia última no desconoce los derechos del acreedor: allí se dice que para favorecer la competencia y al mismo tiempo proteger a la parte más débil en estos contratos, el deudor puede prepagar el crédito cuando a bien lo tenga y que el acreedor no se puede oponer ello pero sí puede cobrar una compensación económica, necesariamente menor a la suma de los intereses estimados por el plazo pendiente, que en el fondo es lo que exige el Banco Popular en este caso.

Así las cosas, Banco... ha actuado como se convino en el contrato y su comportamiento en este caso tiene asidero legal. Por lo antedicho consideramos que procede el cierre de este caso.

**Créditos oficialmente regulados.  
Cláusula aceleratoria.**

**Ref.- 08-1-43-197** (4 de noviembre de 2008)

**1°.-** Su queja se explica porque:

**1.1.-** El banco a través de distintos requerimientos verbales le ha exigido el pago anticipado y total del capital del crédito línea Finagro N° 72... por \$3.000.000<sup>oo</sup>, el cual fue desembolsado el 14 de junio de 2007 y pactado a 36 cuotas y amortizaciones semestrales que ha cumplido oportunamente.

**1.2.-** Asegura no que no entiende ni se explica las razones por las cuales el banco hace éste requerimiento de "*pago anticipado*". En su opinión "*la aceleración de los plazos de amortización a los que tengo derecho conforme a las condiciones de la línea en mención, desborda y sobrepasa los principios y el propio entorno que tienen previstas las líneas de crédito estatales y en el caso particular, que me fueron justamente aceptadas...*" Por lo anterior no está de acuerdo con el cobro que hace el banco de forma anticipada que contraría el fomento agroindustrial que tanto pretende la Nación. En consecuencia solicita las explicaciones del caso.

**2°.-** En comunicación recibida el 15 de octubre del año en curso el banco nos puso de presente que:

**2.1.-** El crédito en mención fue aprobado bajo las siguientes condiciones:

- a. Monto: \$3.000.000<sup>oo</sup>
- b. Modalidad: Pequeño Productor- Programa Agro Ingreso Seguro – AIS.
- c. Destino: Plantación y Mantenimiento Tomate de Árbol
- d. Período de gracia: Sin.
- e. Tasa de interés: DTF-2 E.A.
- f. Amortización a capital: Semestre Vencido.
- g. Pago de intereses: Semestre Vencido.
- h. Garantías: Firma personal y FAG por el 100%.

**2.2.-** El plazo pactado se estableció en seis cuotas semestrales de \$500.000<sup>oo</sup> de capital más los intereses. Debido a que el crédito fue desembolsado el 14 de junio de 2007, la primera cuota de capital se debía pagar el 14 de diciembre de 2007, fecha en que el banco descontó de su cuenta de ahorros el saldo disponible, que en ese momento era de \$242.343<sup>oo</sup>, suma que resultó insuficiente para absorber la cuota pactada. Desde ese momento usted quedó en mora.

**2.3.-** Tratándose de recursos de Finagro, a partir de la mora el banco debe desplegar el procedimiento previsto para el cobro de lo debido. Para estos efectos se puede promover la normalización del crédito dentro de los términos previstos para tal fin, *“que son máximo hasta el día 120 de mora o en su defecto se entrega al cobro por vía jurídica, acelerando el cobro de las cuotas y por ende, haciéndose exigible el pago total de la deuda”*. En consecuencia asegura el banco que *“la única alternativa de arreglo sería a través de una extinción con rebaja e intereses contingentes la cual hace referencia a la cancelación total de la deuda por concepto de capital, intereses en cuenta por cobrar, parte de Intereses contingentes, otros conceptos y honorarios de abogado”*.

**2.4.-** Asimismo, aclara el banco que los requisitos para éste estudio son: (i) Constitución de depósitos en garantía –el valor mínimo será el equivalente a los saldos contabilizados-; (ii) solicitud justificada explicando las causas del vencimiento; (iii) información financiera actualizada.

**3º.-** Esta Defensoría considera que:

**3.1.-** Tal como usted lo sugiere, este tipo de créditos oficialmente regulados está sujeto a privilegios, seguridades o garantías, plazos, tasas de interés y principios que los hacen más estrictos que los créditos ordinarios, a tal extremo que en ocasiones -como ocurre cuando el beneficiario incurre en desviaron del crédito- hay consecuencias penales que serían inconcebibles en tratándose de créditos ordinarios. Uno de los elementos rígidos de los créditos de Finagro es la aceleración del plazo y las obligaciones del intermediario financiero en el más cuidadoso y oportuno recaudo de las cuotas, diligencias que son necesarias porque en el diseño de esas líneas de crédito se da por cierto que el crédito es atendido regularmente y que las posibilidades de pérdida para el acreedor deben ser muy bajas, lo que se explica por las finalidades sociales que el Estado desarrolla a través de estos mecanismos. Así, en los casos en los que el intermediario financiero utiliza recursos de Finagro, muy poca libertad tiene el banco para definir las condiciones del crédito o el servicio de la deuda.

**3.2.-** En el *Pagaré Finagro Tasa de Interés Variable DTF (E.A.) Persona Natural o Jurídica*, firmado por usted el 8 de junio de 2007, se dice lo siguiente:

*“Cláusula Aceleratoria: Expresamente autorizamos a EL BANCO o a quien en el futuro ostente la calidad de tenedor legítimo del pagaré para dar por terminado el plazo pactado y exigir de inmediato judicial o extrajudicialmente el pago total del valor de mi (nuestra)(s) obligación(es) pendiente(s), sus intereses, seguros, gastos de cobran-*

za en los siguientes casos sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial para constituir en mora.

“A) Incumplimiento de una cualquiera de las obligaciones a mi(nuestro) cargo contenidas en este instrumento o de cualquier otra obligación que tenga(mos) para con EL BANCO”<sup>1</sup>.

**3.3.-** En consideración a que el último abono se hizo a través del cargo contable que ya mencionamos y se hizo parcialmente el 14 de diciembre de 2007 por \$243.343<sup>oo</sup>, siendo que el monto que debía pagar era de \$500.000<sup>oo</sup> más los intereses, la obligación a su cargo quedó en mora y el banco procedió como se acostumbra en este tipo de negocios o como lo exige Finagro, según lo que hemos descrito en el numeral **2.4.** de esta comunicación.

**3.4.-** El pacto en virtud del cual nace a la vida jurídica la cláusula aceleratoria, es una manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes. La cláusula supone que el deudor de la obligación crediticia asumirá como uno de los efectos que se deriven de la mora en su pago, la pérdida del plazo pendiente. En el ambiente jurisprudencial se ha dicho que *“es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público”*<sup>2</sup>. Esta potestad de los contratantes implica que ejercerán su voluntad dentro del marco de autonomía que la legislación les concede. Así las cosas, deberán respetar *“el principio de la buena fe, el cual comprende, entre otros, un deber de obrar con honestidad y lealtad. Dichos presupuestos tienen expresa aplicación en las relaciones contractuales con fundamento en el artículo 83 Superior*<sup>3</sup>. *Para el derecho no son indiferentes, entonces, los postulados axiológicos que propugnan el respeto a la confianza y la cooperación que deben disciplinar todas las relaciones humanas, bien si se trata del ejercicio de derechos o del cumplimiento de obligaciones libremente acordadas por los particulares. Además, no puede pasarse por alto que una de las consecuencias específicas de la aplicación del artículo 83 citado, es que los contratos –ejemplo clásico de las relaciones entre particulares-*

1 Adicionalmente se establecen nueve causales más, entre las cuales mencionamos: el inicio del trámite de liquidación obligatoria, la muerte de alguno de los deudores, embargo o persecución judicial que pueda recaer sobre los bienes que garantizan la obligación, quebranto patrimonial o iliquidez, etc.

2 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-367 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández.

3 Constitución Política de Colombia. Artículo 83. *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*.

*deben ser interpretados atendiendo el principio de la buena fe*<sup>4</sup>. Con lo anterior queremos significar que bastará el pacto de la cláusula aceleratoria para que el cobro total del crédito producido por la mora en la obligación, sea legal.

**3.5.-** Con ocasión de la demanda de constitucionalidad sobre el artículo 69 de la ley 45 de 1990<sup>5</sup>, la Corte Constitucional aseguró que la posibilidad de pactar cláusulas aceleratorias no atenta contra la libertad de contratación, básicamente porque la norma no impone la creación de este tipo de cláusulas sino que las permite, limitando las condiciones para su exigibilidad<sup>6</sup>. En fallo anterior ya había indicado la Corte que el pacto de las cláusulas aceleratorias no era una práctica abusiva o discriminatoria porque se *“constituye en una herramienta que el ordenamiento jurídico establece para la satisfacción material de los derechos sustanciales amparados con garantías reales y protegidos por el ordenamiento superior, dentro de la libertad de configuración que posee el legislador para diseñar formalidades procesales en virtud del artículo 29<sup>7</sup> de la Carta, con el propósito de hacer efectivo el cobro jurídico del derecho de hipoteca o prenda, constituido sobre bienes inmuebles, naves, aeronaves y en general todo tipo de bienes”*<sup>8</sup>. En esta misma sentencia se determinaron los límites generales del pacto de la cláusula, la cual no puede contrariar *“los derechos de los demás, ni el orden jurídico que le sirven de base o fundamento, pues con ello se afectaría la validez del acto o del negocio jurídico”*<sup>9</sup>; porque en concreto, se entiende que tanto la prohibición de la restitución del plazo, así como el cobro de intereses –ambas prohibiciones se

4 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-332 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda.

5 Ley 45 de 1990. Artículo 69. *“Cuando en las obligaciones mercantiles se estipule el pago mediante cuotas periódicas, la simple mora del deudor en la cancelación de las mismas no dará derecho al acreedor a exigir la devolución del crédito en su integridad, salvo pacto en contrario. En todo caso, cuando en desarrollo de lo previsto en este artículo el acreedor exija la devolución del total de la suma debida, no podrá restituir nuevamente el plazo, salvo que los intereses de mora los cobre únicamente sobre las cuotas periódicas vencidas, aun cuando comprendan solo intereses”*.

6 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-332 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda.

7 Constitución Política de Colombia. Artículo 29. *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por el, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*.

8 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-664 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

9 *Ibidem*.

derivan del tenor literal del artículo 69 de la ley 45 de 1990- constituyen los límites de la cláusula aceleratoria. Con respecto a los intereses se entiende que “*el acreedor eventualmente podría cobrar intereses de mora si se presentan retardos en el cumplimiento de la obligación, sobre las cuotas vencidas, siempre y cuando mantenga el plazo originalmente pactado*”<sup>10</sup>, pues el caso contrario supondría la ilegalidad del cobro. Teniendo en cuenta el marco general que supone la legalidad de las cláusulas aceleratorias, observamos que nada obsta para que las partes incluyan este tipo de cláusulas en sus contratos de crédito y de presentarse alguna de las causales previstas para su cobro, que el acreedor exija el pago total al deudor.

**3.6.-** Como quiera que “*Las cláusulas aceleratorias de pago otorgan al acreedor el derecho de declarar vencida anticipadamente la totalidad de una obligación periódica*”, se genera la extinción del plazo convenido por causa de la mora del deudor y “*se hacen exigibles de inmediato los instalamentos pendientes*”<sup>11</sup>. Lo anterior implica que en este caso el banco obró conforme a derecho, debido a la verificación de los dos elementos esenciales de la cláusula aceleratoria, a saber: (i) el pacto voluntario; y (ii) la constitución del deudor en mora.

**3.7.-** En nuestra opinión y por las razones expuestas, concluimos que al banco le asiste la razón, toda vez que se cumplieron los presupuestos que configuran la potestad que tiene como acreedor de la obligación crediticia de cobrar anticipadamente la totalidad de la deuda a su buen cargo. En este sentido, creemos que la conducta desplegada por el banco es legal, lo que no impide que usted promueva un acercamiento comercial para ver de qué manera se puede definir una refinanciación o la normalización del crédito y del plazo. Creemos que lo más prudente en este caso es que usted se allane a la invitación que le ha hecho el banco para llegar a un arreglo, para lo cual tendrá que cumplir con los requisitos enumerados en el numeral **2.5.** de éste escrito.

---

10 Superintendencia Bancaria, en la actualidad, Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto N° 2003057598-1. Enero 30 de 2004.

11 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-332 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda.

## 23. FIDUCIA

**Fondo común ordinario.**

**Fondo de pensiones voluntarias.**

**Valor probatorio del comprobante de consignación y la *tarifa legal*.**

**Culpa concurrente.**

**Ref: 06-5-18-016** (28 de septiembre de 2006)

La comunicación que recibimos el 24 de agosto este año inmediatamente lo pusimos en conocimiento de Fiduciaria... para conocer sus puntos de vista sobre la queja que se explica porque usted hizo una consignación en Banco... para incrementar su participación en el *Fondo Rentar* y un mes después observó que esos recursos no se habían destinado a esa finalidad porque uno de los asesores de la Fiduciaria cometió un error y los envió al Plan Futuro. Casi un mes después usted solicitó el abono al *Fondo Rentar* (que era lo que deseaba desde el comienzo) y pasado otro mes volvió a ver que el abono no se había hecho, razones por las cuales espera las explicaciones pertinentes y la solución de este asunto.

Con base en la comunicación antes mencionada, en sus anexos y en el escrito que nos hicieron llegar los doctores Á..., Gerente de Operaciones, y N... Directora de Fondos y Servicio al Cliente de Fiduciaria... hemos concluido lo siguiente:

1º.- En el limitadísimo espacio de un comprobante de consignación el depositante debe señalar la modalidad, las restricciones, la extensión y las características del servicio que espera del banco depositario. Allí se precisan la cantidad de dinero, el nombre del depositante, su dirección, su documento de identidad, el número de su teléfono, el número de la cuenta en la que se debe abonar el dinero, la decisión anticipada sobre la posibilidad de aceptar o no el pago parcial el cheque y otros datos semejantes. Toda esa información estructura los límites, la extensión, las modalidades y las características del servicio que espera el depositante y precisa los deberes particulares, que además de los legales, quedan a cargo del banco. En la copia que recibimos como anexo de la queja, se ve que el depositante quería dos resultados que ahora sabemos eran contradictorios porque deseaba que los dineros se depositaran en la cuenta corriente 04... que corresponde al *Fondo de Pensiones Voluntarias Plan Futuro* y, al mismo tiempo, esperaba que se llevaran al *Fondo Rentar 94*.... Es decir, aunque su verdadero propósito era que destinarlos al *Fondo Rentar* (que es un fondo común ordinario) y así lo dijo en uno de los espacios del formulario, en

otra zona de ese formulario impartió instrucciones distintas porque al identificar el número de la cuenta dio a entender que deseaba incrementar su saldo en *Plan Futuro* (que es un fondo de pensiones voluntarias).

2º.- Es necesario tener en cuenta que el recibo de consignación no solo es plena prueba de la consignación sino de otros elementos de hecho como la cantidad, la fecha del depósito y el destino que a esos dineros impuso el depositante. Esta conclusión se apoya en lo que dispone el artículo 1385 del Código de Comercio y en este caso lo que el recibo de consignación demuestra le resulta favorable al depositante en una parte y desfavorable en otra y esas son consecuencias de la indivisibilidad de esta prueba documental que es especialísima en cuanto está sometida al sistema de valoración con base en la llamada *tarifa legal* y por ello mismo está excluida del sistema generalizado de la *sana crítica*. Es decir, el recibo o comprobante de consignación demuestra que usted decidió que los dineros se llevaran al *Fondo de Pensiones Voluntarias Plan Futuro* y a su cuenta en el *Fondo*, lo que no era posible y se convirtió en causa eficiente del error en el que cayó la fiduciaria.

3º.- Este problema se originó en un error, que se concreta en el número de la cuenta destinataria de la consignación. Usted dice que preguntó el número de cuenta para consignar en el *Fondo* y que el funcionario asesor de la Fiduciaria le dio un número errado. La Fiduciaria no acepta ese cargo y esta Defensoría no va a tomar partido por uno u otro dicho porque lo que manifiestan las dos partes le merece credibilidad y como ninguno de los extremos aportó prueba de su afirmación, de las dos prescinde. Sin embargo, la Defensoría observa que usted tiene recursos en dos de los Fondos de la Fiduciaria (el de pensiones y el común ordinario) y que en el que consigna normalmente es en el de la cuenta 04..., por lo que cabe la posibilidad de que usted mismo se hubiera equivocado, como también es posible que haya pedido el número de cuenta corriente "para consignar" y como en el *Fondo* no se consigna a la cuenta sino directamente al plan, quien lo atendió pudo entender que se refería a la cuenta de *Plan Futuro*. En fin, establecer la realidad de los hechos es muy difícil, lo único real es que el dinero ingresó a la cuenta corriente de *Plan Futuro* y se valoró en dicho portafolio, el formulario de consignación contiene dos datos o instrucciones contradictorias, y la fiduciaria no percibió ni podía percibir el error y por ello permaneció pasiva hasta cuando el quejoso le envió la copia del recibo de consignación. Es decir, los dineros estuvieron en el *Fondo de Pensiones Voluntarias Plan Futuro* hasta cuando usted le hizo llegar a la Fiduciaria la copia de la consignación y luego, 25 de agosto de 2006, fueron trasladados de la cuenta *Plan Futuro* al *Fondo* 94....

4º.- La demora en el traslado se explica porque cada cuenta corriente corresponde a un fondo completamente diferente, con distintos portafolios y con régimen tributario y penalidades de retiro diferentes. Por esos motivos en todos los casos antes de retirar los recursos "equivocadamente" consignados en uno u otro Fondo, es nece-

sario formalizar una serie de autorizaciones y vistos buenos, que se explican por esas razones legales, tributarias y operativas.

5°.- Para esta Defensoría es claro que (i) las instrucciones del depositante resultaron claras para el banco pero contradictorias para la fiduciaria; (ii) la fiduciaria tuvo noticia de la consignación y de las instrucciones que no le permitían obrar con certeza; (iii) el depositante no tenía libertad para utilizar un formulario de consignación más adecuado al tipo de negocio que deseaba hacer y tuvo que acomodar los datos en los espacios diseñados para otros fines; (iv) la fiduciaria tuvo la oportunidad de salir del error tan pronto lo percibió; (v) el recibo o comprobante de consignación demuestra que el depositante decidió que los dineros se llevaran al *Fondo de Pensiones Voluntarias Plan Futuro* y a su cuenta en el *Fondo*, lo que no era posible y se convirtió en causa eficiente del error en el que cayó Fiduciaria...; (vi) los formularios que deben utilizar los depositantes inducen al error, no son claros, no son idóneos para lo que se les utiliza y si bien es cierto que los diseñó el banco por los efectos que se deriven de ese diseño debe responder la fiduciaria; y, sin la concurrencia de los desaciertos descritos el daño no se hubiera producido.

En consecuencia, esta Defensoría considera que estamos en presencia de una concurrencia de culpas y que los daños deben repartirse entre las partes por mitad, sin diluirlas entre los partícipes en uno u otro de los Fondos. Por otra parte, esta Defensoría debe sugerirle a la fiduciaria que diseñe sus propios formularios para incluir en ellos los datos que orienten al depositante y eviten la repetición de experiencias como la que dio lugar a esta queja.

## 24. FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

### Fondos de Pensiones Voluntarias.

#### Liquidación de rendimientos.

#### Pasividad ante la incertidumbre o la duda del cliente.

**Ref:- 06-1-44-007** (25 de mayo de 2006)

La queja que recibimos el 17 de abril de este año, la pusimos en conocimiento de Fiduciaria... para conocer sus puntos de vista y con base en el mensaje que le dio origen a esta actuación, así como en los documentos y las explicaciones que recibimos del banco hemos concluido lo siguiente:

**1º.-** Su queja se contrae a tres asuntos, que se resumen así: **(i)** como el saldo que el 7 de abril la fiduciaria le presentó como disponible no concuerda con el que se apoya en los comprobantes de consignación y los débitos por cargos y retiros, a usted le explicaron que no se habían abonado unas consignaciones que hizo en 2005; **(ii)** nadie le ofreció explicación alguna sobre lo sucedido.

**2º.-** La fiduciaria analizó este caso con detenimiento y aportó las pruebas que esta Defensoría ha tenido a la vista, a las cuales se hará referencia más adelante, y de todo ello se concluye que:

**2.1.-** La Fiduciaria reconoce que efectivamente el 6 de abril usted tramitó un retiro, que no pudo ser atendido porque el sistema indicaba que no disponía de recursos en su plan, seguramente porque alguna consignación estaba pendiente de aplicar y por ello era indispensable que la Fiduciaria obtuviera los soportes para poder aplicarla y realizar el retiro.

**2.2.-** Revisando este caso Fiduciaria... encontró que su plan se abrió el 1 de septiembre y las consignaciones pendientes corresponden al mes de agosto, lo que indica que los recursos no estaban ingresando a la cuenta nacional recaudadora en virtud a que en ese momento no existía un plan a su nombre. Esta anomalía suele suceder en virtud de que los clientes no entregan la documentación completa para la apertura o no suministran la totalidad de la información exigida para la vinculación y sólo hasta cuando se logra consolidar tanto la información como la documentación necesaria se hace la apertura, se asignan los números de cuenta y se procesan extractos de esa cuenta. Por lo anterior, es claro que esos dineros no habían ingresado al Plan.

**2.3.-** Como usted desea conocer la metodología que se aplica para liquidar los rendimientos la Fiduciaria nos ha dicho que los Fondos de Pensiones Voluntarias administrados por ella se manejan recaudando los aportes de los adherentes a través de una cuenta corriente nacional del Banco... , cuenta en la que los clientes empiezan a recibir rendimientos desde el día siguiente del aporte, como lo instruye la Circular 036 de 2004. Una vez el cliente envía por fax la copia de su consignación, indicando el número del plan al cual de debe aplicar ese aporte, se hace el traslado de la cuenta corriente al plan individual, con los rendimientos (positivos o negativos) obtenidos.

**2.4.-** Este tipo de reclamos son frecuentes y se explican porque en el momento de la vinculación, el cliente no analiza el conjunto de cargas que debe atender con la fiduciaria y luego desatiende las recomendaciones que se le han hecho sobre la operatividad del fondo, llegando en veces a asimilar el fondo de pensiones con una cuenta de ahorros y olvidando que en estos fondos, por su naturaleza, la responsabilidad es compartida, ya que no se trata de una “cuenta en línea con el banco, sino de un fondo que -como su nombre lo indica- recibe en una sola cuenta los aportes de todos los partícipes para que luego, en desarrollo de las instrucciones de cada cliente, individualizar los aportes por planes. Pensamos que las incomodidades a las que se enfrentan los clientes, aún los que no atienden sus deberes o cargas en la gestión, pueden originar quejas en la medida en que el autor del reclamo sea un cliente, categoría que solo supone un vínculo de origen contractual con la entidad fiduciaria.

**2.5.-** Fiduciaria... conoce las incomodidades que se derivan de la operatividad actual de sus fondos de pensiones y por ello está sujeta al constante reclamo de los clientes, quienes atraídos por la rentabilidad, las exenciones de impuestos, la no aplicabilidad de la retención en la fuente ni del gravamen a los movimientos financieros (4 por mil), invierten en los fondos con la pretensión ocasional de utilizarlos como cuenta de ahorros. Pero cuando se enfrentan a las limitaciones operativas de este tipo de negocio, instantáneamente reaccionan contra la fiduciaria, exigiendo lo que no se les ha ofrecido y en la mayoría de los casos argumentando el desconocimiento total de la operatividad, lo que finalmente no los excusa de su omisión ni compromete a la fiduciaria porque esos detalles y particularidades están explicados en los contratos y en los reglamentos que de ellos forman parte, documentos que generalmente los interesados no leen con el cuidado que es necesario.

Para esta Defensoría, la fiduciaria atendió amable y oportunamente su queja pero incurrió en el error de la pasividad ante la incertidumbre o la duda de su cliente y por ello deberá interesarse en cuanto favorezca una mejor y más fluida comunicación con los clientes que afronten experiencias como la que usted ha tenido en este caso. Lo antedicho ha dado lugar a que esta Defensoría entienda que su intervención en

este asunto ha concluido, razón por la cual debe darlo por cerrado, decisión que no es obligatoria para usted, no le impone cargas o limitaciones a los derechos de acción y queja que le reconocen las leyes ni le impiden presentar sus preocupaciones o sus dudas ante los ejecutivos de la fiduciaria, interesados en mejorar el servicio.

### **La información que entrega la entidad vigilada.**

**Ref:- 06-1-44-058** (25 de mayo de 2006)

La queja que recibimos el 21 de abril de este año, la pusimos en conocimiento de Fiduciaria... para conocer sus puntos de vista y con base en el mensaje que le dio origen a esta actuación, así como en los documentos y las explicaciones que recibimos del banco, hemos concluido lo siguiente:

**1º.-** Su queja se explica porque doña J..., funcionaria de Fiduciaria..., le ofreció *“el plan futuro de la citada fiduciaria y me explicó que era una muy buena inversión no sin antes advertirme que en el caso de una caída en la bolsa lo mas grave que me podía pasar era que no ganara nada. El pasado mes de febrero recibí el primer extracto de cuenta y el saldo final en pesos era de 8.051.247 pesos, ayer 11 de abril me acerqué a la oficina del banco y cual sería mi sorpresa que 41 días después tenía 8.017.000 pesos, había perdido 24.000 pesos y lo que supuestamente ganaría por los 41 días restantes”*, lo que lo lleva a sugerir que todo ello se explique con claridad para evitar que se ofrezcan, como usted gráficamente lo dice, *pajaritos de oro*.

**2º.-** Fiduciaria... analizó este caso con detenimiento y aportó las pruebas que esta Defensoría ha tenido a la vista paara concluir que:

**2.1.-** Sobre la veracidad de la información suministrada a los clientes debemos poner de presente que en este momento es muy difícil establecer lo que realmente se dijo por cada parte y, sobretodo, es imposible reconstruir los matices y precisiones que no se pueden reconstruir y pueden dar lugar a versiones contradictorias que no estamos interesados en definir porque por el respeto debido acogemos lo que dice el quejoso y, al mismo tiempo, lo que dice la Fiduciaria, ya que ambos nos merecen consideración y nuestro servicio no se encamina a deslucir a una persona o a otra sino a promover la solución de los conflictos que ocasionalmente se presentan en el desarrollo de las operaciones en las que ellos intervienen.

Sin embargo, no se debe olvidar que cuando el cliente obtiene rentabilidades superiores a las que se han pagado históricamente, no objeta ni controvierte la

calidad ni la verosimilitud de la información que se le dio; pero cuando el efecto es el contrario, es decir, cuando los resultados son inferiores a los históricos o a los esperados, la reacción casi instantánea es decir que sobre esa posibilidad o sobre ese riesgo nada se le dijo. De hecho en todos los productos de inversión Fiduciaria... trabaja con base en los datos históricos y por ello no ofrecer y ni siquiera insinuar una rentabilidad mínima porque, además, a ello no se puede comprometer porque el sistema legal se lo impide. Por estas razones lo que la fiduciaria hace es ilustrar al cliente potencial sobre el comportamiento histórico de determinado negocio, susceptible de subir o bajar con respecto a esos datos o coeficientes.

**2.2.-** Sobre los rendimientos del Plan Futuro, Fiduciaria... dice que es preciso remitirnos al entorno internacional y especialmente a la economía de Estados Unidos, que por efectos de su impulso y directa influencia en las economías externas especialmente en la colombiana, hace que las medidas allí adoptadas repercutan directamente en nuestras finanzas. Las diferentes estrategias económicas adoptadas por las autoridades monetarias o por el gobierno de los Estados Unidos incrementan las tasas de interés a las que se negocian los títulos del mercado colombiano y por lo tanto, al tener que pagar más por un papel comprado a menor precio en anteriores circunstancias del mercado, hace que las rentabilidades de las firmas comisionistas de bolsa, los establecimientos de crédito y las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones sean negativas. Es de anotar que esta situación se está viviendo en nuestro país desde el pasado mes de diciembre, ante lo cual la fiduciaria ha venido adoptando estrategias y políticas de inversión que buscan minimizar el impacto de esta situación en sus portafolios.

Es importante recordar que los Fondos de Pensiones Voluntarias no se organizan con los mismos criterios que caracterizan las inversiones de corto plazo, por lo cual los efectos negativos en el largo plazo se mitigan o compensan con las altas rentabilidades positivas que generalmente se obtienen en Plan Futuro.

**2.3.-** Sobre la intervención de doña J...en este caso la fiduciaria nos ha dicho que ella, al igual que las demás personas que participan en la línea de ventas del producto, se basa en las rentabilidades históricas del mismo, las cuales son muy atractivas, sobre todo si se tiene en cuenta que los clientes que se atienden a través de las oficinas del Banco son aquellos que poseen cuentas de ahorros o CDT's y en cualquiera de los dos casos las rentabilidades que ellos perciben en condiciones "normales del mercado" son lejanamente inferiores con respecto a las del Fondo de Pensiones Voluntarias del Plan Futuro.

**2.4.-** La fiduciaria es plenamente conciente que la situación actual es coyuntural y explicable por factores externos ante los que no hay fórmulas de preven-

ción o escape, razón por la cual ha tenido en cuenta el impacto que esos ajustes producen entre sus clientes, acostumbrados a ganar y a ganar muy bien, y por ello sólo puede manifestar que reitera su compromiso en la búsqueda de mecanismos que minimicen las inevitables repercusiones del mercado sobre las inversiones de los adherentes del Fondo y recomienda el control de la emotividad que lleva al cliente a la cancelación del plan y en consecuencia a la realización de la pérdida que, como se dijo enantes se puede mitigar o compensar con los beneficios de otros períodos.

Para esta Defensoría, la Fiduciaria atendió amable y oportunamente su queja pero incurrió en el error de la pasividad ante la incertidumbre o la duda de su cliente y por ello deberá interesarse en cuanto favorezca una mejor y más fluida comunicación con los clientes que afronten experiencias como la que usted ha tenido en este caso.

Sus portafolios están diseñados para inversiones a mediano y largo plazo. No se pacta ni ofrece una rentabilidad determinada.

**Ref:- 06-5-18-019** (16 de noviembre de 2006)

1º.- Fiduciaria, con sujeción a las regulaciones gubernamentales y bajo la vigilancia de la SFC, administra los recursos de numerosas personas que en conjunto participan en los Fondos de Pensiones Voluntarias. Con esos dineros la Fiduciaria debe constituir un portafolio o grupo de inversiones que no invierte en lo que le parezca rentable o atractivo sino en títulos autorizados por la ley y con sujeción al reglamento de cada Fondo. Los valores unitarios de esos títulos cambian (por aumento o por disminución en el precio) y al cierre del día el conjunto se valora a precios de mercado de acuerdo también con las normas que emite la Superintendencia Financiera para tal fin. El resultado de estos negocios depende en muy buena medida de la tendencia de los precios de esos títulos y así, obviamente, la rentabilidad del Fondo fluctúa al ritmo y en el mismo sentido en que varía el conjunto de papeles.

Dentro de este contexto, Plan Futuro es un *Fondo de Pensiones Voluntarias* de renta variable, la cual fluctúa diariamente de acuerdo a las valoraciones a precios de mercado, el plazo es vista, los rendimientos son capitalizables y se caracteriza por estar concebido como un fondo de inversiones a mediano y largo plazo, con beneficios tributarios tales como exención del cuatro por mil en retiros, exención de retención en la fuente sobre rendimientos diarios la cual sólo se aplica sobre los rendimientos obtenidos por los valores a retirar antes de haber cumplido 5 años en el Fondo, disminución de la base gravable para los declarantes de renta y reducción de retención en la fuente para asalariados a través de la figura de retención contingente. Sobre estas bases las inversiones en los Fondos de Pensiones Voluntarias, buscan el incremento del valor de la presión futura del inversionista.

**2°.-** Estos Fondos de Pensiones Voluntarias son una alternativa de ahorro e inversión que a mediano y largo plazo le permite al inversionista consolidar su patrimonio personal, asumiendo el efecto de los incrementos y los de las desmejoras en los precios de los títulos que integran el portafolio. Muy posiblemente usted no tuvo en cuenta esta característica de los fondos de pensiones y creyó que la Fiduciaria estaba haciendo captaciones sobre las cuales aseguraba una rentabilidad. Es necesario recordar que los Fondos de Pensiones no se pueden concebir como alternativas de inversión de alta rentabilidad a corto plazo, ya que sus portafolios están diseñados bajo el panorama de inversiones a mediano y largo plazo. Por esa razón hacen parte de las opciones de inversión de renta variable, lo cual significa que los inversionistas recibirán el resultado de numerosas operaciones que ocasionalmente generan pérdidas o utilidades, variables las unas y las otras, razón por la cual la Fiduciaria no puede comprometerse a lograr un resultado fijo y cierto como sí sucede con los CDT y con las cuentas de ahorros.

En este tipo de operaciones el resultado final depende tanto de la ordenada y pulcra administración de los recursos captados, como de factores económicos externos que afectan de manera favorable o desfavorable el valor total de las utilidades a distribuir.

**3°.-** En estos casos las pérdidas generalmente no se originan por el descuido de los administradores de los Fondos sino por factores externos que ellos, aunque expertos e informados no pueden controlar, como sucede con la iliquidez del mercado, la inflación, la devaluación intempestiva o por fuera de los promedios esperados, la desconfianza en la tendencia general de la economía, la especulación en divisas o en materias primas, los incrementos en las tasas de interés, etc.

**4°.-** Por las anteriores consideraciones, se sobreentiende que la inversión en el Fondo Plan Futuro exige de quien lo administra la máxima eficiencia y de parte de sus adherentes la aceptación y comprensión del sistema de rentas variables que en todos los casos la Fiduciaria se esfuerza porque sea positiva, pero ocasionalmente y por períodos cortos, pueden generar pérdidas, las que se compensan con los beneficios que se logran en otros períodos. Si el adherente, que es su caso, no entiende estas particularidades, puede confundirse y hacer aseveraciones que se salen de tono como la que señala a la Fiduciaria como deshonesto para decir luego que se siente robado, exageraciones que el suscrito Defensor del Cliente no acepta por descompuertas.

**5°.-** Respecto a la comercialización del plan es claro que lo primero que se le dice al adherente es que no se pacta ni ofrece una rentabilidad determinada, ya que las valoraciones diarias a precios de mercado no permiten establecer de antemano un compromiso que dependa de una tasa o de un valor fijo para el inversionista, así que la rentabilidad del producto se define según las rentabilidades del portafolio en los

período venideros, lo que en el corto plazo implica el riesgo de perder o ganar pero en el largo plazo, por efecto de las compensaciones, genera utilidades.

**6°.-** La capacitación de los Asesores que Comercializan los productos y servicio fiduciarios se inicia en el momento mismo de la selección de personal, ya que el perfil exigido para desempeñar dicho cargo, limita las opciones a profesionales en Administración de Empresas, Ingenierías, Derecho y/o afines y pide mínimo 6 meses de experiencia en el área comercial. Es importante aclarar que los Asesores son especializados para la venta de un producto o servicio específico y para el caso que nos atañe, Fondos de Inversión. Una vez vinculado el personal se les forma en cada producto a nivel operativo, comercial, jurídico, contable y tributario. Posteriormente, se les capacita en el perfil del cliente Fiduciario, atendiendo a las características de cada producto y a las especificaciones de ley al respecto.

Una vez finalizada la formación teórica, la cual se lleva a cabo en dos semanas, el nuevo Asesor es enviado como acompañante de uno de los Asesores expertos durante una semana. De allí sale a realizar sus propias visitas, acompañado durante la primera semana por el Director o Gerente Comercial y a la cuarta semana ya sale sólo a trabajar en el mercado. Con la fuerza de ventas del banco que no está vinculada directamente con la fiduciaria, pero que también ofrece sus productos y servicios, se realizan procesos de capacitación cada dos meses, enfatizando los aspectos operativos y comerciales del producto, lo que se refuerza constantemente con las visitas que diariamente realizan los Asesores de la Fiduciaria a las oficinas del Banco...

**7°.-** Su caso no es diferente al de los miles de inversionistas de Fondos de Pensiones Voluntarias y obligatorias del país, que por efectos de la volatilidad registrada por los mercados locales e internacionales a lo largo de los últimos 6 meses generaron en un período de tiempo muy corto valoraciones negativas en todos los portafolios de inversión en pesos a mediano y largo plazo en Colombia, incluyendo los que administran las Sociedades Fiduciarias, Fondos de Pensiones, Comisionistas, etc.

Nuestros mercados venían gozando de la benevolencia de flujos de capitales externos en un entorno local de importantes mejoras económicas respaldadas por la percepción generalizada de un aumento en la seguridad democrática. Este clima generó valoraciones muy altas de todos los activos en el país, tan altas que su ritmo era superior al promedio mundial y no era sostenible indefinidamente.

Los temores sobre el posible aumento en la tasa de inflación y al alza en las tasas de interés en los Estados Unidos, así como del probable comienzo de una política monetaria contraccionista global, generaron tomas de ganancias en los mercados emergentes mundiales. Colombia no se vio excluida de estas tendencias y la corrección de precios fue mucho mayor en nuestro país a la del promedio de la región.

Aunque es muy difícil predecir estos movimientos tan bruscos y repentinos en los precios de los activos, Fiduciaria, ha hecho su mejor esfuerzo para minimizar los efectos de estas correcciones, teniendo en cuenta que el tiempo de inversión de los portafolios que administra es de mediano y largo plazo.

**8°-** No se olvide que la administración de portafolios incluye el establecimiento de políticas encaminadas a mitigar los riesgos inherentes a la operación y a cumplir con las normas establecidas por los organismos de control al respecto. Las políticas aplicables a cada fondo son: **(i)** las contenidas en la ley, **(ii)** las contenidas en cada uno de los reglamentos que han sido aprobados por la Superintendencia Financiera; y, **(iii)** las que resultan de las disposiciones que provienen de los diferentes organismos internos de la Fiduciaria, institución que cuenta con mecanismos para controlar los diferentes riesgos asociados a la administración de portafolios, los cuales se manifiestan por medio de diferentes tipos de límites, dentro de los cuales se encuentran: **(i)** atribuciones, **(ii)** cupos por tipo de papel o por sector; **(iii)** políticas sobre variaciones y promedios; y en general el cumplimiento de las diferentes exigencias impuestas por la ley o por la Superintendencia Financiera de Colombia. Al mismo tiempo existen mecanismos y metodologías que se utilizan para monitorear y controlar el cumplimiento de esos límites y criterios de dispersión del riesgo.

**9°.-** Hemos analizado si la Fiduciaria ha incurrido en motivo de responsabilidad por el menor valor del Fondo que en últimas afectó su patrimonio porque usted no pudo retirar el mismo valor de su inversión inicial o, si por el contrario, la desmejora obedece a una causa técnica no resistible por la Fiduciaria. Nuestra conclusión es que en este caso Fiduciaria no ha incurrido en culpa y no es responsable.

**10°.-** Sobre la falta de información oportuna, que es otra de sus quejas Fiduciaria nos explicó que en virtud de la actualización de la información de esa compañía, al integrar un nuevo servidor de sistemas a la plataforma tecnológica, durante los días 17, 18 y 19 de octubre algunos módulos del sistema estuvieron fuera de servicio y por ello no pudo enviar el reporte de tasas diarias a las oficinas del banco, incluida Montería, ciudad a la que usted se refiere. Sin embargo, en vista de dicha situación usted, a través de la línea nacional gratuita se comunicó con la fiduciaria y por este medio se le informaron las tasas de interés de esos días.

Bajo el marco referencial anterior y teniendo en cuenta la finalidad del fondo como una inversión a largo plazo, la ley exige que cada seis meses se le entregue al cliente un informe sobre las operaciones. No obstante, la fiduciaria envía extractos mensuales, indicando saldo inicial, rendimientos, retiros, aportes, retención y saldo final y también muestra la composición del portafolio y la tasa promedio del mes. Hemos visto que la Fiduciaria cuenta con un sistema de envío diario de saldos vía email a la dirección de correo electrónico que el cliente haya registrado para tal fin.

Por otra parte las tasas diarias para 7 días, 30 días, 180 días y 365 días se publican diariamente en el diario la República y también aparecen registradas en la página web de la Fiduciaria.

**11°.-** La Fiduciaria nos ha dicho que desconoce los fundamentos que usted tiene para decir que ha sufrido deterioro importante de sus recursos, que hay un comportamiento deshonesto en la fiduciaria, que se siente víctima de atropello y robo durante los días 17,18 y 19, período durante el cual no tuvo acceso a los saldos de sus cuentas, lo que no es entendible porque el comportamiento de su inversión en esos días y hasta la cancelación fue la siguiente:

Fecha (2006)	Saldo	Rendimientos rentabilidad	Porcentaje de
16/10	\$39'757,609.29	\$6,039.18	5.70%
17/10	\$39'773,895.49	\$16,286.20	16.12%
18/10	\$39'781,663.03	\$7,767.51	7.39%
19/10	\$30'791,206.75	\$9,513.72	9.15%
20/10	\$0.00	\$5,614.78	5.29%
	Total	\$45,252.42	

Como muestra este cuadro, para el período que es la causa de su queja, usted obtuvo utilidades del orden de \$45.252.42 por lo que no consideramos que haya lugar al perjuicio grave que usted menciona.

## 25. DEPÓSITOS JUDICIALES

**Los certificados de depósitos judiciales no son títulos valores.**

**El pago supone la presentación del original.**

**No es necesaria la presentación personal.**

**Ref:- 05-1-43-142** (15 de diciembre de 2005)

1º.- Su queja se explica porque (i) la señora E..., Jefe Operativa de la Sucursal 3 Norte del municipio de Yumbo (Valle), se negó a cancelar las copias los títulos de depósitos derivados de un contrato de arrendamiento y le exigió a su apoderado dos cosas: que presentara los originales y que si no los tenía (ii) iniciara un proceso de cancelación y reposición de título valor. En consecuencia, usted, como interesado en el recaudo, solicitó que se le pagaran esos títulos porque no siendo títulos valores no entendía por qué se le hacía esa exigencia.

2º.- En la carta que el señor P... le envió el 11 de octubre queda claro que el pago sólo es posible mediante la presentación del original del título y que desde este punto de vista la señora E... actuó razonablemente y con base en los manuales aplicables.

3º.- Para los efectos relacionados con la sustitución de esos títulos, la que procede cuando el beneficiario no los puede presentar, ya sea porque los extravió, se destruyeron o porque jamás los recibió -como parece ser el caso- el *Manual de Depósitos Especiales. Depósitos de arrendamiento. Consulta General de Depósitos de arrendamiento Junio-Julio Agosto-Septiembre de 2005*, exige que el solicitante presente: el denuncia; carta de autorización del consignante o beneficiario para cancelar y reponer el título; y en el caso de los depósitos de arrendamiento, adicionalmente el solicitante debe presentar copia del contrato de arrendamiento.

4º.- Por otra parte, aunque el manual exige que el beneficiario (quien ha de ser el solicitante) presente el original del documento de identidad y entendemos nosotros que para ello es admisible el apoderamiento, el banco considera que el beneficiario debe presentarse personalmente, carga que no exige el manual.

5º.- Aunque el banco nos envió tres cartas sobre este asunto, no pudimos precisar a ciencia cierta si la Jefe Operativa de la Sucursal 3 Norte del municipio de Yumbo (Valle), doña E..., le exigió a su apoderado que iniciara un proceso de cancelación y reposición de título valor. Para nosotros ese es el punto central de su queja y para evaluarlo debemos decir que:

**5.1.-** Coincidimos con usted en que no siendo ese documento uno de los que regula el Título Tercero del Libro Tercero del Código de Comercio, es imposible someterlo al proceso de reposición y cancelación de títulos valores como parece que le explicó, le sugirió o le exigió la señora E....

**5.2.-** Como ustedes, es decir usted o su apoderado, no pueden exhibir los originales, el banco debe atender el pago y al mismo tiempo debe actuar con precaución para prevenir desaciertos y daños a terceros. Para tal fin ha diseñado un trámite institucional que se cumple en el mismo banco, que no es el proceso jurisdiccional encaminado a la reposición o a la cancelación de títulos valores sino más bien una sencilla diligencia que el banco ha denominado de esa manera, creando así una anfibología que conduce a mensajes equívocos como el que se dio en este caso.

**6º.-** Siendo así las cosas, y como los títulos de depósito que dieron lugar a su queja no son títulos valores, usted está legitimado para realizar el crédito que le pertenece porque ese derecho no forma una sola sustancia con la pieza que lo describe y separadamente del título puede subsistir. Sin embargo, aunque el banco no le puede exigir el adelantamiento del proceso judicial concebido para una categoría de documentos que tienen especial naturaleza y atributos, los que no se reconocen en los títulos de depósito que originaron esta experiencia, sí puede exigirle algunas verificaciones y seguridades como las que describe el manual que en sus partes pertinentes el banco le envió el 11 de octubre.

**7º.-** Debe quedar muy claro que usted no debe iniciar el proceso jurisdiccional antes mencionado sino adelantar el trámite que se cumplirá en las oficinas del banco.

### **Vocería.**

#### **Silencio del Consejo Superior de la Judicatura.**

**Ref:- 05-1-43-203** (15 de febrero de 2006)

La queja que recibimos a finales del año pasado la pusimos en conocimiento de Banco... para conocer sus puntos de vista y con base en la carta que le dio origen a esta actuación y las explicaciones que recibimos de esta entidad financiera hemos concluido lo siguiente:

**1º.-** Su queja se origina en las dificultades que ha tenido para redimir un depósito judicial, procedimiento que usted considera absurdo e ineficiente.

**2º.-** Entendemos que el banco ya pagó el título y que el 15 de diciembre del año pasado le explicó el origen de estas dificultades, que no provienen de decisiones del

banco sino del régimen que está contenido en el Acuerdo 1676, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura el 18 de diciembre de 2.002, al cual debe someter el banco sus procedimientos operativos. Esta Defensoría ha recibido numerosas quejas muy parecidas a la suya y por ese motivo le presentó el tema al Presidente del Consejo Superior de la Judicatura sin resultado alguno y ahora volveremos sobre este asunto porque todo lo que usted dice tiene sentido y debe evaluarse por las oficinas estatales que puedan mejorar estos procedimientos para beneficio general. Para este efecto hemos pensado recoger las distintas quejas que hemos recibido y ponerlas en conocimiento del Consejo Superior de la Judicatura para lo que a ese organismo corresponda.

### **Extravío de los títulos. Concurrencia de culpas.**

**Ref:- 06-1-2- 058** (19 de julio de 2006)

**1º.-** Su queja se explica porque unos Depósitos Judiciales que se expidieron a favor de su señora madre (q.e.p.d.), después de su muerte se pagaron a quien no era su beneficiaria, lo que ha dado lugar que ustedes soliciten que se abra una investigación sobre lo acontecido y a que se paguen los títulos a quien corresponde.

**2º.-** Banco... nos ha explicado que el 23 de junio que acaba de pasar, la doctora A...- Directora de la Oficina Avenida Jiménez- les expuso las razones por las cuales no procederá al reintegro de lo pagado, razones que se resumen en que el trámite de cobro satisfizo las exigencias ordinarias previstas para tal efecto, el banco no supo de la muerte de la titular y al banco no se dio noticia sobre el extravío de los títulos.

**3º.-** La opinión del suscrito se aparta de la del banco y se resume así:

**3.1.-** El banco ha adoptado un procedimiento para el pago de este tipo de documentos y al anverso de los títulos ha dicho que “*El pago de este depósito se hará directamente al arrendador o a su representante...*” (las cursivas son nuestras). Esa es la regla y a ella están sometidos el tenedor o beneficiario y el banco mismo, lo que permite entender que si el pago se hizo a quien no era *el arrendador o su representante*, el pago se hizo mal y del mal pago responde el deudor.

**3.2.-** El que ustedes no hubieran avisado la muerte de su señora madre no modifica las exigencias ni las condiciones de las que depende el pago y ni las agrava ni las atenúa. Es decir, avisando o no la ocurrencia de tal calamidad familiar la operación y el trámite eran y son los previstos en los manuales y reglamentos aplicables al caso.

**3.3.-** El banco dice que ustedes no le avisaron el extravío de los originales y esa sí es una poderosa razón para censurar la diligencia con la que ustedes atendieron este asunto porque la falta de custodia, la serenidad o la indiferencia de alguna manera contribuyeron al daño, con más o menos intensidad de la que se le puede atribuir a la verificación que hizo el banco, la que dígame lo que se diga ha de entenderse imperfecta porque la verdad es que la legítima beneficiaria no fue quien recibió el pago.

**3.4.-** Las resultas del daño deben tratarse bajo la regla de la responsabilidad compartida de los agentes y las víctimas, lo que da pie para concluir que el banco y ustedes deben soportar por mitades los efectos del daño, es decir, el banco deberá pagarles, con sujeción a las exigencias civiles aplicables al caso sobre legitimación activa, el cincuenta por ciento del importe de los títulos que se pagaron mal.

### **Creación de requisitos “sobre la marcha”.**

**El banco solo puede exigir lo que las leyes y sus propios manuales dispongan**

**Ref. 07 1-43-203** (23 de noviembre de 2007)

**1º.-** Su queja se explica porque siendo usted apoderado especial de su señor padre el Banco... se ha negado a entregarle los depósitos judiciales correspondientes a dos meses de arrendamientos.

**2º.-** En las respuestas que Banco... nos envió el 16 de octubre y el 19 de noviembre se limitó a anexar copia de la carta que el Director de la oficina de El Espinal le envió a usted el 8 de octubre y el 15 de noviembre para aceptar el poder y para explicarle que el banco aceptará el poder siempre y cuando la autorización “sea autenticada ante notaría”, caso en el cual el cheque se expedirá a nombre del beneficiario del depósito y se le entregará a usted, como apoderado del titular del crédito.

**3º.-** Desde nuestro punto de vista el comportamiento del banco no es razonable porque si el poder que usted presentó es el que nos envió en fotocopia no se entiende por qué o para qué el banco exige lo que ya sabía estaba satisfecho porque la autenticación que le pidió el 12 de octubre es la que se ve fechada el 20 o 26 de julio y luego, la que le pidió el 8 de octubre es la que su padre hizo el 10 de ese mismo mes. Así las cosas el banco debe abstenerse de exigir lo que ya se cumplió y como los dos poderes son auténticos debe respetarlos y pagar los títulos más dilación, girando el o los cheques a nombre de su señor padre porque siendo usted apoderado los derechos pertenecen al poderdante y solo si fuera cesionario pasaría a ser titular de esos derechos, caso en el cual el pago se le haría usted y el poder no sería necesario.

4º.- La opinión teórica de esta Defensoría se resume diciendo que el banco o los funcionarios de esa entidad que han intervenido en este asunto –que para el caso son el banco mismo- están formulando exigencias que parecen caprichos y que no solo carecen de utilidad sino de soporte legal por las siguientes razones:

- 4.1.- Lo que el banco le ha pedido en las dos ocasiones ya estaba satisfecho.
- 4.2.- Sin que fuera posible, el banco desconoció un poder autenticado; y sin que fuera necesario obligó a su padre a otorgar un segundo poder también autenticado.
- 4.3.- El banco y quienes están a su servicio están obligados a cumplir las leyes, sus propias reglamentaciones internas y las decisiones o instrucciones generales que imparta la Junta Directiva. Siendo ello así no puede el operador crearlas sobre la marcha porque ese es su parecer y no estando facultado para crearlas a su manera las que imponga sin razón entendible carecen de fundamento.
- 4.4.- Desprevenidamente se diría que el banco puede tener razón al exigir cuanto documento, estudio y certificado considere necesario. Ello no es así. El banco solo puede exigirle al cliente lo que las leyes y sus propios manuales o instructivos dispongan para conocer el cliente o su negocio, analizar el origen o el destino de sus recursos o para verificar la extensión o las modalidades de los derechos o de los riesgos. Es decir, el funcionario no puede ir creando “sobre la marcha” exigencias a cargo del cliente, porque no solo puede sino que debe solicitar lo que las leyes y los reglamentos y manuales de la institución señalen.

En resumen, lo antedicho nos exime de reflexiones adicionales y le impone al Banco... la carga y el deber de respetar los poderes auténticos que usted le presente; y, las de simplificar las exigencias, abstenerse de exigir lo que ya se le entregó o no necesita para definir determinado negocio.

## 26. EMBARGO JUDICIAL

**El banco no puede descalificar la orden judicial sino limitarse a registrar el embargo.**

Ref:- 06-1-43- 250 (30 de octubre de 2006)

Su queja se explica porque el Instituto Nacional de Vías le comunicó al Banco... por escrito, por fax y verbalmente que esa entidad es *“un establecimiento público del orden nacional ...(cuyas) rentas y recursos independientemente de la cuenta bancaria en que se encuentran, están incorporados en el Presupuesto General de la Nación, razón por la cual gozan de la protección de inembargabilidad en los términos del artículo 6° de la Ley 179 de 1994”* y a pesar de ello, sin previa mediación del Instituto Nacional de Vías debitó la cuenta corriente en \$21.151.487.02 por orden del Juzgado Promiscuo del Circuito de Sucre-Sucre.

1°.- El banco actuó como la ley y la Superintendencia Financiera de Colombia lo exigen porque:

1.1.- Numerosas disposiciones legales han establecido que determinados recursos o depósitos son inembargables. Entre esos preceptos están el artículo 6° de la Ley 179 de 1994, el artículo 38 de la Ley 921 de 2.004, el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, el artículo 91 de la Ley 715 de 2.001 y el ordinal 4° del artículo 126 del EOSF, entre otros.

1.2.- Por cuanto con alguna frecuencia los jueces de la República ordenan el embargo de la totalidad del saldo disponible en cuenta corriente o de ahorros, en esos casos el banco deberá escoger una de dos opciones: registrar el embargo y cargar la cuenta para que los dineros queden a órdenes del juez; o, cuestionar o posponer la orden judicial y abstenerse de atenderla mientras el juez no la confirme o desatenderla por la prevalencia objetiva que se le reconozca a la ley sobre la orden judicial, dejando los recursos disponibles y a órdenes del titular de la cuenta. Aunque las dos alternativas parecen razonables, la Corte Constitucional (Sentencia T-025 del 1° de febrero de 1.995, expediente T-46448) consideró que el banco no puede descalificar la orden judicial sino más bien obedecerla sin tardanza y, luego, para divulgar ese criterio, la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) lo acogió y lo hizo exigible para los bancos, de tal modo que esas entidades no tienen libertad para escoger una u otra alternativa y deben limitarse a registrar el embargo para luego comunicarle al juez su acata-

miento y al mismo tiempo poner el caso en manos de la Contraloría General de la República porque así lo manda el artículo 3° del Decreto 1807 de 1994, según el cual: “...*el establecimiento de crédito que reciba una orden de embargo en contravención a lo dispuesto por el presente Decreto, deberá informar inmediatamente a la Contraloría General de la República para que inicie un juicio fiscal contra el funcionario judicial que ordenó el embargo.*”

**1.3.-** Banco... actuó como la Sentencia de la Corte enseña y como la Superintendencia manda. En consecuencia por lo actuado nada se le puede reprochar.

**1.4.-** Bajo ninguna circunstancia era necesario que el banco se interesara por lograr la “previa mediación del Instituto Nacional de Vías”.

### **Las instituciones financieras deben acatar las órdenes judiciales sin reparos y de inmediato.**

**El juicio de idoneidad de la orden de embargo es de competencia del juez.**

**Ref:- 08-1-2-340** (30 de septiembre de 2008)

**1°.-** Su queja se explica porque el Banco... aplicó un embargo de forma errónea sobre \$8.787.887.40 y \$44.374.024.16 los días 16 y 20 de junio respectivamente. Su solicitud se orienta a que le devuelvan los intereses dejados de percibir por esos valores desde la fecha de los embargos, hasta el día en el cual se desembargaron esos dineros por parte del Juzgado Cuarto de Barranquilla.

**2°.-** En la carta que el Banco... nos hizo llegar el 19 de septiembre de 2008, explicó que ...; **(ii)** la orden impartida por parte del Juez Cuarto Civil del Circuito de Barranquilla era clara y consistía en el embargo de los valores referidos en su queja; **(iii)** el banco simplemente cumplió a cabalidad la orden impartida por el Juez; **(iv)** de acuerdo con la jurisprudencia y la Circular 57 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia, las instituciones financieras deben acatar las órdenes judiciales sin reparos y de inmediato puesto que no son las llamadas a iniciar el debate jurídico sobre la procedencia o no de la medida cautelar; y; **(v)** el dinero embargado fue a parar al Banco... , y por esa razón, el Banco... no recibió ningún dinero por concepto de los intereses de las sumas embargadas.

**3°.-** Sobre el asunto previo de la competencia y sobre el fondo del caso esta Defensoría considera lo siguiente:

(...)

**3.3.-** Desde nuestro punto de vista la Circular Básica Jurídica en el Título II, Capítulo 4 le ordena a las Entidades Financieras que en presencia de una orden de embargo la cumplan de inmediato, aún en el caso de las que afecten dineros o recursos públicos, lo que significa que si el juez afecta o embarga dineros que hacen parte del Presupuesto General de la Nación, el banco debe cumplir la orden judicial sin discutir si los recursos objeto de la medida cautelar son o no inembargables.

**3.4.-** Desde otro punto de vista, las instituciones financieras no tienen legitimación procesal, ni muchos menos el derecho sustantivo ni la obligación de oponerse al embargo de los recursos que disponga el juez, porque no son parte en el proceso .

**3.5.-** Para garantizar la autonomía del juez la Corte Constitucional en sentencia T-025 de 1995 le prohibió a la antigua Superintendencia Bancaria emitir pronunciamientos sobre la idoneidad de una orden de embargo, porque esa actividad corresponde exclusivamente al poder jurisdiccional. En ese orden de ideas, si a la Superintendencia le está vedado analizar o evaluar una decisión judicial, con mucha más razón un banco no puede emitir conceptos sobre la razonabilidad de una orden de embargo.

**3.6.-** Conforme a lo dicho, y *con base en el material que obra en el expediente*, concluimos que en este caso al Banco... nada puede reprochársele, puesto que actuó conforme al ordenamiento jurídico al embargar los dineros que el Juez dispuso. Ahora bien, si se demostrara que el Banco... embargó una cuenta diferente a la que el juez ordenó o si se viera que afectó una cantidad mayor a la mencionada en la orden del juez, el análisis descrito ya no sería válido y la responsabilidad del banco sería admisible. Sin embargo, como en este caso no se demostró ese hecho, nosotros partimos de la base de que el banco acató la providencia judicial, y la cumplió tal cual el juez la profirió.

**3.7.-** Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, el Banco... tampoco es responsable por los intereses dejados de percibir por parte de ... Como lo tienen establecido la doctrina y la jurisprudencia, una de las causales de justificación eximente de responsabilidad es el cumplimiento de un deber jurídico<sup>1</sup>. Si como lo decía el profesor Alfonso Reyes Echandía “*sería injusto y contradictorio que el propio ordenamiento jurídico le impusiese a los subordinados la obligación de cumplir órdenes superiores y, al propio tiempo, los sancionase al*

---

1 BARRERA, Carlos Darío y SANTOS, Jorge. *El Daño Justificado*. Editorial Javegraf. Bogotá, 1994. Pág. 127.

*acatarlas*<sup>2</sup>, también sería injusto que debiendo el banco obedecer sin reparos la orden del juez pudiera ser responsable por los daños que no dependen de su voluntad, los que no carecen de amparo porque en estos casos la parte (dentro del proceso) que provocó el embargo injusto ha de responder por los perjuicios y si el juez es el autor del daño, la Nación responderá por falla en el servicio de administración de justicia.

Así las cosas, obedecer una providencia judicial es cumplir un deber jurídico porque en últimas implica el sometimiento a una norma de carácter público de contenido particular<sup>3</sup> y esa actuación es una justificación suficiente para eliminar la antijuridicidad en el comportamiento de Banco... De lo anterior se sigue que como el hecho no es ilícito, no se da uno de los presupuestos básicos para endilgar la responsabilidad a una persona. Como tampoco es del caso evaluar aquí si la actuación del juez se ajustó a derecho o no, termina nuestra actuación en el asunto.

---

2 REYES, Alfonso. *Derecho Penal, parte general*. Ed. Temis. Bogotá, 1987. Pág. 175. Citado por BARRERA, Carlos Darío y SANTOS, Jorge. *Op. Cit.* Pág. 128.

3 BARRERA, Carlos Darío y SANTOS, Jorge. *Op. Cit.* Pág. 130.

## 27. OTROS

### **ICR – Incentivo a la Capitalización Rural**

#### **Negligencia del banco intermediario.**

#### **Razones que explican la respuesta negativa del banco.**

**Ref:-06-1-43- 157** (2 de marzo de 2006)

La queja que recibimos el 13 de octubre del año pasado la pusimos en conocimiento de Banco... para conocer sus puntos de vista y con base en la carta que le dio origen a esta actuación y las explicaciones que recibimos de esa entidad financiera el 24 del mes de febrero de este año, hemos concluido lo siguiente:

**1º.-** Su queja se explica porque un proyecto crediticio en el que usted estaba interesado para acceder al ICR no fue inscrito por el banco y no llegó al conocimiento de FINAGRO, razón por la cual, en últimas, el crédito jamás se le concedió, lo que lo ha animado a afirmar que el hecho de no haber tenido acceso a la inscripción le quitó la oportunidad de acceder al incentivo, de donde puede derivarse un daño resarcible.

**2º.-** Después de averiguar por la razón que impidió el registro de su solicitud hemos visto que desde el primer momento el banco consideró que el proyecto no era susceptible del incentivo y que por ese motivo se abstuvo de tramitarlo, tal como lo ha venido a confirmar la Oficina Jurídica Nacional en concepto N° 465 de este año, preparado como consecuencia el estudio que la dirección General del Banco hizo para atender razonadamente la queja que ha dado lugar a esta comunicación.

**3º.-** Su queja es absolutamente razonable y a la vez que transmite un sentimiento de maltrato se encamina a sugerir que en casos como el suyo la razones de la negativa se expliciten para que el cliente, en abstracto, conociendo los defectos en los que incurrió o las debilidades de su proyecto crediticio se beneficie de esa experiencia negativa y quede bien informado, lo que implica un servicio del banco y una verdadera orientación y asesoría que le servirán para comprender tanto su propio caso como las razones que tuvo el banco para negar determinada operación. Sobre este asunto, que valoramos en su justa medida, hemos considerado pertinente desarrollar las atribuciones que le permiten al Defensor del Cliente intervenir ante las altas autoridades del banco para ser vocero de intereses generales, como sucede en este caso. En consecuencia, eso haremos y pondremos el tema en conocimiento de la Junta Directiva de Banco....

En estricto sentido el sistema de derecho positivo no le exige al banco que “justifique” la negativa, pero los principios rectores del sistema de contratos financieros, dispersos en la Constitución Política de nuestro país, el Código Civil y el Código de Comercio o enunciados en numerosas sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, sí permiten afirmar que esa carga existe. Por esa razón, le solicitaremos al banco que se predisponga a explicarle esas razones. Para tal efecto hemos tenido en cuenta que tal vez lo fundamental de la queja tiene que ver con el interés que usted, como cliente, tiene en conocer la causa de lo que decidió el banco y, desde otro punto de vista, con el derecho que tiene el banco de reservarse esa información. Así las cosas, el suscrito Defensor considera que la decisión del banco en lo que tiene que ver con la reserva de sus razones (la que nada tiene que ver con la negativa de otorgar el crédito) es desafortunada y que ahora debe predisponerse para permitir que el solicitante las conozca, decisión que se apoya en estas razones:

**3.1.-** Es cierto que el postulado de la autonomía de la voluntad privada inspira cuanto se relaciona con las diversas etapas que se identifican en la dinámica de los contratos bancarios, como la precontractual, la de vigencia del contrato y la etapa de terminación y liquidación de esas relaciones. Sin embargo, la libertad del banco no es tan amplia como la que se admitiría si se tratara de negocios ordinarios en los que no influyen los criterios relacionados con los servicios públicos, como son: *la igualdad de condiciones para el acceso al servicio, la igualdad de trato, la no discriminación y la terminación por causa razonable*. La Corte Constitucional ha entendido que es imposible sostener la tesis según la cual las entidades financieras tienen absoluta libertad para decidir las condiciones relacionadas con el acceso “*de los usuarios a dicho sector, pues ello equivaldría a negar el carácter de interés público que ostenta la actividad bancaria y de paso, conllevaría al desconocimiento de los derechos fundamentales de los usuarios de la industria financiera*” (Cfr. Sentencia T-468 de 2.003: M.P. Rodrigo Escobar Gil). Lo dicho no significa que en estos casos sea razonable el acceso indiscriminado de cuantas personas soliciten los servicios de los bancos porque ello, lo dice la misma Corte Constitucional, vulneraría la libertad contractual y la autonomía de la voluntad privada de la banca nacional y comprometería, además, “*el interés público que subyace en la salvaguardia de la solvencia y liquidez del sector financiero*” (Cfr. Sentencia T-468 de 2.003: M.P. Rodrigo Escobar Gil.)

**3.2.-** Ocasionalmente se ve que algunas entidades financieras -o más bien algunos gerentes y directores de oficinas bancarias- olvidan que esas instituciones, sin descuidar la gestión de los riesgos inherentes a los contratos que celebran, en la medida de lo posible deben resolver las necesidades de servicios financieros de quienes buscan su atención porque de ello depende el desarrollo de las diversas actividades y empresas lícitas en las que están interesados los trabajadores,

los proveedores de materias primas, los consumidores y el Estado. Tal vez por ello, la Superintendencia Financiera ha dicho, en pronunciamiento de carácter general y obligatorio, que “...*en cuanto las entidades financieras desarrollan actividades de interés público, no pueden restringir injustificadamente el acceso a los servicios que prestan y la negativa para su prestación debe basarse exclusivamente en criterios objetivos y razonables*” (Circ. 023 del 3 de agosto de 2.005, que vino a modificar el Capítulo Sexto del Título I de la Circular Básica Jurídica). Este criterio es el mismo de la Corte Constitucional y significa que:

**a.-** Las entidades financieras pueden definir libremente los segmentos de mercado dentro de los cuales van a prestar sus servicios pero una vez definidos, el acceso a los servicios no puede ser discriminatorio o desigual y tampoco se puede negar ni suspender injustificadamente.

**b.-** La negativa para prestar los servicios financieros debe basarse estrictamente en la evaluación de las condiciones y los riesgos implícitos en las operaciones que se realizan o se realizarían con cada consumidor.

**c.-** Los bancos deben evitar las prácticas que se traduzcan en el bloqueo financiero injustificado de personas, actividades o sectores. (Cfr. Corte Constitucional SU-157 de 1999; SU-166 de 1999; y, T-468 de 2.003).

**d.-** Las entidades financieras deben abstenerse de convenir cláusulas exorbitantes que puedan dar lugar al abuso de su posición dominante en la celebración de sus operaciones. (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-157 de 1.999, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

**3.3.-** Sobre la exclusión de los usuarios de los servicios que presta la actividad bancaria por razones tales como el contenido de los datos adversos que sobre sus hábitos de pago registran los bancos de datos, la Corte Constitucional ha dicho que es necesario advertir que no resulta acorde con los artículos 16, 58 y 333 de la Carta dotar a dichos registros de la virtud de excluir o de incluir sin más, de los servicios financieros y de las operaciones de crédito, a los titulares de la información (...). En fin, el cliente puede estar interesado en conocer la causa de lo que decidió el banco y por ello es inaceptable que en su caso se le haya sugerido que FINAGRO había cerrado el acceso al sistema de beneficios y que luego, por causalidad, el cliente hubiera sabido que se había reabierto esa posibilidad pero que su negocio ni siquiera había sido registrado como opcional y que sobre esa descalificación nada hubiera sabido a tiempo para corregir su defecto si lo hubo, adicionar la información, explicar algún detalle o para simplemente comprender que su proyecto no era admisible para ese tipo de beneficios.

**3.4.-** Es muy claro que la Corte se ha referido a la autonomía contractual de las entidades financieras para reconocerla y para sostener que *“en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, pues se encuentra especialmente limitada en razón a la función que desempeñan, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumento para garantizar derechos individuales, comoquiera que la libertad negocial también se limita por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio.”*

Lo antedicho no puede ser motivo para creer que el Estado propicia *“el desequilibrio económico de las actividades financieras, bursátil y de aquellas que captan dinero del público, ni quiere decir que la Constitución exija la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente. Precisamente, para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del crédito es importante la intervención del Estado.”*

**3.5.-** No se olvide que la Corte ha sostenido que la negativa que parece incomprensible y el bloqueo financiero quebrantan ostensiblemente el núcleo esencial de los derechos fundamentales a la igualdad y a la personalidad jurídica de los usuarios de la actividad bancaria. Esos criterios son de origen democrático y deben ser tenidos en cuenta por Banco... para que sus funcionarios se predispongan a explicarle al cliente algunas de sus decisiones. Los días en los que algunas autoridades se guardaban las razones de lo que decidían ya pasaron. Ahora las Cortes entienden que la Constitución no exige *“la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente”*, pero también reconocen que es necesario estimular *la democratización, la seguridad y transparencia del crédito* y con ese argumento no solo justifican los derechos de los clientes sino la misma intervención del Estado.

En este orden de ideas, es inocultable que las negativas “porque sí”, las negativas silenciosas en las que la solicitud de crédito se pospone o se deja de lado, las que resultan generalizadas y permanentes, o aquellas en las que no se identifican las razones de la negativa, en cuanto restringen un servicio público, vulneran la iniciativa privada, la personalidad jurídica y el derecho a la igualdad de los afectados (Cfr. sentencias de unificación SU-157, SU-166 y SU-167 de 1999). Por otra parte, con apoyo en el artículo 14 de la Carta se ha dicho que de allí se desprende el derecho que les asiste a todas las personas de integrarse a la *“vida negocial y al tráfico jurídico de una sociedad”*, de suerte que no puede haber personas a quienes se les nieguen *“indefinidamente la posibilidad de*

*acceder a las actividades económicas lícitas, dentro de ellas, el ingreso a la actividad bancaria*". En fin, el marco de libertad que tienen los bancos para negar las operaciones de crédito es un poco más estrecho de lo que antes fue, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º constitucional y de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos *"todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica"*, derecho que *"no puede suspenderse por los Estados, aún en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación"* y que contiene la posibilidad de participar en la economía, a que dan lugar las relaciones de los usuarios del crédito con el sector financiero, las que se deben desarrollar en condiciones de igualdad porque el crédito es un instrumento indispensable de los derechos a asociarse y a *"concretar las libertades económicas, propias de una economía de mercado"*.

**3.6.-** La Corte ha sido persistente en advertir que *"la actividad financiera se enmarca dentro de condiciones objetivas que el legislador debe preservar, como son la capacidad económica de los usuarios del crédito, y la credibilidad, seriedad, solvencia y la solidez del sector financiero"* y para prevenir un eventual mal entendido debemos precisar que nos hemos cuidado de sugerir que al quejoso se le autorice el crédito o se le niegue. Esa decisión, no lo ponemos en duda, le pertenece al banco y ha de adoptarla con base en criterios objetivos porque *"la tesis que pregona una discrecionalidad absoluta del sector financiero en la prestación de los servicios a que está comprometido resulta insostenible i) porque dicho sector realiza una actividad de interés público, y ii) en razón de que "el derecho a acceder a los servicios bancarios se encuentra directa e inescindiblemente ligado con dos derechos fundamentales: el reconocimiento a la personalidad jurídica y el de la igualdad"* (las negrillas son mías).

**3.7.-** Debemos insistir en que no es posible negar la libertad contractual de la banca para escoger objetivamente las personas con quienes desea tener relaciones comerciales, comoquiera que en este asunto también influyen *el interés público de esa actividad, el derecho de asociación y a la autodeterminación del contenido de los contratos. Por consiguiente, debe encontrarse cuál es el núcleo esencial de los derechos y libertades en conflicto, de tal manera que se imponga un respeto limitado y concreto para su correcto ejercicio, pues lo contrario implicaría anular la eficacia jurídica de la cláusula social del Estado.*

## Desplazados por la violencia

### El estatus jurídico del desplazado.

### Régimen especial para los desplazados.

**Ref:- 06-1-43-055** (13 de julio de 2006)

1º.- Su queja se explica porque siendo desplazados por la violencia no han podido lograr la condonación de la deuda que no pudieron atender porque el desplazamiento alteró sus negocios y sus vidas y, en un segundo plano se orienta a lograr que el banco les conceda un plazo superior a 15 años para pagar la deuda vencida.

2º.- Como la Red de Solidaridad Social ha certificado que ustedes tienen el estatus jurídico de *desplazados por la violencia*, esa calidad les permite acogerse a lo establecido en la Circular Reglamentaria CR-089, expedida en julio de 2005.

3º.- La Circular CR-089, tal como se los comunicó el banco en su oportunidad:

3.1.- Les da la posibilidad de acercarse a las sucursales de Banco... para normalizar la deuda a su cargo a través de la reestructuración, la refinanciación e inclusive la extinción de la deuda por dación en pago, entre otras alternativas.

3.2.- Reconoce que las personas desplazadas por la violencia están sometidas a una situación de fuerza mayor y por ese motivo mientras ustedes tengan esa calidad y hasta un año después, *“las obligaciones vigentes del secuestrado, desplazado o desaparecido siguen generando intereses remuneratorios, seguros de vida deudores, entre otros, pero, no se harán exigibles...”*

3.3.- Durante el tiempo del desplazamiento, así como en la fase de readaptación, es decir el año siguiente a la cesación del hecho, el cliente no se encuentra en mora y por lo tanto no se causarán intereses moratorios, ni se habrá motivo para los reportes ante las Centrales de Riesgo.

3.4.- Las condiciones financieras bajo las cuales se puede normalizar este tipo de cartera, una vez el deudor haya superada su situación y haya perdido la calidad de desplazado, son la reestructuración, la refinanciación de la deuda, obligación, la novación, o cualquier otra forma de manejo de deuda vigente y también *“se pueden aplicar los alivios vigentes que el banco tenga por política para la normalización de la cartera”*<sup>1</sup>.

---

1 Circular Reglamentaria CR-089 de julio de 2005.

4°.- Como ustedes propusieron refinanciar la deuda a 15 años, el banco les solicitó que fueran personalmente a una sucursal para que allí evaluaran esa alternativa y les explicaran cuáles son las alternativas que tienen para normalizar las obligaciones a su cargo.

5°.- En cualquier caso la refinanciación o lo que se convenga para normalizar ese crédito sin extinguirlo, dará lugar al cobro de intereses corrientes, seguros de vida deudores, entre otros cargos porque también se aplicarán el cuatro por mil y el impuesto de timbre si a ello hubiere lugar.

6°.- La condonación de la deuda, según los reglamentos del banco, no es posible. La definición de un nuevo plazo es posible pero ese es asunto que deben resolver con los funcionarios de la oficina que atiende su caso.

### **Planificadores Externos**

**Ref:- 05-1-43-047** (30 de junio de 2005)

Me refiero a la queja que usted presentó contra Banco... para que el Banco le cancele el valor de los honorarios que como “*planificador externo*” le corresponden por los servicios que prestó al realizar el control de la inversión que hizo R....

1°.- La Defensoría se interesó por establecer cuál es el tipo de relaciones que hay entre el banco y los “*planificadores externos*”, asunto sobre el cual el banco aclaró que con esos profesionales no existe contrato de prestación de servicios ni contrato de trabajo porque se trata de profesionales que el banco selecciona para incluirlos en una lista de expertos con quienes los clientes del banco establecen vínculos de carácter ocasional para atender aspectos técnicos que se relacionan con ciertos proyectos de crédito en los que el banco interviene.

2°.- Para la Defensoría esas listas son parecidas a las de evaluadores (de inmuebles, de vehículos, de maquinaria y equipo), las cuales incluyen los nombres de expertos que se convierten en técnicos o, según el caso, evaluadores “*aceptables*” por el banco, pero que no por ello tienen vínculo contractual que los lleve a compartir sus honorarios con el banco, los someta a determinados horarios, los subordine, los convierta en auxiliares del comerciante o los haga parte de la organización técnica o administrativa del banco, razón por la cual se les puede incluir o excluir de la lista sin que de ello se deriven derechos ni obligaciones para nadie.