

DOCTRINA DE ACTOS PROPIOS COMO HERRAMIENTA PARA INTERPRETAR
CONTRATOS FINANCIEROS EN COLOMBIA

HUGO AMADOR GÓMEZ

GLORIA ARROYAVE VERA

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TITULO DE ABOGADO

DR. JORGE MIGUEL NUR HERNÁNDEZ.
TUTOR

UNIVERSIDAD DE LA COSTA (SEDE LLANOS)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
PROGRAMA DE DERECHO
VILLAVICENCIO

2019

DOCTRINA DE ACTOS PROPIOS COMO HERRAMIENTA PARA INTERPRETAR
CONTRATOS FINANCIEROS EN COLOMBIA

HUGO AMADOR GÓMEZ
GLORIA ARROYAVE VERA

UNIVERSIDAD DE LA COSTA (SEDE LLANOS)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
PROGRAMA DE DERECHO
VILLAVICENCIO

2019

Agradecimientos

A mis hijas, Gloria y Linda, a mi compañero René, por la paciencia que han tenido en los últimos meses para poder dedicarle el tiempo necesario a este proyecto y no a ellos.

GLORIA ARROYAVE VERA

A los docentes de la Universidad que contribuyeron con mi crecimiento académico y mi interés por el Derecho, especialmente: Rosa del Pilar, Celso de Jesús, Manuel Mauricio, Mauro de Jesús, Carlos Alberto y Fredy, excelente maestro de sucesiones.

A la Dra. Margarita Díaz quien como docente y desde consultorio jurídico, siempre encontré su consejo y apoyo incondicional.

A la ingeniera Catherine G. Pulido quien, como coordinadora académica de la Universidad, siempre hallé en ella, su apoyo y colaboración, para salir adelante con este trabajo de investigación.

HUGO AMADORGÓMEZ.

Dedicatoria

A la persona más entusiasta por verme estudiar lo que yo siempre anhelé. Aunque ya no esté para acompañarme en este logro, sé que desde el plano en el que se encuentre, estará feliz por los resultados. Para Amilbia; la tía inolvidable.

GLORIA ARROYAVE VERA

A Dios, quien me guía, protege, inspira, fortalece y me da sabiduría.

A mi madre, por su nobleza y siempre me lleva en sus oraciones diarias.

A Mayra Alexandra, Eliana Carolina y Stephany, mis hijas adoradas, por las que siempre he luchado.

A Nelly Alexandra, mi compañera incondicional, fuente de apoyo, comprensión y amor.

HUGO AMADOR GÓMEZ

NOTA DE ACEPTACION

FIRMA DEL PRESIDENTE DEL JURADO

FIRMA JURADO

FIRMA JURADO

Resumen

El presente trabajo denominado “LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS COMO HERRAMIENTA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS FINANCIEROS EN COLOMBIA” se constituye en un gran esfuerzo por la búsqueda o conformación de una teoría, en la cual se pretende demostrar la posibilidad de aplicar la doctrina del *venire contra factum proprium non valet* o “*deber de coherencia*”, como una herramienta viable para aplicarla, en algunas circunstancias, a la interpretación de los contratos que celebran las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia con los consumidores financieros, los cuales gozan de protección constitucional; en especial con los bancos y algunas otras instituciones financieras. El principio de la *buena fe*, se constituye en la columna vertebral de este trabajo investigativo, toda vez que, de él, se desprenden algunos conceptos o categorías, que son vitales, en la teoría que presentamos, como: el deber de coherencia, la confianza legítima, honestidad, rectitud, decoro y credibilidad, entre otros. En conclusión, lo que se busca con este trabajo investigativo, es tratar de demostrar la posibilidad de aplicar la doctrina de los actos propios, como una herramienta válida, para contrarrestar las pretensiones de una entidad bancaria contra un consumidor financiero, cuando esta ha defraudado la confianza legítima o ha faltado a su deber de coherencia.

Palabras clave: doctrina de los actos propios, interpretación de los contratos, protección del consumidor financiero, el principio de buena fe, resolución de los contratos

Abstract

The present work called "THE THEORY OF THE OWN ACTS AS A TOOL FOR THE INTERPRETATION OF THE FINANCIAL CONTRACTS IN COLOMBIA" is constituted in a great effort by the search or conformation of a theory, , in which the possibility of presenting itself is seen the possibility of a doctrine *venire contra factum proprium non valet* "Must of coherence", as a viable tool to apply it, in some circumstances the interpretation of the contracts held by entities supervised by the Financial Superintendence of Colombia with financial rights , which enjoy constitutional protection; especially with banks and some other financial institutions. The principle of good faith, is the backbone of this research work, since, from it, some concepts or categories, which are vital, arise in the theory we present, such as: the must of coherence, the legitimate trust, honesty, rectitude, decorum and credibility, among others. In conclusion, what is sought with this research work, is to try to demonstrate the possibility of applying the doctrine of own acts, as a valid tool, to counteract the claims of a bank against a financial consumer, when it has defrauded the legitimate trust or has failed in it's must of coherence..

Keywords: Doctrine of the own acts. Interpretation of contracts. Financial consumer protection. The principle of good faith. Resolution of contracts

Contenido

Lista de tablas y figuras.....	11
Introducción	14
1. Planteamiento del problema	16
2. Objetivos	18
2.1 Objetivo general	18
2.2 Objetivos específicos	18
3. Marco referencial	19
3.1. Marco conceptual.....	19
Abuso de la Posición Dominante	19
Contrato	19
Contratos de adhesión.....	20
Deber de Coherencia	20
Defensor del consumidor financiero.....	20
Principio de la Buena Fe.....	21
Principio de la Confianza Legítima.....	21
Teoría de los actos propios.....	22
Régimen de protección al consumidor financiero.....	22
Responsabilidad Civil Contractual.....	23
Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC)	23

3.2 Estado del arte	24
3.2.1. Mesa Valencia, A. F. (2013). El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima. Hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia.	24
3.2.2. Grande Jiménez, Lucas. Teoría de los actos propios: Razón jurídica para la responsabilidad civil contractual por violación de la buena fe.	25
3.2.3. Muñoz Gaete, D. S. y Oyarzun Aguirre, N. L. (2017). La interpretación de los contratos desde la teoría de los actos propios y el análisis económico del derecho.....	26
3.3 Marco legal:.....	27
España:.....	30
Argentina:	31
Colombia:.....	32
3.4. Marco Teórico	38
3.4.1. La doctrina de los actos propios y su relación con el principio de la buena fe	38
□ Hacia Una Aproximación Conceptual De La Doctrina De Los Actos Propios	38
□ Evolución histórica de la doctrina de los actos propios.....	41
El Derecho romano antiguo.	41
El Derecho intermedio	43
Derecho moderno.	45
El derecho contemporáneo.	47
¿Qué pasó con la doctrina de los actos propios durante la época contemporánea?	47

□	la relación de la doctrina de los actos propios con el principio general de la buena fe	49
□	La buena fe en materia contractual.	49
□	La prohibición del Venire contra factum proprium emana de la buena fe	52
□	Requisitos para la aplicación de la doctrina de los actos propio	54
□	Naturaleza jurídica de la doctrina de los actos propios	56
□	El principio de la confianza legítima	57
	Aproximación conceptual.	57
	Presupuestos para la identificación de situaciones de confianza legítima protegibles...	60
	El principio de la confianza legítima y su incidencia en la doctrina de los actos propios.	63
	3.4.2. El deber de coherencia	64
□	La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia colombiana	68
4.	El sistema financiero colombiano	75
4.1	Conceptos básicos del sector financiero colombiano	75
4.1.1	¿Qué son las finanzas?	75
4.1.2	¿Qué se entiende por sistema financiero?	77
4.1.3	Funciones del sistema financiero.	79
4.1.4	Entidades de control y apoyo al sistema financiero colombiano	81
4.1.5	Entidades que hacen parte del sistema financiero colombiano.	88

5	Determinar los principales problemas que se le presentan a los consumidores financieros en relación con sus contratos y el papel que al respecto ha desempeñado el sistema de atención del consumidor de las entidades vigiladas	97
5.1	La protección del consumidor financiero	103
5.1.1	Presupuestos para un análisis de la protección del consumidor financiero	103
5.1.2	El derecho del consumidor y su consagración constitucional	108
5.1.3	La regulación de la actividad financiera y la protección del consumidor en Colombia a través de la Constitución Política	109
5.1.4	La protección del consumidor financiero en Colombia	110
5.2	Verificar a través de la superintendencia financiera de Colombia, cuáles son los estándares de revisión para la aprobación previa del contrato de adhesión	114
5.3	Establecer cuáles son las principales cláusulas abusivas que más se practican en el contrato de adhesión	116
5.4	Conocer los mecanismos y sanciones que está aplicando la delegatura para protección al consumidor financiero con respecto a las cláusulas abusivas y las diferentes denuncias por parte de los consumidores financieros	121
6.	LA doctrina de los actos propios como herramienta eficaz para interpretar los contratos financieros	122
6.1	La Interpretación De Los Contratos	122
6.1.1	Modelos de interpretación contractual	124
6.1.2	Etapas del proceso interpretativo del contrato	126

6.2 La Resolución De Los Contratos	133
6.2.1 Fundamento jurídico de la pretensión resolutoria	133
6.2.2 La pretensión resolutoria	137
6.2.3 Efectos de la resolución.	143
6.3 La Responsabilidad Civil En Los Contratos Financieros	148
6.3.1 ¿Qué es la responsabilidad civil?	148
6.3.2 Tipos de responsabilidad civil.	148
6.3.3 Requisitos para la imputación de la responsabilidad civil contractual.	151
6.3.4 La carga de la prueba en materia contractual.	152
6.3.5 La teoría del riesgo creado y la responsabilidad civil por el ejercicio de la función financiera	157
7. Conclusiones	169
8. Referencias	177
9. Anexos	185

Lista de tablas y figuras

Tablas

Tabla 1. Respuestas a favor del consumidor financiero.....100

Tabla 2. Análisis del Consolidado quejas 2018 Motivo /Producto.....119

Figuras

Figura 1. Comportamiento de quejas Presentadas 2010-2017 98

Figura 2. Sentido de las Respuestas Finales Establecimientos Bancarios 2016-2017..... 99

Figura 3. Quejas Recibidas Ev, DCF..... 101

Figura 4. Quejas Recibidas por Sectores 102

Figura 5. Quejas recibidas por Motivos más significativos, Consolidado 2018 102

Figura 6. Principales Cláusulas Abusivas en 2018..... 120

Introducción

El mundo de hoy experimenta grandes cambios y de manera muy rápida. La ciencia y la tecnología nunca antes avanzaban y se desarrollaban con tanta facilidad como ahora. El orbe y sus diferentes ámbitos y sectores han sido permeados por los avances que diariamente buscan facilitar y simplificar los procesos.

En este sentido los contratos no son la excepción, sobre todo los financieros. Asistimos a la época de los contratos de adhesión, donde se imponen las condiciones generales de los contratos. El consentimiento en los contratos, en la mayoría de las veces, pertenece al pasado. Ahora somos consumidores y la única opción que se tiene es la aceptación o el rechazo del contrato.

En su discurso “Consumidores somos todos”. Kennedy (1962) que pronunció frente al Congreso de los Estados Unidos (Kennedy, 1962) destacó la universalidad del concepto de consumidor, el 15 de marzo de 1962.

Lo que sigue y preocupa en este nuevo tipo de relación contractual, es el abuso de la posición dominante de las entidades financieras, imponiendo reglas y cláusulas abusivas a sus consumidores, provocando el enriquecimiento excesivo en ellas y la pobreza al interior de las familias de los consumidores en la mayoría de los casos.

Los Estados, de una manera lenta han venido estableciendo leyes y decretos con el propósito de proteger la parte débil de este nuevo tipo de relación contractual, pero la mayoría de las veces no han sido efectivas o no se han hecho cumplir.

Los consumidores financieros se constituyen en uno de los sectores más golpeados, ya que, las entidades financieras se aprovechan de sus necesidades.

Es preocupante el incremento de las quejas y reclamos que los usuarios reportan constantemente y de una manera progresiva a la Superintendencia Financiera. Lo que significa un deterioro de las condiciones de los servicios que prestan estas entidades vigiladas.

Mediante la (DEL REGIMEN DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO, 2009), el Congreso creó el Sistema de Atención al Consumidor Financiero, en el cual se les asignó a las entidades bancarias la tarea de crear estrategias que condujeran a la protección de los derechos de los consumidores; tarea que prácticamente no se está realizando. Quedó mal asignada, sobre todo en lo que tiene que ver con la educación de los consumidores financieros. Esta tarea consideramos, le corresponde al Estado. El presente trabajo propone como parte de la solución, la aplicación de la teoría de los actos propios, bajo la luz del principio de la buena fe, para que sea aplicada por el juzgador, en la interpretación de los contratos financieros, en aquellos comportamientos de relevancia jurídica y que se apliquen sanciones a las entidades financieras, entre otras, la terminación del contrato y su respectiva indemnización, en aras de la protección de la confianza legítima.

La educación del consumidor es una obligación que tiene el Estado, la sociedad y la familia. A través de la escuela se podría contribuir a formar a los consumidores y futuros consumidores no sólo en relación a sus derechos y acciones legales a interponer, sino en otros aspectos también de vital importancia para crear buenos hábitos, responsabilidad social, desarrollo sostenible y protección del medio ambiente.

Se puede pensar en una educación integral para el futuro consumidor, suministrándole herramientas cognoscitivas y tecnológicas que le permitan de una manera crítica, responsable y futurista, realizar sus actividades de consumo.

1. Planteamiento del problema

Gracias al proceso de globalización y al vertiginoso progreso de las comunicaciones a nivel mundial, el mundo de los negocios ha mostrado un crecimiento tanto en cantidad como en variedad en todas las regiones del planeta, lo que ha conllevado entre otras cosas a que el dinero circule sin tener en cuenta las fronteras nacionales.

Desde la época antigua hasta la presente, una herramienta indispensable para el buen funcionamiento del mercado a nivel nacional e internacional ha sido la creación y puesta en funcionamiento de una gran variedad de instituciones encargadas de la circulación del dinero: las instituciones financieras, que tienen entre otras operaciones las de prestar y también captar moneda legal.

Estas entidades a través de contratos ofrecen productos y servicios financieros a sus clientes, usuarios o clientes potenciales para que éstos puedan desarrollar sus proyectos comerciales y/o personales, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos por la entidad bancaria y la ley.

Muchos clientes han fracasado en sus proyectos debido, entre otras cosas, a las crisis económicas, al mal manejo de los productos o servicios adquiridos o suministrados por la entidad bancaria o a las condiciones generales de los contratos impuestas por la entidad crediticia, que derivan en situaciones desventajosas, tales como la total ineficiencia a la hora de manejar sus finanzas personales, la incapacidad de ahorro, inversión errada y el sobreendeudamiento.

En estos contratos de adhesión a los cuales deben acudir los consumidores financieros, toda vez que no tienen otra opción, el Estado se ha visto en la imperiosa necesidad de crear y proponer normas que protejan a la parte más débil de esta relación contractual, que es el

consumidor financiero. En esta dirección se han aprobado las leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011 con el propósito de regular el Sistema Financiero y establecer el Sistema de Protección al Consumidor.

Es importante destacar en la ley 1328 de 2009, la creación del Sistema de Atención al Consumidor, con lo cual se busca obligar a las Instituciones Financieras a crear estrategias que contribuyan a la protección del consumidor, a través de la educación del mismo. Sin embargo, la Superintendencia Financiera de Colombia no ha cumplido con su función de vigilancia sobre este aspecto y carece de herramientas coercitivas para que las entidades vigiladas cumplan con esta misión.

En el año 2015, las quejas y reclamos fueron 944.813. Para el año 2017, la Superintendencia Financiera de Colombia recepcionó 1.190.836 quejas y reclamos de los consumidores financieros contra las entidades vigiladas por ella, de las cuales 715.019 se interpusieron contra los establecimientos bancarios (60%) y se recaudaron 187.150 contra las compañías de seguros (16%). Lo que indica que las quejas ascendieron en más de 200.000. Las principales quejas y reclamos en las entidades bancarias se dieron en orden descendente por los siguientes motivos: Tarjetas de crédito 50%; cuentas de ahorro 22%; créditos de consumo 17% y otros como microcréditos, créditos de vivienda, cuentas corrientes, entre otros, el 11%. (sfc, 2018)

Según la Superintendencia Financiera, el 15% de los quejosos en el año 2017, aduce que las entidades financieras, tienen la costumbre de una vez ellos – consumidores financieros - han firmado sus contratos, les cambian las condiciones pactadas, lo que contribuye a que se genere desconfianza por parte de los usuarios frente a estas instituciones. (sfc, 2018) De los datos estadísticos arriba mencionados se puede observar que el Sistema de Atención al Consumidor Financiero no ha funcionado o ha operado a medias. Las entidades financieras y la

Superintendencia Financiera frente a este problema que cada día crece, no es mucho lo que han hecho. El consumidor financiero no está siendo educado y el sistema de protección al consumidor no está siendo efectivo, toda vez que la desconfianza cunde en los consumidores financieros y las entidades bancarias siguen atropellando sus derechos.

Ante la magnitud de tal problemática, como investigadores, nos proponemos resolver el siguiente problema investigativo: A la luz de la teoría de los actos propios, ¿cuándo un consumidor financiero podría solicitar la resolución de un contrato y su respectiva indemnización, arguyendo negligencia del Sistema de Atención al Consumidor por parte de la entidad financiera?

2. Objetivos

2.1 Objetivo general

Proponer la doctrina de los actos propios como herramienta eficaz para la interpretación de los contratos financieros ante la negligencia comprobada y reiterativa del Sistema de Atención al Consumidor de las entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

2.2 Objetivos específicos

- Examinar el desarrollo histórico de la teoría de los actos propios en el derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia colombiana.
- Identificar la organización del Sistema Financiero en Colombia, los bienes y servicios que presta y la normatividad que lo regula.

- Determinar los principales problemas que se le presentan a los consumidores financieros en lo relacionado con sus contratos y el papel que al respecto ha desempeñado el Sistema de Atención al Consumidor por parte de las entidades vigiladas.
- Demostrar la posibilidad de aplicar la teoría de los actos propios como herramienta para interpretar los contratos financieros.

3. Marco referencial

3.1. Marco conceptual

Abuso de la Posición Dominante

Esta posición se manifiesta cuando una de las partes tiene la posibilidad, debido a su poder superior en la negociación, de elaborar el contrato y sus condiciones generales, y se presentará abuso de su posición cuando incluya cláusulas abusivas en el contrato. (Zapata, y otros, 2016, pág. 48)

Contrato

El Código Civil expresa que “Contrato o convención” es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. (Código Civil, 2019)

Por su parte el Código de Comercio dice:

El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta. “...Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación

cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de términos fijados por los artículos 850 y 851. (Código de Comercio , 1971)

Contratos de adhesión

“...se entienden por contratos de adhesión aquellos elaborados unilateralmente por la sociedad fiduciaria y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose éstos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad, (sfc, 2018)

Deber de Coherencia

Concepto que ha sido ligado directamente a los “deberes secundarios de conducta” a los que deben obedecer las partes que se obligan en el contrato, aunque no se hayan estipulado en éste. (BERNAL, 2008, pág. 293)

Defensor del consumidor financiero

Establece (DEL REGIMEN DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO, 2009) que las entidades vigiladas establecidas por el Gobierno Nacional, deberán contar con un Defensor del Consumidor Financiero, estableciendo entre otras como funciones:

- Atender de manera oportuna y efectiva a los consumidores financieros
- Conocer y resolver en forma objetiva y gratuita para los consumidores las quejas que estos presenten actuar como conciliador entre los consumidores financieros y la entidad vigilada
- Ser vocero de los consumidores financieros

- Efectuar recomendaciones a la entidad vigilada respecto de sus servicios y atención al consumidor
- Proponer a las autoridades las modificaciones normativas con el fin de proteger los derechos de los consumidores (DEL REGIMEN DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO, 2009)

Principio de la Buena Fe.

La jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”. Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada.” (PRINCIPIO DE LA BUENA FE, 1932)

Principio de la Confianza Legítima.

El principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos

activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático. (PRINCIPIO DE LA BUENA FE, 1932)

Teoría de los actos propios.

Enneccerus explica que según esta regla:

A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe. (Bernal, 2010)

Régimen de protección al consumidor financiero

Establece los principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas entre los que se cuentan debida diligencia, libertad de elección, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, responsabilidad de las entidades vigiladas en el trámite de quejas, manejo adecuado de los conflictos de interés, educación para el consumidor financiero. (DEL REGIMEN DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO, 2009)

Responsabilidad Civil Contractual

Se refiere al constreñimiento al que se somete por medio del contrato al deudor con el fin de que cumpla la prestación que se ha pactado, so pena de ver comprometida su responsabilidad. Esta se presenta en caso de incumplimiento por parte del deudor o su cumplimiento tardío o defectuoso, habiendo lugar a la responsabilidad contractual, por incumplimiento de lo pactado contractualmente. La determinación de la responsabilidad por culpa contractual la establece el Código Civil en el artículo 1604, según el cual el deudor responde según la utilidad recibida hasta de culpa levísima, leve o grave. (Monsalve & Valencia, 2016)

Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC)

Mediante la Ley 1328 de 2009 fueron establecidos los fines y objetivos para el Sistema de Atención al Consumidor Financiero con el ánimo de que se cumplieran a partir de su implementación por parte de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, a fin de proteger al consumidor financiero.

Entre estos se cuentan procurar educación financiera a los clientes con respecto a diversas operaciones de servicios, mercados y tipo de actividad de las entidades vigiladas, así como de sus derechos, capacitar los funcionarios para ofrecer asesoría en productos y servicios a los consumidores financieros, instruir a todos sus funcionarios con respecto al Defensor Financiero de cada entidad, mecanismos que favorezcan observancia de principios, obligaciones y derechos, mecanismos para suministrar información, procedimientos para atender quejas o reclamos y mecanismos que permitan a las entidades vigiladas producción de estadísticas sobre tipos de quejas para establecer oportunidades de mejora. (DEL REGIMEN DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO, 2009)

3.2 Estado del arte

Como antecedentes investigativos relacionados con el objeto de esta investigación se consultaron entre otros los siguientes textos:

3.2.1. Mesa Valencia, A. F. (2013). El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima. Hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia.

En este trabajo de grado el autor hace, entre otras cosas, un recuento histórico- conceptual de lo que significa para una sociedad civilizada caminar en la dirección de la confianza y la buena fe como valores que entran en contradicción con la arbitrariedad, propia de sistemas que desconocen los postulados de la generosidad y la legitimidad de la actuación estatal. Además, elabora un análisis del principio de la confianza legítima, como fundamento de validez y legitimidad de los actos propios.

Corroboró el investigador que el principio de la buena fe encuentra su sustento en la Constitución Política de Colombia en el art. 83. Explica también, que, según la jurisprudencia constitucional, la buena fe, es un imperativo de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que acompaña la palabra comprometida, se presume en todas las actuaciones y se erige en pilar fundamental del sistema jurídico.

Para el investigador, el principio de la confianza legítima, constituye una proyección de la buena fe, que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares y permite conciliar, en ocasiones, al interés general y los derechos de las personas. Esa confianza legítima se fundamenta en los principios de la buena fe, seguridad jurídica y respeto al acto propio.

Para delimitar la aplicación de la doctrina de los actos propios, el indagador propone: la doctrina de los actos propios no alude a los problemas de la voluntad negocial; se trata más bien

de conductas, que de actos jurídicos; y la doctrina de los actos propios presupone así mismo la eficacia jurídica de la conducta vinculante, una conducta formada por actos que sean jurídicamente eficaces y válidos y, por tanto, inimpugnables por la persona afectada por ellos. (Mesa, 2013)

3.2.2. Grande Jiménez, Lucas. Teoría de los actos propios: Razón jurídica para la responsabilidad civil contractual por violación de la buena fe.

El autor de la investigación pretende con este trabajo analizar la referida responsabilidad civil contractual por la violación de la buena fe desde la óptica de la teoría de los actos propios.

Para el autor las relaciones humanas, la intervención del Derecho, no puede versar sobre simples contradicciones sino sobre aquellas que comprometen la confianza legítima de otro individuo, el cual se encuentra ligado en una relación jurídica. Explica que es inadmisibles el desconocimiento de los actos proferidos en el pasado por un individuo, violentando la confianza legítima de la contraparte.

El autor considera que la teoría de los actos propios es una regla de derecho derivada del Principio General de la buena fe, que busca proteger el deber secundario de coherencia, una manifestación de la buena fe objetiva, puesto que pretende impedir el desconocimiento del alcance de un comportamiento anterior y jurídicamente eficaz del sujeto agente, con una conducta actual en desmedro de la coherencia y confianza legítima generada objetivamente en la contraparte relacional.

Finalmente el autor concluye que dado que la teoría de los actos propios es una regla de derecho que se deriva del Principio general de la buena fe, su invocación se somete a su excepcionalidad y supletoriedad, a la existencia de una situación específica de incoherencia

conductual contraria a la confianza legítima desde la buena fe objetiva, despojada de cualquier representación o apariencia, y a la legitimación para reclamarla puede provenir en el plano procesal, del demandante o del demandado. Dilucida que para determinar la correcta aplicación y apreciación de la teoría de los actos propios, es necesario entender que, deben concurrir tres requisitos básicos reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina para que proceda en un caso particular, a saber: la existencia de una conducta jurídicamente relevante, eficaz y anterior en la línea del tiempo; la existencia de un comportamiento o manifestación posterior que resulta contradictorio tras la verificación del primer comportamiento, y que, si bien puede ser lícito *prima facie*, resulta contrario a la buena fe; y la identidad de personas, que consiste en la mismidad de los sujetos de derecho que participan en la relación jurídica que se contradice y contraría la buena fe, salvo que, apelando al concepto de los “centros de interés”, las personas no sean las mismas que en el pasado fijaron un efecto jurídico que, en el presente, se pretende desconocer por uno de ellos. (Grande, 2015)

3.2.3. Muñoz Gaete, D. S. y Oyarzun Aguirre, N. L. (2017). La interpretación de los contratos desde la teoría de los actos propios y el análisis económico del derecho

En este trabajo investigativo los autores comienzan haciendo un análisis dogmático de la denominada “Teoría de los Actos Propios” (*venire contra factum proprium non valet*), relevante aplicación y derivación concreta del principio general de la buena fe contractual.

También se proponen revisar la Teoría de los Actos Propios desde la perspectiva del Análisis Económico del derecho. Procuraran determinar si el *venire contra factum proprium non valet* o “*deber de coherencia*”, entendido como criterio de interpretación de los contratos en el Derecho Civil, contribuye o no al logro de soluciones eficientes que propendan al bienestar social.

Según los autores el objetivo de este trabajo investigativo es determinar si la doctrina del “*venire contra factum proprium non valet*” es admisible como un criterio interpretativo de los contratos en el Derecho Civil chileno conforme al Análisis Económico del Derecho.

Concluyen los investigadores que la Teoría de los Actos Propios (*venire contra factum proprium non valet*) opera como una regla de interpretación de los contratos aplicable en el Derecho Civil Chileno, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1564 inciso final del Código Civil. (Miuñoz & Oyarzún, 2017)

3.3 Marco legal:

Las raíces de la doctrina de los actos propios las encontramos en el principio de la buena fe, el deber de coherencia y la confianza legítima. Dichos principios han servido de inspiración, fundamento, guía, faro, camino, criterio o fuente para que la doctrina y la jurisprudencia se ocupen de su estudio, lógica y pertinencia, respecto a los diferentes problemas jurídicos en los que es posible aplicar la doctrina en mención, en las diferentes áreas del Derecho en las que es aplicable la regla, tales como el Derecho Administrativo, Laboral, Civil, entre otros.

En la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados celebrados entre Estados, realizada el 23 de mayo de 1969, en su artículo 45, dice:

Un Estado no podrá ya alegar una causa para anular un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 46 a 50 o en los artículos 60 y 62, si, después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado: a) ha convenido expresamente en que el tratado es válido, permanece en vigor o continúa en aplicación, según el caso; o b) se ha comportado de tal manera que debe

considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación según el caso.

La Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa internacional de Mercaderías de 1980, en su artículo 29, dispuso al respecto:

Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos.

A su vez el artículo 16 de la misma norma establece que la oferta no podrá revocarse: a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta.

La doctrina de los actos propios también se puede observar en los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, redactados por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), los cuales en el artículo 1.8, titulado *Comportamiento contradictorio. Venire contra factum proprium*, en el cual se sentencia: “Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja”.

Por su parte los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, preparados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos (Proyecto Lando), en su artículo 2:202, relativo a la *revocación de la oferta* prescribe que la revocación de la oferta no surtirá efectos “[...] c) si su

destinatario podía creer de manera razonable que se trataba de una oferta irrevocable y hubiera actuado en función de dicha oferta [...]”.

El Anteproyecto de reforma del Código Civil Francés, en su artículo 1105-4, refiriéndose a la oferta contractual, ordena que “[...] cuando la oferta dirigida a una persona determinada comporta el compromiso de mantenerla durante un término preciso, ni su revocación prematura, ni la incapacidad del oferente, ni su deceso impiden la formación del contrato”.

El Marco Común de Referencia para los Contratos Europeos en su artículo I-1:103(2), adopta la prohibición de contravenir las conductas previas, cuando a partir de ellas se ha suscitado legítima confianza en un tercero: “En particular, resulta contrario a la buena fe que una persona actúe de forma inconsecuente con sus previas declaraciones o conductas, en perjuicio de la otra parte que había confiado en ellas”.

El Anteproyecto del Código Civil Peruano en su artículo VI establece que “a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, cuando en razón de ella otro sujeto haya tenido motivo justificado para confiar razonablemente en que no se ejercerá tal derecho”.

El Anteproyecto de Código civil y de Comercio de Argentina de 2012 en su artículo 1067 promulga que “La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto [...]”

En cuanto a lo relacionado a los ordenamientos jurídicos internos propios de algunos países registraremos a continuación cómo ha sido el desarrollo de la doctrina de los actos propios a manera de ejemplo, tomándolos sólo como muestra, dentro de la gran variedad de países donde se ha venido implementando cada vez con más ahínco, por los jueces y las Altas Cortes:

España:

EL Artículo 7º. del Código Civil Español preceptúa que “[...] los derechos deberán ejecutarse conforme a las exigencias de la buena fe”. Por su parte el artículo 1258 del mismo Código Civil ordena que:

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según la naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

El Código Civil Español carece de una norma concreta que se refiera de forma directa a la prohibición de actuar contra los actos propios. Sin embargo, España se constituye en uno de los países en donde la doctrina y la jurisprudencia han abordado con mucha insistencia la doctrina en mención, coincidiendo en afirmar que la regla del *Venire contra factum proprium non valet* constituye una manifestación del principio de la buena fe, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos que impone el artículo 7º. Del Código Civil.

En la Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de mayo de 2012 expresó:

[...], la clásica regla *Venire contra factum proprium non valet*, constituye una manifestación del principio de buena fe que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuar cuando se han creado en un tercero unas expectativas razonables, de tal forma que impide un posterior comportamiento contradictorio, para lo que es preciso que concurren los siguientes requisitos: 1) Existencia de una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias. 2) Que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior. 3) Que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables [...].

Argentina:

EL Código Civil Argentino en el artículo 1198, establece que

Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión [...]”. Por su parte el artículo 1071 de la misma codificación, dispone que:

El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarié los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, presentado en marzo de 2012 a las autoridades competentes, aplica la doctrina en estudio en el artículo 1067, al expresar lo siguiente: La interpretación debe proteger la confianza y la libertad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto [...].

Mediante sentencia de la corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 19 de octubre del 2000, el alto tribunal estipuló que:

La buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever, reglas que gobiernan tanto el ejercicio de los derechos como la ejecución de los contratos. (arts. 1071 y 1198 del Código Civil) y es aplicable por igual en el campo del Derecho Privado y en el Derecho Administrativo [...].

Colombia:

La legislación colombiana ha producido normas para la protección del consumidor financiero, entre las que se encuentran:

Ley 1328 de 15 de julio de 2009, Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones; en su Título I contempla el régimen de protección al consumidor financiero, detallando en cada uno de sus capítulos tanto aspectos generales como derechos y obligaciones, sistema de atención al consumidor financiero, información al consumidor financiero, cláusulas y prácticas abusivas, defensoría del consumidor financiero, procedimientos y régimen sancionatorio. (DEL REGIMEN DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO, 2009)

Ley 1480 de 12 de octubre de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Tiene por objeto regular los derechos y obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente. Entre los diversos asuntos que trata encontramos la protección contractual con un capítulo dedicado a la protección especial, basada en la interpretación favorable. Establece las condiciones negociales generales y de los contratos de adhesión, las cláusulas prohibidas y las cláusulas abusivas. (Estatuto del Consumidor, 2011)

Ley 1748 de diciembre 26 de 2014. Por medio de la cual se establece la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros y se dictan otras disposiciones. (Ley 1748, 2014)

Además, en el Código de Comercio en su artículo 871 hace alusión al principio constitucional de los contratos, exigido a través de la contratación desde tiempos de Roma, como es el de la buena fe.

Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural. (Código de Comercio, 1971)

Así mismo el Código Civil, expresa cómo deben de ejecutarse los contratos: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella” (Código Civil, 2019)

La jurisprudencia colombiana se ha manifestado a través de diferentes sentencias que supeditan los contratos y su interpretación a los principios de la buena fe, coherencia, confianza legítima y apariencia.

En la Sentencia T- 475,

El principio de la buena fe incorpora la doctrina que proscribe el "*venire contra factum proprium*", según la cual a nadie le es lícito venir contra sus propios actos. La buena fe implica el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento administrativo, la credibilidad del Estado y el efecto vinculante de sus actos para los particulares. La revocatoria directa irregular que se manifieste en la suspensión o modificación de un acto administrativo constitutivo de situaciones jurídicas subjetivas, puede hacer patente una contradicción con el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios, si la posterior decisión de la autoridad

es contradictoria, irrazonable, desproporcionada y extemporánea o está basada en razones similares. Este es el caso, cuando la administración, luego de conceder una licencia de funcionamiento a una persona para el ejercicio de una determinada actividad, luego, sin justificación objetiva y razonable, procede a suspender o revocar dicha autorización, con el quebrantamiento consecuente de la confianza legítima y la prohibición de "venir contra los propios actos". (Corte Constitucional, Sentencia T- 475, 1992)

Sentencia T- 295. Hace alusión a la teoría de los actos propios de la siguiente manera:

Acto Propio: Respeto: Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe. Principio constitucional, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.

Acto Propio: Condiciones para su aplicación: El respeto del acto propio requiere de tres condiciones para que pueda ser aplicado: a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción - atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas. c. La identidad del sujeto o

centros de interés que se vinculan en ambas conductas. (Corte Constitucional, Sentencia T-295, 1999)

(Corte Constitucional, Sentencia C-836, 2001)

En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que, al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina venire contra factum proprium non valet. En efecto, si esta máxima se predica de la actividad del Estado en general, y se extiende también a las acciones de los particulares, donde –en principio– la autonomía privada prima sobre el deber de coherencia, no existe un principio de razón suficiente por el cual un comportamiento semejante no sea exigible también a la actividad judicial. El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además

la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme.

Sentencia T-366 de 2002.

[...] la doctrina ha elaborado diversos supuestos para determinar “situaciones contrarias a la buena fe, y entre ellas cabe mencionar la negación de los propios actos, “venire contra factum proprium”, las dilaciones injustificadas, el abuso de poder y el exceso de requisitos formales...

...Por ello, el brocardo “venire contra factum proprium” no impone la obligación de no hacer, sino el deber de no poder hacer, es eso lo que significa que no se puede ir contra los actos propios. Por lo tanto, cuando el ordenamiento jurídico por su intermitencia y fragilidad no da seguridad a los particulares respecto a la legitimidad de sus actuaciones, y la actuación pública, fundada en dicho ordenamiento, revela un comportamiento que no es la conducta regular y recta que el administrado espera del Estado, viola el postulado de la buena fe. Ello resulta así, cuando los agentes del Estado atentan contra los derechos de los ciudadanos de manera súbita e inconsiderada e incumplen lo ofrecido o retiran lo que han otorgado anteriormente, por razones que para éstos resultan inesperadas e incomprensibles. (Corte Constitucional, Sentencia T-366, 2002)

Sentencia C – 131 de 2004. Cita como alcance de la buena fe:

El mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el

ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. La buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico. (Corte Constitucional, Setencia C-131, 2004)

Sentencia T – 122 de 2015.

Sobre la base de dicho principio, la Corte ha destacado que es posible la aplicación de la teoría del respeto del acto propio cuando se obedecen tres criterios, a saber: (i) Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. Conducta que indica un acto o una serie de actos que exponen una determinada actitud de una persona, respecto de unos intereses vitales, la cual debe ser jurídicamente relevante, y por ende debe ser ejecutada dentro una relación jurídica. Es decir, el acto debe suscitar la confianza de un tercero o revelar una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica. En este sentido, la conducta vinculante o primera conducta, debe ser jurídicamente eficaz, por cuanto el comportamiento que se pone de relieve afecta una esfera de intereses. Pero, además, hay una conducta posterior, temporalmente hablando. Así pues, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella; (ii) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo

por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa debido a la contradicción existente entre ambas conductas, lo cual atenta el principio de buena fe; y,

(ii) La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

(Corte Constitucional, Setencia T-122, 2015)

3.4. Marco Teórico

3.4.1. La doctrina de los actos propios y su relación con el principio de la buena fe

- **Hacia Una Aproximación Conceptual De La Doctrina De Los Actos Propios**

Cuando celebramos un acuerdo o un contrato con alguna persona natural o jurídica, esperamos de él o ella que actúe con probidad, con seriedad, con alteza y corrección en el cumplimiento de las expectativas creadas en la relación contractual; actuando siempre de acuerdo con las leyes establecidas, las buenas costumbres y la buena fe. Hacer lo contrario defrauda la confianza depositada en la persona o en la empresa con la que se contrató y dicha conducta debe ser reprimida por la sociedad y las leyes de la república.

Actuar en contravía a sus propios actos, sus antecedentes, su pasado, su historia, palabra empeñada, en favor de su persona o los suyos y en detrimento de los demás, es actuar de mala fe y dicha conducta debe ser sancionada, castigada, puesta entre ojos, rebatida, criticada, atacada, por la sociedad en la cual convive y defrauda. Así lo da a entender (Grande, 2017) cuando expresa: “En nuestra opinión, más que tratarse de la infracción al ordenamiento jurídico, se trata de una contradicción que afecta al principio general de la buena fe, visto como elemento integrador del contrato y del sistema de derecho” (p.20).

Una herramienta que en la actualidad consideramos eficaz para contrarrestar estas conductas consideradas por algunos doctrinantes como dolosas, es la **doctrina de los actos propios** o también denominada por algún sector doctrinal como **teoría de los propios actos**; la cual fue tomada del brocardo **venire contra factum proprium non valet**, cuyo origen se remonta al derecho romano.

Dicha doctrina establece o enseña que no es posible actuar en contra de los propios actos. Es una regla derivada del principio general de la buena fe y tiene incidencia en la familia, el derecho, la economía, la filosofía y los contratos, entre otras ramas del saber.

La doctrina de los propios actos busca, entre otras cosas, proteger los intereses de la contraparte, preservar la confianza, el deber de coherencia de las partes, la buena fe objetiva, la estabilidad en las relaciones contractuales, la reciprocidad y el equilibrio prestacional.

Se busca también el reproche de toda conducta dolosa, la maquinación, el engaño. No es posible o admisible otorgar efectos jurídicos a una conducta de una persona que se plantea en contradicción flagrante con un comportamiento suyo anterior, en perjuicio de otro. Al respecto (Grande, 2017) dictaminó:

La teoría de los actos propios es una regla de derecho derivada del principio general de la buena fe, que busca proteger el deber secundario de coherencia, una manifestación de la buena fe objetiva, puesto que pretende impedir del alcance de un comportamiento anterior y jurídicamente eficaz del sujeto agente, con una conducta actual –aunque esté amparada en otras circunstancias por el Derecho- , en desmedro de la coherencia y confianza legítima generada objetivamente en la contraparte relacional. (p. 364)

El *venire contra factum proprium* exige que cuando una parte del extremo contractual por su querer o por su propia negligencia, no ejecuta un derecho que le es propio, que le pertenece, que está dentro de la esfera de sus posibilidades de ejecutar, de exigir, de cobrar, de demandar o de recaudar a su debido tiempo, dejando transcurrir un lapso considerable, éste pierde la oportunidad de exigir la prestación o el derecho que le compelía.

Al actuar de esta manera el acreedor del derecho o la prestación, crea en la contraparte (deudor) la idea, la confianza, la sensación, la certeza o la creencia que el acreedor ya no lo ejecutará de la manera establecida o acordada, estableciéndose prácticamente en una ley para las partes.

Al darse las dos situaciones anteriores, el acreedor pierde la opción de hacer efectivo el acuerdo primigenio y, si lo hace, la contraparte puede hacer uso de la regla del *venire contra factum proprium non valet* e incluso el juez lo podría hacer de oficio. Al respecto (Diez-Picazo, 2007) consideró que:

La interdicción de *venire contra factum proprium* significa que cuando una persona con su propio comportamiento ha creado en el sujeto pasivo la razonable, objetiva y funda confianza en que el derecho no será ejercitado, o sólo lo será de una determinada manera, debe mantener un estándar de coherencia con su comportamiento, no defraudar la confianza que se pueda haber creado, y por consiguiente, no puede hacer valer unas pretensiones que resulten contrarias al sentido objetivo de su comportamiento anterior. (p. 63).

En conclusión, podemos afirmar y en eso nos identificamos con (Jaramillo, 2012) quién sostiene que:

La doctrina de los actos propios , grosso modo, es una institución autónoma, derivada de la buena fe en su dimensión objetiva, cuyo propósito cardinal es impedir el ejercicio incoherente y contradictorio de un derecho subjetivo por parte de su titular, en contravención de la confianza legítima y racional suscitada a raíz de actuaciones precedentes dotadas de relevancia, en sí misma merecedora de tutela por parte del ordenamiento jurídico, inicialmente refractario a los cambios sorpresivos en la conducta de los particulares o de la administración.

- **Evolución histórica de la doctrina de los actos propios.**

- El Derecho romano antiguo.**

Es en la compilación de Justiniano conocida como el *Corpus iuris Civiles* en donde podemos abreviar varios de los ejemplos de casos específicos donde encontramos los antecedentes que contribuyeron al nacimiento y posterior evolución de la doctrina de los actos propios.

Desde la época del derecho romano se viene utilizando la regla del *Venire contra factum proprium*, según la cual nadie puede cambiar su propio designio en perjuicio de otro. Se atribuye a Ulpiano, la solución de un caso concreto en el cual se puede apreciar que, por primera vez, que aplicó el tema de los actos propios.

Dicho caso se encuentra condensado en el Digesto (1.7.25). Ulpiano se enfrenta al problema de un padre de familia que había emancipado a su hija en presencia de testigos y luego de muerta ésta, pretende dejar sin efecto la emancipación. Dicha conducta, más que abusiva y contraria a la equidad, es contradictoria con la anterior conducta suya, que pretende desconocer. Así lo expresa (Corral Talciani, 2010)

Ulpiano declara que no procede:

Después de la muerte de su hija que había vivido como madre de familia válidamente emancipada, y falleció dejando herederos instituidos en su testamento, se prohíbe que el padre mueva controversia contra su propio acto, como si no la hubiese emancipado válidamente y en presencia de testigos. (p. 18).

Otra manifestación del *Venire contra factum proprium non valet* se encuentra en el Digesto D. 8. 3. 11, atribuido al jurisconsulto Celso, el cual da a entender que en una servidumbre cuando alguno de los copropietarios da su consentimiento individualmente de aceptar la servidumbre para los posibles usuarios, posteriormente no puede tomar una decisión diferente a la ya aceptada por él mismo, porque manifestó una decisión contraria con su anterior conducta, es tanto como ir en contra de sus propios actos. Así lo escribe (Grande, 2017), retomándolo del profesor Corral Talciani:

[...] aquí es donde Celso, sobre la base de una interpretación “benigna” que flexibiliza el derecho civil estricto, estima que si esa acción [negatoria] la ejercita alguno de los comuneros que ya han concurrido al acto de cesión, ella debe ser desestimada. El fundamento radicaría nuevamente en que de aceptar la contradicción de la conducta se produciría un resultado injusto o contrario a la buena fe. (p. 47)

Otro antecedente histórico trascendente que nos viene del Derecho romano se le atribuye a un texto de Papiniano, el cual se encuentra recopilado en el Digesto: (Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniurie) “Nadie puede cambiar su propio designio en perjuicio de otro”. Se trata de una regla de derecho elaborada para la solución de algunos casos en particular, con la

pretensión de evitar que una persona cambie de parecer en perjuicio de terceros. Así lo expone (Ekdahl, 1989):

[...] encontramos en el último título del Digesto (50,17, *de diversis regulis iuris antiqui*, Fr.75) un texto de Papiniano recogido en la recopilación *Regulae Iuris*, que puede ser también aducido como antecedente y fundamento de la regla que impide venir contra los propios actos y que establece: *Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniurie*; lo que viene a significar que nadie puede mudar de parecer en daño de otro. (p. 45).

Sin embargo, tenemos que reconocer que los textos que dan cuenta de las sabias decisiones tomadas por Ulpiano, Celso y Papiniano se han erigido en los casos más paradigmáticos sobre los cuales se fue construyendo el desarrollo dogmático de la teoría de los actos propios. Así lo describe (Corral Talciani, 2010):

Aunque existen otros textos que pueden reconducirse al principio de los propios actos, los de Ulpiano y Celso son los puntos claves en los que va a apoyarse todo el desarrollo dogmático posterior para establecer la regla de derecho conforme a la cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos (p.19).

El Derecho intermedio.

Escuela de los glosadores:

Los glosadores, al comentar los textos recopilados por Justiniano, van madurando la idea de que no es posible contradecir los actos propios. Dicha regla de ir contra los actos propios, es producto del trabajo del glosador Azón, el más célebre de los glosadores. Siendo la tarea de la glosa caracterizada por establecer aspectos a favor o en contra del sentido de un brocardo,

estableció el camino para encontrar cuando no es lícito ir contra el acto propio y cuándo si es admisible. Para conciliar la regla con sus excepciones, Azón concibe la teoría en los siguientes términos:

En su opinión, hay que distinguir si el acto contra el cual se trata de actuar fue llevado a cabo legítima o ilegítimamente. Si fue hecho legítimamente no se puede venir en su contra y se aplica el brocardo. Si lo actuado es contrario a derecho, hay que analizar la razón de la ilegitimidad: si el acto ha contravenido una disposición legal, no se aplica el brocardo y puede contradecirse e impugnarse; pero si la ilegitimidad procede simplemente de la omisión de formalidades o de la falta de concurrencia de todas las voluntades necesarias (como en los casos de los textos romanos de Ulpiano y Celso), el brocardo recupera vigencia y no se admite que se contravenga el acto propio anterior.

(Corral Talciani, 2010) (p.22)

De la misma manera, Accursio, autor de la *Magna glosa*, desarrolló la glosa *factum suum* al estudiar el D. 1.7.25, entendiendo la solución como “*contra factum suum an quis venire posset*”. A su vez, al glosar el texto del D. 8. 3. 11, indicó que la solución era justificada en que no es posible ir contra su acto.

Escuela de los comentaristas.

Este grupo de estudio perteneciente a la universidad de Perugia, generó uno de los aportes más importantes a la teoría de los actos propios; mereciendo mención especial Baldo Degli Ubaldi y Bartolo da Sassoferrato.

Bartolo de Sassoferrato explica que, si las conductas que provocan confianza en el sujeto receptor si el hecho no era prohibido por la ley, se puede aplicar la restricción a la contradicción

de sus propios actos; si, por el contrario, es prohibido por la ley, es lícito revocar los efectos de su propia conducta. (Grande, 2017)

Por su parte Baldo Degli Ubaldi explica que:

[...] si se actuó a nombre ajeno, procede impugnar el acto propio (no se aplica el brocardo). Si se actuó a nombre propio y el acto es *contra legem*, igualmente procede la revocación (no se aplica el brocardo). Si el acto a nombre propio fue *preater legem*, por regla general no puede impugnarse (se aplica el brocardo), salvo que el acto sea *ipso iure* nulo por una nulidad *quoad rem et obligationem*, caso que es impugnable (no se aplica el brocardo). Si el acto es ineficaz por una nulidad sólo *quoad rem no procede la impugnación* (se aplica el brocardo), salvo que se ignore la causa de la nulidad (*inter ignorantem*). (Corral Talciani, 2010) (p.23)

Derecho moderno.

Durante este período se hizo énfasis por una lectura más pura del Derecho romano clásico, con un espíritu más crítico, abierto y racionalista; perdiendo autoridad e importancia los Glosadores y los Comentaristas de la edad media.

Con el advenimiento del humanismo se propició una mayor libertad y apertura en la construcción del pensamiento jurídico, incluida la categoría del contrato y su fuerza vinculante, lo que trajo como consecuencia que la regla del *venire contra factum proprium non valet* perdiera protagonismo. La libertad y la dignidad humana son ahora los paradigmas a seguir en las relaciones sociales, económicas y jurídicas, entre otros. Así lo manifiesta (Agudelo, 2002):

Libertad y dignidad humana son categorías de fundamento del discurso propio del derecho humano; son parámetros claros para potenciar en los juristas un humanismo jurídico. Se seleccionan de esta forma dos categorías, desde las dinámicas de los humanismos, que permiten lograr una explicación sobre los fundamentos que requiere el fenómeno jurídico, sin que por esto se desconozca lo complejo que resulta transitar desde estas posibilidades razonables de encontrar fundamentos hasta llegar al ámbito de las realidades de lo contingente y de particularidades en las que se desplazan los hombres. (p. 88)

Expresa (Corral Talciani, 2010) que, en el acontecer de la Escuela del Humanismo, el *Venire contra factum proprium non valet* anuncia su llegada en la obra *consilia sive responsa* de Filippo Decio (1454-1535). Sostiene que la regla aparece en el *consilium* 495, No. 18, p. 538. Cuenta que la regla aparece aplicada para proteger a las personas del Estado, y evitar que el Príncipe se sienta libre para declarar unilateralmente sin valor obligaciones contraídas previamente.

Con la Escuela de Derecho Natural Racionalista, el *Venire* se consideró como una regla que expresaba una exigencia de justicia derivada de la razón natural. Al ser considerada la voluntad como fuente de las obligaciones, se impone la exigencia de cumplir con lo prometido, con la palabra empeñada, con lo acordado.

Señala (Jaramillo, 2012) que Jean Domat en su obra titulada *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, se ocupa entre otros asuntos de la *ratio* de la coherencia en sede contractual. Lo hizo a partir de recrear los más preclaros y nobles sentimientos del ser humano. Explica que tan ilustre Iusnaturalista impregnado por el amor a Dios y a sus semejantes y en concordancia con los santos evangelios, expresa que:

En todos los compromisos de una persona con otra... se debe recíprocamente demandar” el cumplimiento del precepto, conforme con el cual “no debe hacerse a los otros aquello que no deseamos que los otros nos hagan”, de lo que se desprende que “... las reglas que proclaman dar a cada uno lo que le pertenece, de no perjudicar a otra persona, de guardar siempre fidelidad y sinceridad, son una respuesta del amor mutuo.(p. 131)

Citando a Jean Domat. Además, señala (Jaramillo, 2012) que J.R. Pothier en su magna obra titulada *Tratado de obligaciones* sostuvo que:

En el fuero interno, se debe mirar como contrario a esta buena fe, todo lo que se separa, por poco que sea, de la sinceridad más exacta y más escrupulosa: el simple disimulo acerca de lo que concierne a la cosa que ha sido objeto de negocio, y que la parte con quien yo contraté tenía interés en conocer, es contrario a esa buena fe, puesto que, si tenemos mandado el amar a nuestro prójimo como a nosotros mismos, menos podremos ocultarle nada que no hubiéramos querido que se nos ocultase, caso de encontrarnos en su lugar. (p. 132)

Finalmente debemos dar créditos al jurista alemán Johann Christoph Schacher, quien es el autor de la primera monografía dedicada a examinar la doctrina de los actos propios. En dicha disertación titulada "*De impugnatione facti proprii*", sostiene como regla general y en directa sincronía con la Escuela de Derecho Natural, que nadie puede retractarse de lo que uno mismo ha lícitamente realizado.

El derecho contemporáneo.

¿Qué pasó con la doctrina de los actos propios durante la época contemporánea?

Explica (Corral Talciani, 2010) que: “El movimiento codificador [...], no recogió expresamente la formulación del principio, quizás por la desconfianza hacia el poder de los jueces y la libertad que les proporcionan las reglas excesivamente genéricas o discrecionales” (p. 26).

Sin embargo, algunas luces podemos observar en los artículos 1059 del Código Civil Italiano y el artículo 597 del Código Civil Español. La normativa italiana arriba mencionada determina:

La servidumbre concedida por uno de los copropietarios de un fundo indiviso no es constituida sino cuando los otros también la han concedido unida o separadamente. Sin embargo, la concesión hecha por uno de los copropietarios, independientemente de los otros, obliga al concedente o a sus herederos o causa habientes a no poner impedimento al ejercicio del derecho concedido. (Código Civil Italiano, 1942)

Por su parte el Código Civil Español expresa:

Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los propietarios. La concesión hecha solamente por algunos quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros. Pero la concesión hecha por cada uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido. (Código Civil Español, 1889)

En Alemania (Código Civil Alemán, 1900) dispone que “el deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico”. La teoría también ha sido acogida por doctrinantes y la jurisprudencia de otros países como: Grecia, Bélgica,

Argentina, Brasil, Chile y en los últimos años Colombia. En Francia y en los países anglosajones, la doctrina de los actos propios no ha tenido mucha aceptación

(Jaramillo, 2012) citando a Gandulfo (2010) explica que el *Venire contra factum proprium*:

[...], habida cuenta que ha tenido momentos de consolidación y auge, pero también de olvido y desinterés manifiestos y, de paso, de tozuda incomprensión radicada en cabeza de algunos que, en un plano crítico, abogan por su abandono, debilitamiento o su inaplicación. (p. 159)

- la relación de la doctrina de los actos propios con el principio general de la buena fe
- La buena fe en materia contractual.

Los principios generales del derecho no requieren para su existencia la consagración en una norma jurídica; en Colombia, el principio de buena fe, de origen civil, tiene un rango constitucional desde que se elevó a ese nivel en la Constitución de 1991. Bernal (2010) citando al Consejo de Estado de Colombia, explica que la buena fe como “principio general de derecho se refiere a una apreciación de las personas que al realizar actos jurídicos estén motivados por una actitud honesta, leal, tanto en el ejercicio del derecho, como en el cumplimiento de las obligaciones” (p. 259).

Parafraseando a (Bernal, 2010), la buena fe es una noción muy amplia con diversas manifestaciones. Tradicionalmente la buena fe se clasifica en subjetiva y objetiva. La investigadora entiende por buena fe subjetiva la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, respecto al conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma, es decir la creencia que tiene el sujeto de que su comportamiento es regular y permitido; en tanto que

considera que la buena fe objetiva es una regla de conducta, un comportamiento recto y ordenado que debe manifestarse en las diferentes fases del tráfico negocial.

La buena fe contiene, en sí misma, una idea ético- jurídica, que va evolucionando de acuerdo a la época, las circunstancias del caso concreto y la naturaleza del negocio. La buena fe no solo implica el cumplimiento de la palabra dada, sino que además obliga a cumplir con los deberes propios del tráfico social. Como principio de orden público es inderogable y no puede ser objeto de supresión o de limitación por virtud de un acuerdo entre las partes extremas de la relación contractual.

La buena fe como concepción ético jurídica que nutre todo el sistema, posee un valor normativo, es fuente de integración del contenido del contrato, no puede ser reducida a fórmulas preestablecidas, es de imperativo cumplimiento, y sus preceptos sujetan incluso al propio juez. Así lo expone la eminente docente (Neme, 2010): “[...], la buena fe implica el respeto a la palabra empeñada, la escrupulosa y sincera observancia de las promesas y de los pactos, la veracidad y la constancia en los compromisos asumidos” (p. 163).

La buena fe exige, además, prohijar en el cumplimiento de la palabra empeñada una conducta leal, propia de una persona honesta, que atienda los especiales deberes de conducta que se deriven de la naturaleza de la relación jurídica y de los propósitos perseguidos por las partes dentro del respectivo contrato. “[...], un comportamiento de las partes, conforme a la corrección y lealtad que impone la buena fe, no admite conductas dolosas en la realización de los negocios, pues la buena fe es contraria al fraude y al dolor” (Neme, 2010) (p. 175)

Agrega, además, (Neme, 2010)) que la buena fe contractual:

[...] obliga, no solo a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que las circunstancias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente, como quiera que la fuerza de la buena fe, como principio normativo, integra el contenido del contrato, formándolo permanentemente a través del establecimiento de reglas concretas mediante las que se otorga la exacta dimensión al contenido de las obligaciones de las partes a la luz de la buena fe. (p. 240)

Bajo la categoría de obligaciones adicionales de la buena fe pueden agruparse los siguientes deberes: información, revelar los vicios ocultos de la cosa, responder por los vicios de evicción, lealtad, de diligencia, respetar las costumbres, abstenerse de obtener lucro con el perjuicio ajeno, prohibición de obrar contra los actos propios.

(Jaramillo, 2012) citando a Llamas (2004), manifiesta que: [...] la buena fe constituye un canon de lealtad, rectitud, honestidad o corrección, una pauta de conducta que debe presidir el comportamiento de los contratantes, en el marco de la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (P. 76). Lo anterior implica que en nuestras relaciones contractuales más que pensar en nosotros mismos, en nuestro propio beneficio, debemos ante todo pensar en la contraparte, buscando no defraudarlo, cumplirle, no provocar desconfianza.

(Facco, 2017) reconoce que la buena fe como principio general del derecho se encuentra fuera de toda discusión. Le preocupa al autor cómo establecer parámetros idóneos para que, en la toma de decisión en sus sentencias, los jueces no se produzcan desbordes contraproducentes, aplicaciones inapropiadas o arbitrarias de la buena fe. Como solución propone el empleo de la

categoría *causa-función*. Sugiere este criterio para obtener una aplicación racional de la buena fe en clave de integración contractual.

Piensa que el criterio de la causa-función es esclarecedor para la doctrina latinoamericana, porque ofrece las siguientes virtudes:

1. Es una noción de amplia difusión en la moderna doctrina latinoamericana, lo cual facilita su utilización por los operadores jurídicos.
2. No supone desterrar el concepto *natura contractus* arraigado en muchos ordenamientos de tradición romanista. Por el contrario, al ser un concepto más próximo y familiar para el jurista actual permite captar la esencia de aquél, que si bien cuenta con linaje puede despertar encendidas polémicas doctrinarias a la hora de escrutar su significado preciso.
3. Implica una apreciación dinámica de la relación obligacional, acorde con las tendencias actuales que procuran captar el fenómeno contractual desde miradas más elásticas y realistas. (Facco, 2017) (p. 390)

- **La prohibición del *Venire contra factum proprium* emana de la buena fe**

Sostiene (Neme, 2010) que la regla del *venire contra factum proprium* tiene una estrecha relación con la fuerza vinculante de los acuerdos, con el reproche de toda conducta dolosa, con la necesaria consideración de los intereses de ambas partes dentro de la relación contractual y con la exigencia de proteger la confianza generada en la contraparte, presupuestos estos que emanan de la buena fe, nutriendo la esencia de su contenido y, a su vez, constituyen los elementos estructurales de la prohibición de *Venire contra factum proprium*.

El *venire contra factum proprium* es una conducta calificada como dolosa, toda vez que es un comportamiento contrario a la buena fe, puesto que viola el deber de corrección que de ella emana. Buena fe y dolo se complementan, existe una estrecha relación entre la regla y el principio.

(Jaramillo, 2012) citando a Roppo (2000), con motivo de la relación existente entre el principio de la buena fe y la doctrina de los actos propios sostiene que: “la buena fe impide a las partes ejercer sus propios derechos contractuales de modo lesivo, desleal y dañoso para la otra parte... la buena fe obliga a las partes a la coherencia de sus propios comportamientos” (p. 85).

Además de celebrar y ejecutar los contratos de buena fe, es importante que, al ejecutar nuestros derechos, pretensiones, no debemos hacerle daño a la contraparte.

La buena fe está relacionada con los deberes de comportamiento leal y honesto y las exigencias conductuales de diligencia y cuidado, de lo que podemos inferir que la doctrina de los actos propios tiene su fundamento en la buena fe objetiva. Consideramos que la doctrina encamina su esfuerzo a proteger la confianza depositada en el comportamiento coherente que se vislumbra como un deber secundario en el devenir de las relaciones contractuales.

“La doctrina de los actos propios no busca salvar la antijuridicidad de una conducta desplegada sobre la creencia de actuar según el Derecho, puesto que la buena fe objetiva, supone el conocimiento de la ley”, sostiene la docente (Neme, 2010). Lo que significa que la prohibición de ir contra los actos propios nace de las conductas lícitas que son valoradas en conjunto para determinar la contradicción que se requiere para su aplicación. (p.77)

- **Requisitos para la aplicación de la doctrina de los actos propios**

Para la docente (Bernal, 2010) la claridad en los requisitos para la aplicación de la doctrina de los actos propios es fundamental para la seguridad en el tráfico jurídico. En efecto propone los siguientes:

Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz; el ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción – atentatoria de la buena fe – existente entre ambas conductas; la identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas. (p. 12)

Respecto al tema, la Corte Suprema de Justicia colombiana sentenció:

[...] oportuno resulta asentar que si bien la jurisprudencia y la doctrina no son concordantes en cuanto a los requisitos establecidos para considerar si, en estrictez, procede la teoría de los actos propios, la mayoría converge en señalar los siguientes como tales: I) una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular; II) que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes planteados; III) que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente; y, IV) que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 16492, 2011)

(Jaramillo, 2012) considera los siguientes cuatro requisitos, con los cuales nos identificamos:

- a) una conducta o comportamiento relevante que, por sus connotaciones, previamente, infunda, despierte o suscite una confianza legítima en el otro cocontratante;
- b) que irrumpa en el cosmos factual una actuación que, *a posteriori*, contrarié o menoscabe dicha confianza primigenia que objetivamente se ha mancillado – o pretendido mancillar – en consideración a una falta de coherencia respecto de una o varias conductas anteriores (acto propio);
- c) que exista identidad de los sujetos (emisor y receptor), y
- d) que haga presencia un perjuicio real o potencial. (p. 274)

Para (Grande, 2017) son tres los requisitos básicos para que sea procedente la doctrina de los actos propios en un caso concreto:

La existencia de una primera conducta en el tiempo, capaz de crear, modificar o extinguir el objeto de una relación jurídica; el ejercicio posterior de una facultad jurídica que, vista objetivamente, supone una contradicción con la conducta primigenia; y la identidad de los sujetos que integran una relación de Derecho. (p. 217)

Podemos concluir entonces que el propósito principal de la aplicación de la doctrina de los actos propios, consiste en evitar la incursión de un perjuicio; evitar que este se siga cometiendo o propagando; o disminuir sus efectos, entre otras posibilidades. Toda vez que a raíz de la aparición de una o de varias conductas incoherentes, se altera la confianza legítima y racional, depositada en el cocontratante.

La doctrina de los actos propios como ya dijimos, es un medio para evitar el accionar judicial de una parte contractual, que ha defraudado la confianza en su contraparte por una conducta que la podemos calificar de dolosa. Con esta herramienta de defensa no buscamos, ni está constituida

para solicitarle al juez el resarcimiento de los daños irrogados. Sin embargo, esto no significa que por otros medios no podamos exigir el amparo, protección y pago de los daños causados por la conducta incoherente de quien nos provocó un daño.

- **Naturaleza jurídica de la doctrina de los actos propios**

La doctrina de los actos propios es una regla derivada del principio general de la buena fe. Aunque es importante dejar claro que algún sector doctrinario, consideran el precepto del *Venire* como un principio general del derecho. Por ejemplo, (Lupini, 2015) citando a López (2009) expresa que “[...] es posible observar como el Tribunal Supremo de España, al igual que el argentino han calificado la regla del *venire* como un auténtico principio general del derecho” (p. 67). Parece difícil conceder a la doctrina de los actos propios la naturaleza de un principio general.

(Jaramillo, 2012) citando a Borja (1993) considera que la doctrina de los actos propios no es un principio general sino una regla del derecho porque:

- a) Resume el sentido de una institución; b) admite excepciones [...]; c) la expresión admite un principio superior del cual deriva: el principio general de la buena fe; d) la regla que sanciona la inadmisibilidad de la conducta contradictoria abarca una menor cantidad de situaciones que las que comprende el principio general de la buena fe. (p. 164)

La doctrina de los actos propios ha sido reconocida como una regla de aplicación residual, debido a que aplica sólo en aquellos supuestos que no estén expresamente regulados por la ley, lo que deja ver a las claras que no es un precepto general, puesto que un principio general del Derecho no admite excepciones. Sin embargo, hay que admitir que el hecho que la doctrina de

los actos propios no lleve la etiqueta o ropaje de principio general, esto no implica que pierda su fuerza arrolladora, su espíritu bienhechor, su linaje no se altera o resquebraja, ni se erosiona.

Las reglas de Derecho tienen significación e importancia si son convertidas en norma jurídica y para ello es necesario que provenga de una ley, de la costumbre o de la jurisprudencia. La doctrina de los actos propios es una regla de Derecho por cuanto existen comportamientos contradictorios que son admitidos y preservados por la ley, como por ejemplo el derecho del testador a revocar el testamento otorgado.

El principio general de la buena fe es el precepto que ilumina, cobija, ampara o protege la regla general de los actos propios, porque ella exige el deber de actuar comportamentalmente con honradez, rectitud, y probidad en el desarrollo de las relaciones contractuales. Debemos recordar que a la doctrina de los actos propios le interesa la buena fe objetiva.

- **El principio de la confianza legítima**
- Aproximación conceptual.

La expresión *confianza legítima* proviene de la palabra alemana *vertrauensschutz*, la cual rememora la idea de protección de la confianza.

La palabra *confianza* viene del latín *confidere* que significa *tener fe* en alguien o en algo. Dicho de otra manera, pudiéramos decir que significa *creer* o *esperar* el suceso de un hecho imaginado. El Diccionario de la Real Academia Española define el concepto *confianza* como la “esperanza firme que se tiene de alguien o de algo”. Dicho concepto viene del verbo “*confiar*” que según el mismo diccionario le da entre otras las siguientes acepciones: “encargar a alguien el cuidado o la atención de una persona o cosa; comunicar algo a una persona en la que se tiene

confianza; tener la esperanza firme de que algo suceda; actuar sin tomar las debidas precauciones”.

El asunto se hace más complejo cuando al concepto *confianza* le agregamos el complemento *legítimo*. (Valbuena, 2008) dice al respecto que “la articulación o ensamble de estos dos términos evoca la idea de una confianza razonable, honesta y debidamente justificada” (p. 131); lo que implica la presencia de unas actuaciones o conductas, hechos o acontecimientos objetivos tan contundentes que puedan taladrar la psiquis humana.

La noción de *confianza legítima* busca entre otras cosas la protección real de aquellas personas que, en sus relaciones sociales, comerciales, contractuales, etc. han creído en el actuar de sus semejantes y han depositado su confianza en los actos previos o pasados de aquellos; busca además protegerlos de aquellas modificaciones de conductas sorprendivas e incoherentes de sus asociados, que les provoca algún daño o perjuicio. En este sentido (Valbuena, 2008) expresa que:

[...], los ciudadanos que abrigan la confianza justificada de que sus expectativas y esperanzas no van a ser objeto de frustración, modificación o alteración, no tienen por qué resultar defraudados, sorprendidos o asaltados en su buena fe como consecuencia del cambio inesperado de los ofrecimientos, promesas, criterios y políticas previamente expresados [...]. (p. 153)

Por su parte Sylvia Calmes, citada por (Valbuena, 2008) referirse en su obra, a la confianza legítima expresa que el principio: “[...] significa que el individuo debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda tener confianza” (p. 153). Para ello el Estado a través de sus poderes debe ser garante de esta confianza suscitada en las personas de

bien, las cuales debe proteger y coadyuvar en sus pretensiones cuando su confianza ha sido defraudada.

Para Jorge Bermúdez Soto, citado por (Valbuena, 2008):

La protección de la confianza, en un sentido jurídico, significa, por tanto, una garantía en el ámbito público, consistente en la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado y en la adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de éste. De esta forma su ámbito de actuación se extiende tanto al campo de la Administración como de la legislación, como, por último, de la jurisprudencia. (p. 154)

El insigne doctrinario (Valbuena, 2008) luego de hacer una crítica o mejores aportes, que el mismo insiste en llamar *glosas*, revela que la definición elaborada por el profesor argentino Pedro J. Coviello, es en su sentir, una de las más completas y descriptivas:

La protección de la confianza legítima es el instituto de derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general, sean administrativos o legislativos), comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, modificación, revocatoria o derogación provoca un daño antijurídico en los afectados, erigiéndose, bajo la observancia de esos componentes, en un derecho subjetivo que puede invocar el administrado, y que consiste, en su aspecto práctico, en la limitación de los efectos de la anulación, de tratarse de un acto (de alcance individual o general) inválido o del reconocimiento del derecho a una indemnización de no ser ello posible; de tratarse de un acto o comportamiento válido, su continuidad o

permanencia; en los supuestos de revocación o modificación de actos válidos o de derogación de actos normativos (administrativos o legislativos), en la posibilidad del reconocimiento del derecho a una indemnización. (p. 156)

- Presupuestos para la identificación de situaciones de confianza legítima **protegibles.**

(Valbuena, 2008) propone entre otros los siguientes requisitos:

a) La existencia de una base objetiva de la confianza.

Para poder identificar una situación de confianza que se le pueda dar el rótulo de legítima o protegible es indispensable la existencia de una señal, indicio, pista, huella, dato o detalle, que de manera real sea observable, palpable que sirva de base de la confianza y que tenga la capacidad de producir expectativas razonables, ciertas y admisibles.

Explica el autor que la base de la confianza está dada por todos aquellos hechos, acciones y omisiones atribuibles a las autoridades públicas o a los particulares que actúan en su nombre, y que tienen por sí mismos la propiedad de suscitar la confianza de los administrados. Agrega adicionalmente (Valbuena, 2008) que “Corresponde entonces al operador jurídico establecer en cada situación concreta si a partir de la existencia de esa “base de la confianza” es dable o no calificar como existente la confianza invocada” (p. 160).

b) Legitimidad de la confianza.

Legítimo es lo que se ajusta al derecho y/o la razón. Cuando se hace referencia al tema de la confianza legítima, el vocablo “legítimo” hace relación a la conexión íntima con la razón. La legitimidad hace relación a la idea de justificación, por lo tanto, cuando desde este tema se hace

alusión a la confianza legítima se está haciendo referencia a la confianza justificada, razonada, demostrada, explicada, soportada en circunstancias objetivas, hechos reales, conductas palpables, a la vista.

(Valbuena, 2008) haciendo referencia a Luis Medina Alcoz, afirma que no todas las situaciones de confianza son tutelables. “[...] solamente son dignas de protección las “situaciones de verdadera confianza”, aquellas en las cuales existe una “auténtica confianza”, quedando descartadas todas aquellas situaciones en las que la confianza se soporta en las convicciones subjetivas del interesado” (p. 165). Adicionalmente dice del autor, invocando a Jean Pierre Puissochet, que la legitimidad que se predica de la confianza depende del hecho que el interesado haya estado en la imposibilidad de prever la modificación de los criterios, posturas y reglamentaciones.

En conclusión, para que la confianza sea legítima y tenga algún asidero en la fase controversial, es necesario demostrar, justificar y soportar con hechos reales, contundentes y razones objetivas, la defraudación de la confianza; asimismo hay que justificar racionalmente la imposibilidad por parte del actor de cambiar, variar o evitar la posibilidad de modificar la situación presentada; de lo contrario no se alcanzaría la protección del ordenamiento jurídico, en cabeza del juez. (Valbuena, 2008) así lo sentencia:

De acuerdo con los lineamientos esenciales del principio que es objeto de nuestros comentarios, si la confianza no es justificada, razonable ni genuina, sencillamente no es legítima y por lo mismo no es ni puede ser merecedora de protección por parte del ordenamiento jurídico. (p. 172)

c) La toma de decisiones o posiciones jurídicas cimentadas en la confianza.

Otro requisito importante para identificar una situación de confianza y que tenga un valor de legalidad, consiste en que aquel que sufre la defraudación, el confiante, pueda demostrar que su creencia, la cual fue promovida e impulsada por aquel en quien confió, tenga un nivel suficiente de motivación para ejecutar, hacer, o llevar a cabo una actividad o conducta o no hacer, omitir o dejar de realizar alguna conducta o acción, que de alguna manera esto afecte de forma directa o indirecta su patrimonio, sobre todo, cuando dicha confianza depositada en aquel o aquella lo conlleve a caer en gastos, que en el caso de no incurrir en estas, no hubiere realizado, ni estaría obligado a padecer.

(Valbuena, 2008) reitera haciendo referencia a Ronnie Preus Duarte, que la confianza creada “debe haber sido determinante en la actividad jurídica del sujeto, es decir, es preciso que en la práctica la situación de confianza creada haya sido decisiva para que el sujeto realizara en la práctica un acto jurídico determinado” (p. 175). Agrega asimismo que ante todo “es preciso que este haya obrado de buena fe exenta de culpa, es decir que haya procedido de manera honesta, diligente, cuidadosa y prudente” (p. 175).

d) La defraudación de la confianza legítima.

Requisito esencial que debe presentarse para que se pueda dar aplicación al principio de protección de la confianza legítima. Todo acto de incoherencia, de deslealtad y de contradicción que afecte las expectativas futuras de una persona natural o jurídica, constituye un desconocimiento del principio de protección de la confianza legítima. Es necesario que como consecuencia de la inesperada e intempestiva actuación de las autoridades se produzca como efecto, la defraudación efectiva de la confianza del tutelado.

(Valbuena, 2008) retomando la Sentencia C-007 de 2002 de la Corte Constitucional de Colombia, elabora un somero listado de conductas que podrían defraudar la confianza legítima de los confiantes:

[...], es indispensable que las autoridades rompan una promesa o un ofrecimiento formalmente efectuado; que actúen en contravía de lo planeado, variando súbitamente el rumbo de la acción estatal; que desconozcan la estabilidad de determinadas situaciones jurídicas, alterando, desarticulando o desconociendo por sorpresa las esperanzas y las previsiones razonables del particular; que modifiquen criterios o doctrinas muchas veces reiteradas sin que medie algún tipo de justificación; que deroguen o modifiquen de manera intempestiva las reglas de juego previamente establecidas, sin consagrar para tal efecto ninguna medida de transición.(p. 176)

- El principio de la confianza legítima y su incidencia en la doctrina de los **actos propios**.

La esencia de la aplicación de la doctrina de los actos propios no es solamente la prohibición de incurrir en conductas incoherentes que impliquen el desconocimiento de actos anteriores sino también “proteger la confianza de aquella persona que ha creído en la estabilidad de las situaciones jurídicas surgidas al amparo del acto realizado por quien después pretende desconocerlo” (Valbuena, 2008) (p. 119).

Así lo destaca también Benedicte Fauvarque-Cosson, referenciado por (Valbuena, 2008), al comentar que la doctrina de los actos propios “[...] permite proteger la confianza suscitada en un tercero, por una conducta anterior, deliberada, eficaz y jurídicamente significativa” (p. 119).

Para proteger los intereses o aminorar los daños y perjuicios de aquellas personas que depositan su confianza en los demás, la doctrina de los actos propios impone como lo dice (Valbuena, 2008) aludiendo a Marcelo López Mesa:

[...] una limitación al ejercicio de los derechos que se basa en el rechazo de la sorpresa y la emboscada: pues el derecho exige una conducta consonante con la confianza suscitada, requiriendo la coherencia del comportamiento con la virtualidad respecto de terceros. (p. 120)

Por su parte el profesor argentino Alejandro Borda, citado por (Valbuena, 2008) sostiene que:

Dicha regla no funda la sanción impuesta en la ilicitud de la conducta contradictoria sino en que resulta inadmisibles proteger un comportamiento incoherente que puede traer aparejada la violación de la confianza que ha podido despertarse en un tercero en virtud de un primer acto o conducta, también llamado conducta vinculante. (p. 120)

De otro lado podemos señalar que la confianza es la *ratio protectionis* de la institución de la doctrina de los actos propios. La confianza es la piedra de toque de la doctrina de los actos propios. En ella encontramos su esencia protectora, su explicación última; es la protección de la confianza en la que descansa la prohibición o rechazo de obrar en contra de los actos propios anteriores. (Jaramillo, 2012) haciendo referencia a Franz Wieacker, nos recuerda que “[...] el principio del Venire es una aplicación del principio de confianza en el tráfico jurídico” (p. 96).

3.4.2. El deber de coherencia

El deber de coherencia se concreta en la necesidad de que no se presenten contradicciones en el comportamiento de las partes, particularmente cuando se ha creado en la otra parte la

expectativa legítima de que dicha situación se mantendrá. El deber de coherencia tiene sus manifestaciones entre otras figuras, en la doctrina de los actos propios, la confianza legítima y la teoría de la apariencia.

En la actualidad de acuerdo con (BERNAL, 2008) “el deber de coherencia en los contratos debe ser analizado como un concepto ligado a los “*deberes secundarios de conducta*” como el deber de información, de confidencialidad, de secreto, de consejo que deben obedecer las partes, aunque no se hayan estipulado expresamente en el contrato” (p. 4), los cuales representan límites a la conducta de las partes en las diferentes fases del contrato, basados en la exigencia de la buena fe.

El deber de coherencia es un reflejo de la importancia del equilibrio en los contratos. En efecto, la falta de coherencia puede afectar sustancialmente la asimetría en los negocios. Una de sus aplicaciones más interesantes en materia contractual consiste en la exigencia de contraprestación en las cláusulas de los contratos, en particular en situación de contratos de adhesión.

La doctrina de los actos propios es una construcción jurídica que protege el deber de coherencia. Éste deber de no ser tutelado oportunamente por la justicia, puede acarrear una pérdida patrimonial, por lo tanto, el deber de coherencia tiene un alcance económico. Este deber de coherencia es exigible a los dos extremos contractuales: deudor y acreedor. Así lo expresa (Grande, 2017)

[...], es legítimo y válido analizar la obligación de coherencia, vista desde la perspectiva de la prohibición de ir contra los actos propios, como una prestación en cabeza de ambos sujetos negociales, la cual impide que una de las partes del negocio, mediante una

conducta actual, pretenda desconocer los efectos jurídicos creados, modificados o extintos en el pasado, si con el comportamiento presente se afecta la confianza legítima de la contraparte. (p. 330)

(Grande, 2017) citando al profesor Alejandro Borda (2013) sostiene que los deberes secundarios de conducta al ser violados se incurren en *responsabilidad civil contractual* y, por lo tanto, en caso tal, se deben resarcir los daños causados, sea reparando el daño provocado o indemnizando. “[...] es necesario prevenir el incumplimiento de tales deberes y, en su caso, resarcir los daños causados” (p. 333).

Javier Tamayo Jaramillo (2007 a) referido por (Grande, 2017) sostiene que la responsabilidad civil contractual “se origina en el daño injustificado con ocasión al incumplimiento de las obligaciones contractuales, bien porque sea tal falta pura y simple, en su cumplimiento moroso o defectuoso” (p.336).

Borda (1993) mencionado por (Grande, 2017) sostiene que:

El análisis de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de una obligación contractual, según la interpretación moderna de la teoría general del contrato, se centra en la víctima y el daño que le fue infligido; sin desdeñar el valor de la conducta perjudicial para el interés del sujeto afectado; de esta manera, se conduce a una socialización del daño o de su reparación, la cual está directamente emparentada con la génesis de la responsabilidad objetiva. (p.339)

(Grande, 2017) invocando la sentencia C-1008-10, 2010, punto 3.1 de las consideraciones, de la Corte Constitucional, se refiere a cómo ésta define el concepto de responsabilidad contractual:

[...] aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes de un contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico. (p.340)

En la doctrina de los actos propios quien infrinja dentro de la relación contractual el deber de coherencia y como consecuencia viole la confianza legítima de su contraparte y como efecto genere un perjuicio, le corresponde asumir las consecuencias del detrimento patrimonial infringido a la víctima. Expresa (Grande, 2017) que, para analizar la responsabilidad civil contractual con fundamento en la violación de la obligación de coherencia, “deberá analizarse siguiendo a la profesora Mariana Bernal Fandiño, el hecho injurioso, un factor de atribución, el daño y la relación de causalidad” (p. 357).

El hecho injurioso, conducta dañina o comportamiento generador del daño, consiste en la inobservancia del deber de coherencia, según lo expuesto por Bernal (2013). (Grande, 2017) retomando a Bernal (2013) expresa que el cumplimiento de la obligación de coherencia consiste en:

1. el mantenimiento de la coherencia en el momento y en el tiempo mediante una conducta, que consiste en la ausencia de un comportamiento que desconozca aquello que en el instante o en el momento se ha afirmado, de manera que se trata d una actitud por mantener la continuidad de una situación originadora de un efecto jurídico.

2. la protección de la confianza legítima generada por quien, posteriormente, desconoce el alcance de una posición, situación o conducta jurídicamente relevante y pretérita, mediante la realización de un comportamiento diametralmente expuesto. (p. 357-358)

En cuanto al factor de atribución, al ser el deber de coherencia un elemento del Principio General de la buena fe, debe demostrarse que la parte actuó de mala fe, toda vez que afectó injustamente la confianza legítima suscitada por un acto propio pasado con la realización de un comportamiento presente; probada la mala fe, corresponde a la parte afectada demostrar que no actuó de mala fe.

El daño ocasionado por la violación del deber de coherencia, según lo relata (Grande, 2017) debe reunir o cumplir ciertos requisitos: “[...] el daño debe ser cierto, actual y que su reclamación sea ejercida por quienes estén legitimados para hacerlo, esto es, la víctima o sus herederos” (p.360). Dicho daño puede ser del orden patrimonial o extra patrimonial.

Finalmente, se requiere la prueba del nexo causal entre el incumplimiento del deber de coherencia y el daño propinado a su contraparte en la relación contractual. Bernal (2003) mencionada por (Grande, 2017) lo explica de la siguiente forma:

[...] el daño debe ser consecuencia del incumplimiento del deber de coherencia, por lo que debe acreditarse, entonces, el nexo causal entre la contradicción y el daño cuya indemnización se pretenda. Es importante resaltar que, en este caso, la indemnización del responsable del daño no presenta mayor complicación, puesto que basta con verificar la inobservancia del deber de no contradecirse en perjuicio de otro, por lo que el sujeto viene identificado a través del deber incumplido. (p. 360)

- **La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia colombiana**

Se considera la sentencia (Corte Constitucional, Sentencia T-295, 1999) la sentencia núcleo de la doctrina de los actos propios desarrollada por la Corte Constitucional, ya que, establece los requisitos de aplicación de dicha teoría.

El tratadista y Magistrado del Tribunal Constitucional Español Luis Díaz Picazo enseña que la prohibición no impone la obligación de no hacer sino, más bien, impone un deber de no poder hacer; por ello es que se dice “no se puede ir contra los actos propios.

Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.

El respeto del acto propio requiere entonces de tres condiciones para que pueda ser aplicado:

a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz

Se debe entender como conducta, el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona, respecto de unos intereses vitales. Primera o anterior conducta que debe ser jurídicamente relevante, por lo tanto, debe ser ejecutada dentro una relación jurídica; es decir, que repercuten en ella, suscite la confianza de un tercero o que revele una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica.

La conducta vinculante o primera conducta, debe ser jurídicamente eficaz; es el comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses y en donde el sujeto emisor de la conducta, como el que la percibe son los mismos. Pero, además, hay una conducta posterior, temporalmente hablando, por lo tanto, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella.

b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción –atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas.

La expresión pretensión contradictoria encierra distintos matices: por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto, por otro lado, esta conducta importa ejercer una pretensión que en otro contexto es lícita, pero resulta inadmisibile por ser contradictoria con la primera. Pretensión, que es aquella conducta realizada con posterioridad a otra anterior y que está dirigida a tener de otro sujeto un comportamiento determinado. Lo fundamental de la primera conducta es la confianza que suscita en los demás, en tanto que lo esencial de la pretensión contradictoria, es el objeto perseguido.

c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

Es necesario entonces que las personas o centros de interés que intervienen en ambas conductas -como emisor o como receptor- sean los mismos. Esto es que, tratándose de sujetos físicamente distintos, ha de imputarse a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior.

El Consejo de Estado a través de la Sala Contencioso Administrativo, en agosto de 1992 se pronuncia con respecto a dicha teoría para el caso de un contrato suscrito entre un consorcio de ingenieros con el Departamento de Santander. El contratista empieza a incumplir lo pactado realizando un alza en los precios que se habrían de pagar por el cumplimiento de las actividades contratadas

El Consejo de Estado menciona la teoría de los actos propios como filosofía contractual, relacionada con la buena fe y la paz jurídica, sugiriendo las fuentes que contienen los derechos derivados de la doctrina, con los contratos, acuerdos, actas y en general documentos que hacen parte de la convención en que las partes expresan sus voluntades. Es así que cita al jurista Kart Lorenz, planteando la doctrina como mandamiento moral y principio del Derecho justo.

El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque PODER CONFIAR, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho – con independencia de cualquier mandamiento moral – tiene que ponerse así mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el Derecho positivo se concreta de diferente manera... (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 34158, 2015)

En dicha sentencia el Consejo de Estado argumenta, además:

La Corporación encuentra que con inusitada frecuencia las partes vinculadas a través de la relación negocial resuelven sus problemas, en plena ejecución del contrato, y firman los acuerdos respectivos. Transitando por esa vía amplían los plazos, reciben parte de la obra, se hacen reconocimientos recíprocos, pero instantes después vuelven sobre el pasado para destejer, como PENÉLOPE, lo que antes habían tejido, sembrando el camino de dificultades desleales, que no son de recibo para el Derecho, como tampoco lo es la filosofía del INSTANTANEISMO, que lleva a predicar que la persona no se obliga sino para el momento en que expresa su declaración de voluntad, pero que en el instante siguiente queda liberado de sus deberes. Quienes así proceden dejan la desagradable impresión de que con su conducta solo han buscado sorprender a la contraparte, sacando ventajas de los acuerdos que luego buscan modificar o dejar sin plenos efectos. Olvidan quienes así actúan que cuando las personas SE VINCULAN generan la imposibilidad de ROMPER o DESTRUIR lo pactado. Solo el juez, por razones de ley, puede desatar el vínculo contractual. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 34158, 2015)

Esta sentencia se refiere a las partes que en un acuerdo o contrato modifican sus condiciones. Reconoce rango constitucional a principios como el de la buena fe, seguridad jurídica, confianza legítima, que concurren para garantizar la inmodificabilidad de los derechos adquiridos.

La (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC 11287, 2016), hace alusión a la doctrina de los actos propios con el fin de hacer ver que su objetivo es evitar que mediante cambio intempestivo e injustificado de actitud se le genere perjuicio a quien asumió la

posición de confianza legítima por conductas anteriores de la contraparte. Lo que no puede esa doctrina es obligar a la persona a que permanezca en situación que le genere perjuicio, teniendo la facultad legal de actuar de manera diferente y la contraparte carece de expectativas válidas.

...puede anunciarse que es la coherencia exigida en el comportamiento de las personas, de tal forma que lo realizado en el pasado, que ha servido a su vez como determinante o referente del proceder de otras o que ha alimentado, objetivamente, ciertas expectativas, no pueden ser contrariadas de manera sorpresiva, caprichosa o arbitraria, sin con ello trasciende la esfera personal y genera perjuicio a los demás.

(...) cumple resaltar que el objetivo último no es, en verdad, salvar la contradicción del acto o impedir la incoherencia de un determinado comportamiento; el fin esencial, por lo demás, es evitar que, con ese cambio de actitud, con esa rectificación se genere un perjuicio a quien despertó alguna expectativa válida por la conducta desplegada anteriormente, es, en otras palabras, dejar incólume la confianza fundada en ese antecedente.

(...) Expuestas así las cosas, es pertinente puntualizar ahora que si bien es evidente la necesidad de que las partes observen aquellas líneas de comportamiento, que no contraríen los ya trazados en sus conductas, ni menos minen su credibilidad en el desarrollo precontractual o contractual con desorientaciones perniciosas; a pesar de tan noble propósito, se decía, surge incontestable, de todas maneras, que la observancia irrestricta de sus propios actos no aparece como un deber u obligación absolutos, dado que existen hipótesis en las que ante situaciones similares o con respecto a actos desplegados con anterioridad por la misma persona, que sirven de apalancamiento para

su actuar en el inmediato futuro, le está deferida la posibilidad de apartarse de los mismos. Por consiguiente, no se trata en casos tales de viabilizar los cambios inesperados, sorprendidos y contradictorios; ni de imponer irrestricta e irreflexivamente la observancia permanente e inmodificable de lo actuado.

En efecto, la supletoriedad o subsidiariedad es una característica de la regla que se comenta, pues no opera de manera automática ni en todos los eventos, luego no es ilimitada; por ello, en las situaciones en que hipotéticamente hay incursión en los predios del acto propio debe sobrevenir la confrontación del suceso en sí con la regulación normativa vigente para determinar la pertinente procedencia. Su vitalidad, entonces, se patentiza en la medida en que el asunto del que se trate no tenga una regulación legal general o especial ante la cual, por su naturaleza, el principio deba ceder. No siempre y de manera rotunda toda reclamación ulterior que pueda contrariar un comportamiento ya agotado debe ser concebida, necesariamente, como la trasgresión de la reseñada regla, pues, como ya se dijera, no son pocas las ocasiones en que la misma ley considera el comportamiento precedente como irrelevante para los efectos de estructurar o encajar en el aludido principio.

Ciertamente, existen condiciones o circunstancias que aconsejan e, inclusive, imponen la variación de comportamientos precedentes. Hay hipótesis en donde es el propio ordenamiento el que autoriza apartarse de la proyección generada a partir de los actos realizados antecedentemente, por lo que, sin duda, variar de conducta y sustraerse o distanciarse de las líneas demarcadas durante un período suficiente para haber generado en el cocontratante algún grado de confianza o la creación de expectativas, no

resulta dañino ni deviene atentatorio de la teoría que se comenta. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 2001-00457-01, 2011)

Menciona que el acreedor cumplido o allanado a cumplir pudo optar por el cumplimiento del contrato o su resolución, sin que el hecho de haber asistido a la determinación de acreencias le impidiera optar por la alternativa que efectivamente tomó y que le brinda la ley civil, que es de la acción resolutoria.

Así, no es procedente imponer al acreedor de su conducta por un comportamiento anterior con la excusa de aplicar la teoría de los actos propios, cuando la ley ampara dicha actuación con la acción legal.

4. El sistema financiero colombiano

4.1 Conceptos básicos del sector financiero colombiano

4.1.1 ¿Qué son las finanzas?

Las finanzas corresponden a una rama de la economía que estudia el movimiento del dinero entre las personas, las empresas o el Estado. También estudia la obtención y la administración del dinero que ellos realizan para lograr sus respectivos objetivos, tomando en cuenta todos los riesgos que ello implica.

Finanzas es el área de la economía que estudia el funcionamiento de los mercados de dinero y capitales, las instituciones que operan en ellos, las políticas de captación de recursos, el valor del dinero en el tiempo y el coste del capital.

Según el área de especialización dentro de las Finanzas podemos hablar de tres tipos:

1. Finanzas Públicas:

Las Finanzas Públicas constituyen la actividad económica del sector público, con su particular y característica estructura que convive con la economía de mercado, de la cual obtiene los recursos y a la cual le presta un marco de acción.

Comprende los bienes, rentas y deudas que forman el activo y el pasivo de la Nación y todos los demás bienes y rentas cuya administración corresponde al Poder Nacional a través de las distintas instituciones creadas por el Estado para tal fin. El Estado para poder realizar sus funciones y afrontar sus necesidades públicas, debe contar con recursos, y los mismos se obtienen a través de los diferentes procedimientos legalmente estatuidos y preceptuados en principios legales constitucionales.

Las finanzas públicas, establece: estudia las necesidades; crea los recursos; Ingresos; Gastos, El Estado hace uso de los recursos necesarios provenientes de su gestión política para desarrollar actividades financieras a través de la explotación y distribución de las riquezas para satisfacer las necesidades públicas (individuales y colectivas).

2. Finanzas empresariales:

Son aquellas que se centran en las decisiones monetarias o de inversión que toman las empresas (identificación de oportunidades de inversión y análisis de su viabilidad económica, habitualmente, en términos de rentabilidad) y en las herramientas y análisis que se utilizan para tomar esas decisiones.

El objetivo fundamental de las finanzas empresariales es maximizar el valor de la empresa para sus accionistas.

3. Finanzas personales

Son las relacionadas con la capacidad de generar ahorro por parte de los individuos, así como de obtener recursos financieros adicionales procedentes, por ejemplo, de las entidades financieras para poder cubrir sus necesidades de inversión. Además, también engloban las decisiones de inversión de los excedentes de recursos financieros disponibles.

4.1.2 ¿Qué se entiende por sistema financiero?

(Baena, Hoyos, & Ramirez, 2016) lo definen como el “conjunto de entes conformado por las autoridades que gobiernan, regulan y supervisan, así como las que operan en los mercados del ahorro, la inversión, el crédito y los servicios auxiliares de los mismos” (p.74). Por su parte (Dueñas, 2008) define el Sistema financiero como:

El conjunto de instituciones que, previamente autorizadas por el Estado, están encargadas de captar, administrar e invertir el dinero tanto de personas naturales como de personas jurídicas (nacionales o extranjeras). De igual manera, el concepto de Sistema Financiero abarca el conjunto de normas, instrumentos y regulaciones (por ejemplo, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) que recaen sobre personas e instituciones que actúan en el mercado financiero, ya sean o no intermediados. (p.4)

(Baena, Hoyos, & Ramirez, 2016) expresan que:

En las diferentes actividades que se desarrollan alrededor del mundo con dinero, bonos, acciones, opciones u otro tipo de herramientas financieras, existen organizaciones o instituciones que se encargan de actuar como intermediarias entre las diferentes personas u organizaciones que realizan esos movimientos, negocios o transacciones. (p. 75)

El sistema financiero se compone de tres elementos básicos:

1. **Las instituciones financieras:** se encargan de actuar como intermediarias entre las personas que tienen recursos disponibles y las que solicitan estos recursos. Hay diferentes tipos de intermediarios financieros, dependiendo de la actividad que se vaya a llevar a cabo: existen los *inversionistas institucionales* como las compañías de seguros, los fondos de pensiones o los fondos mutuos; los *intermediarios de inversión*, que son instituciones que atraen dinero u otro tipo de recursos de pequeños inversionistas y los invierten en acciones o bonos formando portafolios de inversión y finalmente, *las instituciones de depósito*, de las cuales los bancos son el tipo más conocido.

Existen dos clases de intermediarios financieros:

- a) **Entidades de crédito**, cuyas principales actividades son: captar depósitos del público, otorgar créditos (préstamos), factoring o compra de cartera (facturas), leasing o arrendamiento financiero, efectuar pagos y transferencias de fondos, emitir medios de pago, servir de aval o garante de operaciones, intermediar en mercados, fiducia o administración de dinero, bienes y valores, underwriting o compra de acciones para negociar posteriormente en bolsa, brindar servicios de asesoría e inversión y gestionar patrimonios autónomos.
- b) **Entidades que no son de crédito**, simplemente son inversionistas: entidades aseguradoras, fondos de inversión, administradoras de fondos de pensiones y cesantías y bolsa de valores.

2. **Los activos financieros:** son las herramientas (títulos) que utiliza el sistema financiero para facilitar la movilidad de los recursos. Estos mantienen la riqueza de quienes los posea. Los activos financieros son emitidos por una institución y comprados por personas u organizaciones que desean mantener su riqueza de esta forma.

Son títulos expedidos por las Unidades Deficitarias. Estos títulos son negociables y tienen tres características importantes: 1. Liquidez (fácil conversión en efectivo) 2. Bajo riesgo (posibilidad mínima de pérdida) 3. Rentabilidad (ganancia sobre la inversión). Cuando una organización requiere capital emite y vende estos títulos en el mercado de valores (por ejemplo, acciones, bonos, papeles comerciales, etc.).

3. El mercado financiero: es el lugar en el cual se realizan las transacciones o intercambios de activos financieros y de dinero. Los mercados financieros tienen las siguientes funciones: ponen en contacto a los participantes, fijan los precios de los activos financieros, convierten en líquidos a los activos financieros y reducen costos y plazos de intermediación.

Sostienen (Baena, Hoyos, & Ramirez, 2016) que:

[...], el sistema financiero permite que el dinero circule por nuestra economía, que pase por muchas personas o empresas y que se realicen diferentes operaciones, generando una gran cantidad de actividades, como, por ejemplo, la inversión en proyectos que, sin una cantidad mínima de financiación, no se podrías llevar a cabo o determinar si estas son viables o no.

4.1.3 Funciones del sistema financiero.

La función fundamental del sistema financiero es la de garantizar una eficaz asignación de los recursos financieros. Esto significa que el sistema financiero ha de proporcionar al sistema económico los recursos financieros necesarios y apropiados no sólo en su volumen o cuantía, sino también en su naturaleza, plazos y costes.

Además, deberá cumplir con las siguientes funciones:

1. **Fomentar e incentivar tanto el ahorro como la inversión productiva de una economía**, al captar el ahorro de las unidades con superávit y canalizarlo hacia las unidades con déficit:
 - a) **Captación de capital.** Captar ahorro.
 - b) **Canalización.** El sistema financiero debe ofrecer un fácil acceso a las fuentes de financiación.

2. **Creación de liquidez.** La liquidez consiste en la conversión de un producto financiero en dinero. El dinero corriente y las tarjetas de pago son los productos financieros de mayor liquidez del sistema financiero.
 - a) El efectivo en circulación, billetes y monedas, supone un 10% de la liquidez total.
 - b) El resto del dinero lo crean las entidades financieras con la concesión de préstamos y créditos y la disponibilidad de fondos captados a los ahorradores.
 - c) Por tanto, es necesario exigir a las entidades financieras un máximo de solvencia.
Todo este proceso lo controla la autoridad monetaria.

3. **Contribuir a la estabilidad monetaria y financiera y permitir el desarrollo de una política monetaria activa** por parte de la autoridad monetaria. El cumplimiento de esta función dependerá de la mayor o menor eficiencia de los mecanismos de gestión del riesgo del sistema financiero y de la supervisión/control llevada a cabo por el sistema financiero.

Un **sistema financiero** será más eficiente cuanto mayor sea el flujo de ahorro dirigido hacia la inversión y cuanto más se adapte a las necesidades y preferencias individuales de los agentes

implicados. En la práctica no es fácil evaluar con precisión el grado de eficacia exacto de un sistema financiero.

4.1.4 Entidades de control y apoyo al sistema financiero colombiano

- **Funciones del Congreso según el Art. 150 de la Constitución Política, con respecto a la expedición de normas marco**

Funciones del Congreso que se ejercitan mediante leyes:

Art. 150.- Corresponde al congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

1º.) Interpretar, reformar y derogar las leyes.

2º.) Expedir Códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.

8º. Expedir las normas a las cuales deba sujetarse el gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que señala la Constitución.

13º. Determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio, y arreglar el sistema de pesas y medidas.

19º.) Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:

a) Organizar el crédito público.

b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la junta directiva del Banco de la República.

- c) Modificar, por razones de política comercial, los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;
- d) Regular las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;
- e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública;
- f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

21°.) Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.

22°.) Expedir las leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que le compete a su junta directiva.

23°.) Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos. (Const., 1991, art. 150)

➤ **Ministerio de Hacienda y Crédito Público.**

Según (Baena, Hoyos, & Ramirez, 2016) :

Tiene como objetivo la definición, formulación y ejecución de la política económica del país, de los planes generales, programas y proyectos relacionados, así como la preparación de las leyes, decretos y regulación, en materia fiscal, tributaria, aduanera, de crédito público, presupuestal, de tesorería, cooperativa, financiera, cambiaria, monetaria y crediticia, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a la Junta Directiva del Banco de la República. (p. 81)

Tiene entre otras las siguientes funciones:

- Participar en la coordinación y definición de políticas, estrategias y objetivos que propendan por la armonización de las estadísticas de finanzas públicas con el fin de mejorar su calidad, coherencia y transparencia.
- Conceptuar sobre el estado de la producción de estadísticas de finanzas públicas y recomendar proyectos y acciones para su mejoramiento en el marco del Sistema Estadístico Nacional.
- Propiciar acuerdos interinstitucionales dirigidos a crear mecanismos de coordinación y gestión que ayuden a la unificación de fuentes de información y la armonización de las metodologías y recomendaciones internacionales utilizadas en la producción de las estadísticas de finanzas públicas.
- Proponer al Sistema Estadístico Nacional normatividad para la producción y divulgación de las estadísticas de finanzas públicas.
- Recomendar la realización de estudios específicos, revisiones y/o desarrollos metodológicos, así como la utilización e interconexión de bases de datos y sistemas de información de las entidades involucradas en la producción y administración de las estadísticas de finanzas públicas. Ser órgano consultivo del sector público y proponer conceptos técnicos en cuanto a metodologías, procesos y sistemas de información enmarcados en el ámbito general de aplicación de las estadísticas de finanzas públicas.

- Ser órgano consultivo del sector público y proponer conceptos técnicos en cuanto a metodologías, procesos y sistemas de información enmarcados en el ámbito general de aplicación de las estadísticas de finanzas públicas.
- Encargada de intervenir en las actividades financieras y aseguradora de conformidad con los criterios emanados en la Ley 35 de 1993 y la Ley 964 de 2005.
- Participa en la regulación de las actividades bancarias y demás entidades financieras en coordinación con la Superintendencia Financiera o la Superintendencia de Economía Solidaria (artículo 3°. Del Decreto 246 de 2004).

Algunas entidades vinculadas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público son: Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES); departamento Nacional de Planeación (DNP); y el Consejo Nacional de Política Fiscal (CONFIS).

➤ **Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (FOGAFIN)**

Es una persona jurídica autónoma de derecho público y de naturaleza única, sometido a la vigilancia de la Superintendencia Financiera.

Su objetivo general consiste en la protección de la confianza de los depositantes y acreedores en las instituciones financieras inscritas, preservando el equilibrio y la equidad económica.

Misión: Como autoridad financiera, contribuir a la construcción de la confianza de los colombianos en su sistema financiero y a la preservación de su estabilidad.

El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – FOGAFÍN es una autoridad financiera adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargada de proteger los ahorros de los ciudadanos depositados en bancos, corporaciones financieras, compañías de financiamiento,

sociedades especializadas en depósitos electrónicos (SEDPES) y en el Fondo Nacional del Ahorro que, por obligación, están inscritos en Fogarín.

Fogarín hace parte de la Red de Seguridad del Sistema Financiero colombiano, conformada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Banco de la República y la Superintendencia Financiera de Colombia.

Para proteger los ahorros del público y, con ello velar por la estabilidad del sector financiero, Fogarín aplica de ser necesario, diferentes operaciones de apoyo a sus entidades inscritas para reducir o minimizar los efectos adversos de situaciones de crisis en el sistema Financiero; administra el Seguro de Depósitos y lo paga a los ahorradores de una entidad inscrita en caso que la misma entre en liquidación; así mismo, realiza seguimiento a las entidades financieras en toma de posesión y en liquidación.

Fogarín a través del Seguro de Depósitos garantiza a los depositantes la devolución parcial o total de su dinero hasta 50 millones de pesos por persona y por entidad en caso de que la entidad inscrita en Fogarín entre en liquidación.

➤ **Banco de la República**

Misión: Contribuir al bienestar de los colombianos mediante la preservación del poder adquisitivo de la moneda, el apoyo al crecimiento económico sostenido, el aporte a la estabilidad financiera, el buen funcionamiento de los sistemas de pago y la adecuada gestión cultural.

El Banco de la República es un órgano del Estado de naturaleza única, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, que ejerce las funciones de banca central. Según la Constitución, el principal objetivo de la política monetaria es preservar la capacidad adquisitiva

de la moneda, en coordinación con la política económica general, entendida como aquella que propende por estabilizar el producto y el empleo en sus niveles sostenibles de largo plazo. En ejercicio de esta función adopta las medidas de política que considere necesarias para regular la liquidez de la economía y facilitar el normal funcionamiento del sistema de pagos, velando por la estabilidad del valor de la moneda.

Las funciones especiales asignadas al Banco comprenden la de regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito, emitir la moneda legal colombiana, administrar las reservas internacionales, ser prestamista y banquero de los establecimientos de crédito y servir como agente fiscal del Gobierno. Como parte de sus funciones, el Banco también contribuye a la generación de conocimiento y a la actividad cultural del país.

➤ **Superintendencia Financiera de Colombia**

La Superintendencia Financiera de Colombia surgió de la fusión de la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores, según lo establecido en el (Decreto 4327, art. 1, 2005). La entidad es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio.

El propósito superior de la Superintendencia Financiera consiste en asegurar que el Sistema Financiero contribuya de manera efectiva al progreso de las empresas y personas.

Naturaleza Jurídica: La Superintendencia Financiera de Colombia, es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio.

El Presidente de la República, de acuerdo con la ley, ejercerá a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.

La Superintendencia Financiera de Colombia tiene por objetivo supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como, promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados.

La Superintendencia Financiera de Colombia ejercerá las funciones establecidas en el decreto 2739 de 1991 y demás normas que la modifiquen o adicionen, el Decreto 663 de 1993 y demás normas que lo modifiquen o adicionen, la Ley 964 de 2005 y demás normas que la modifiquen o adicionen, las demás que señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de la República.

La Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) tiene entre sus competencias, ejercer funciones de vigilancia, inspección y control de quienes realizan la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo o inversión de recursos recibidos (captados) del público.

Tiene como misión preservar la confianza pública de los ciudadanos y la estabilidad del sistema financiero, mantener la integridad, eficiencia y transparencia del mercado de valores y demás activos financieros y velar por el respeto de los derechos de los consumidores financieros.

De conformidad con la facultad jurisdiccional atribuida por la (Estatuto del Consumidor, 2011), los consumidores financieros de las entidades vigiladas por la Superintendencia

Financiera de Colombia podrán a su elección someter a conocimiento de esta autoridad, los asuntos contenciosos que se susciten entre ellos y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público.

4.1.5 Entidades que hacen parte del sistema financiero colombiano.

Hacen parte del Sistema Financiero aquellas entidades que se encargan de prestar servicios y facilitar el desarrollo de múltiples operaciones financieras y comerciales. El Sistema Financiero opera como un intermediario entre las personas u organizaciones que disponen de suficiente capital y aquellas que necesitan y solicitan recursos monetarios para desarrollar proyectos de inversión e impulsar la actividad económica.

El Sistema financiero está conformado por: Establecimientos de crédito, sociedades de capitalización, sociedades de servicios financieros, la bolsa de valores, las entidades especiales y entidades aseguradoras.

Establecimientos de crédito

De acuerdo con (Ley 45, art. 92, 1990), se consideran establecimientos de crédito las instituciones financieras cuya función principal consiste en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito.

(Ley 454, art 54, 1998) (Modificación del artículo 20 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). El inciso 1º del numeral 1º del artículo 2º del Estatuto Orgánico del Sistema

Financiero quedará así: "Los establecimientos de crédito comprenden las siguientes clases de instituciones financieras: establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras".

Establecimientos bancarios:

Son establecimientos bancarios las instituciones financieras que tienen por función principal la captación de recursos en cuenta corriente bancaria, así como también la captación de otros depósitos a la vista o a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito.

Institución que realiza labores de intermediación financiera, recibiendo dinero de unos agentes económicos (depósitos), para darlo en préstamo o financiación a otros agentes económicos (créditos).

Las funciones de los bancos son aquellas responsabilidades que tienen éstos para canalizar el ahorro y la inversión entre los oferentes y demandantes de capital.

Han cambiado considerablemente con el paso de los años, pasando de ser bancos de depósito de dinero y de emisión de certificados de depósito y papel comercial hasta funciones de control monetario, emisión de préstamos y créditos, depósito de capitales, emisión y comercialización de productos financieros simples como una cuenta remunerada o productos financieros complejos como son los derivados financieros.

Con la finalidad de equilibrar la balanza entre la emisión de préstamos y el dinero en cuentas de sus clientes, han diversificado su negocio a través de actividades de factoring, leasing o renting debido, principalmente, a los riesgos financieros de estar apalancados en sus balances ya

que su negocio principal se centra en la captación de dinero o pasivo y el préstamo de ese dinero a clientes a un tipo de interés mayor.

(Decreto 663. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, 1993) Art. 7 las Operaciones bancarias autorizadas a los bancos son las siguientes:

- a). Descontar y negociar pagarés, giros, letras de cambio y otros títulos de deuda;
- b). Recibir depósitos en cuenta corriente, a término y de ahorros, conforme a las previsiones contenidas en el Código de Comercio y en el presente Estatuto;
- c). Cobrar deudas y hacer pagos y traspasos;
- d). Comprar y vender letras de cambio y monedas;
- e). Otorgar crédito, incluidos préstamos para realizar operaciones dirigidas a adquirir el control de otras sociedades o asociaciones, sin perjuicio de lo previsto en el literal c) del artículo 10 del presente estatuto.
- f). Aceptar para su pago, en fecha futura, letras de cambio que se originen en transacciones de bienes correspondientes a compraventas nacionales o internacionales.
- g). Expedir cartas de crédito;
- h). Recibir bienes muebles en depósito para su custodia, según los términos y condiciones que el mismo banco prescriba, y arrendar cajillas de seguridad para la custodia de tales bienes;
- i). Tomar préstamos dentro y fuera del país, con las limitaciones señaladas por las leyes;

- j). Obrar como agente de transferencia de cualquier persona y en tal carácter recibir y entregar dinero, traspasar, registrar y refrendar títulos de acciones, bonos u otras constancias de deudas;
- k). Celebrar contratos de apertura de crédito, conforme a lo previsto en el Código de Comercio.
- l). Otorgar avales y garantías, con sujeción a los límites y prohibiciones que establezcan la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional, cada uno dentro de su competencia.
- m). Realizar las operaciones de que trata el numeral 5 del artículo 22 del presente Estatuto.
- n). Realizar operaciones de leasing habitacional las cuales deben tener por objeto bienes inmuebles destinados a vivienda. Estas operaciones se considerarán leasing operativo para efectos contables y tributarios.

Para el desarrollo de esta operación los Establecimientos Bancarios deberán dar prioridad a los deudores de créditos de vivienda que hayan entregado en dación de pago el respectivo bien inmueble. Lo anterior siempre y cuando tales personas naturales, cumplan los requisitos legales mínimos relacionados con el respectivo análisis del riesgo crediticio.

En el reglamento que expida el Gobierno Nacional en desarrollo del presente artículo, adoptará medidas que garanticen la protección de los usuarios o locatarios.

- ñ). Celebrar contratos de administración no fiduciaria de la cartera y de las acreencias de las entidades financieras que han sido objeto de toma de posesión para liquidación.
- o). Realizar operaciones de leasing y arrendamiento sin opción de compra.

Algunas operaciones activas que pueden llevar a cabo con sus clientes son: sobregiro bancario, tarjetas de crédito, aceptaciones bancarias, cartas de crédito, avales y garantía.

Algunas operaciones pasivas que pueden realizar son: depósitos en cuentas corrientes, depósitos en cuentas de ahorro, Certificados de depósito a término (CDT), redescuento y emisión de bonos.

También están autorizados para algunas operaciones neutras como: cajillas de seguridad, referencias bancarias, remesas al cobro y garantías.

Corporaciones financieras:

Son corporaciones financieras aquellas instituciones que tienen por función principal la captación de recursos a término, a través de depósitos o de instrumentos de deuda a plazo, con el fin de realizar operaciones activas de crédito y efectuar inversiones, con el objeto primordial de fomentar o promover la creación, reorganización, fusión, transformación y expansión de empresas, en los sectores que establezcan las normas que regulan su actividad.

Su objetivo fundamental es la movilización de recursos y asignación de capital para promover la creación, reorganización, fusión, transformación y expansión de cualquier tipo de empresa, como también participar en su capital y promover la participación de terceros, otorgarles financiación y ofrecerles servicios financieros especializados que contribuyan a su desarrollo.

Objeto de las corporaciones financieras (Ley 510, 1999). Art. 11. Las corporaciones financieras tienen por objeto fundamental la movilización de recursos y la asignación de capital para promover la creación, reorganización, fusión, transformación y expansión de cualquier tipo de empresas, como también para participar en su capital, promover la participación de terceros, otorgarles financiación y ofrecerles servicios financieros especializados que contribuyan a su desarrollo.

Corporaciones de Ahorro y Vivienda:

Son corporaciones de ahorro y vivienda aquellas instituciones que tienen por función principal la captación de recursos para realizar primordialmente operaciones activas de crédito hipotecario de largo plazo, mediante el sistema de valor constante.

Compañías de Financiamiento:

(DEL REGIMEN DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO, 2009) Art. 25 estableció: A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las compañías de financiamiento comercial pasarán a denominarse “Compañías de Financiamiento” y todas las disposiciones vigentes referidas a aquellas, incluidas las previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se entenderán referidas a éstas.

(Ley 510, 1999) Art.16: Son compañías de financiamiento comercial las instituciones que tienen por función principal captar recursos a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito para facilitar la comercialización de bienes y servicios, y realizar operaciones de arrendamiento financiero o leasing.

Estas compañías deben constituirse como sociedades anónimas y están sometidas al control y vigilancia de la superintendencia financiera.

Cooperativas financieras:

Según el (Ley 45, 1990) Art. 92, los organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero actualmente existentes tienen por función la captación de recursos del público y la realización primordial de operaciones activas de crédito de acuerdo con el régimen legal que regula su actividad y se consideraran establecimientos de crédito para los efectos de esta ley.

2. Sociedades de Servicios Financieros

De acuerdo a lo establecido en (DEL REGIMEN DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO, 2009) Art. 45:

1. Clases. Para los efectos del presente Estatuto son sociedades de Servicios Financieros: las Sociedades Fiduciarias, los Almacenes Generales de Depósito, las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías y las Sociedades de Intermediación Cambiaria y de Servicios Financieros Especiales, las cuales tienen por función la realización de las operaciones previstas en el régimen que regula su actividad, las cuales tienen como función la realización de las operaciones previstas en el régimen legal que regula su actividad.

2. Naturaleza: las Sociedades de servicios Financieros tienen el carácter de instituciones financieras.

3. La Bolsa de Valores de Colombia

La Bolsa de Valores de Colombia (BVC) administra los sistemas de negociación y registro de los mercados de acciones, renta fija, derivados, divisas, OTC y servicios a emisores. Actúa como plataforma en la que intermedian inversionistas y entidades que necesitan capital. La BVC es una entidad privada constituida como sociedad anónima y cuyos accionistas son las Sociedades Comisionistas de Bolsa.

Funciones de la Bolsa de Valores de Colombia:

- Servir de lugar de negociación de títulos valores a través de las ruedas (reuniones públicas de negociación en Bolsa).

- Gestionar la inscripción de títulos valores, realizando previamente la revisión de los requisitos legales establecidos para tal fin.
- Mantener en funcionamiento un mercado organizado que ofrezca a sus participantes condiciones de seguridad, honorabilidad, corrección, transparencia en información y formación de precios de acuerdo con la compra y la venta de títulos y la reglamentación establecida para tal fin.
- Fomentar las transacciones de títulos valores, reglamentar y vigilar las actuaciones de sus miembros y velar por el cumplimiento de las disposiciones legales que permitan el desarrollo favorable del mercado y de las operaciones bursátiles.

¿Qué beneficios se obtienen al entrar a la Bolsa de Valores de Colombia?

Los poseedores de los títulos reciben liquidez, transparencia en información en las negociaciones y seguridad como inversionistas. De otro lado, disminuyen los costos financieros para las empresas y los inversionistas pueden obtener una remuneración más atractiva.

Entidades aseguradoras

Las entidades aseguradoras brindan cobertura financiera al asegurador en caso que sufra una contingencia. El alcance de los servicios que facilitará la compañía de seguros al asegurado, se establece en la póliza de acuerdo a la cobertura que contrate.

Funciones: Establecer contratos en los que se comprometen a cubrir los gastos ocasionados por un siniestro, muerte o enfermedad; Cuando se presenta el siniestro es enviado un representante quien se encargará de escribir las características del suceso y orientar al usuario; y se brinda atención hospitalaria, reparación de automóviles y reembolso de dinero.

Objetivo: su objeto es la realización de operaciones de seguro, bajo las modalidades y los ramos facultados expresamente.

Son entidades aseguradoras: Compañías de seguros, Compañías de Reaseguros y Cooperativas de seguros.

(Decreto 663. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, 1993) Art.38 estableció:

Principios orientadores. El presente Estatuto establece las directrices generales para la actividad aseguradora en Colombia, la cual se encuentra sujeta a supervisión estatal, ejercida por la Superintendencia Financiera; procura tutelar los derechos de los tomadores, de los asegurados y crear condiciones apropiadas para el desarrollo del mercado asegurador, así como una competencia sana de las instituciones que participan en él.

Entidades destinatarias. Se encuentran sometidas a las disposiciones de este Estatuto, las empresas que se organicen y funcionen como compañías o cooperativas de seguros. Cada vez que se aluda en este Estatuto a la actividad aseguradora, a operaciones o a negocios de seguros, se entenderán por tales las realizadas por este tipo de entidades y, salvo que de la naturaleza del texto se desprenda otra cosa, se entenderán comprendidas también en dicha denominación las operaciones efectuadas por las sociedades de reaseguros.

Objeto social. El objeto social de las compañías y cooperativas de seguros será la realización de operaciones de seguro, bajo las modalidades y los ramos facultados expresamente, aparte de aquellas previstas en la ley con carácter especial. Así mismo, podrán efectuar operaciones de reaseguro, en los términos que establezca el Gobierno Nacional.

Las sociedades cuyo objeto prevea la práctica de operaciones de seguros individuales sobre la vida deberán tener exclusivamente dicho objeto, sin que su actividad pueda extenderse a otra clase de operaciones de seguros, salvo las que tengan carácter complementario.

El objeto social de las reaseguradoras consistirá exclusivamente en el desarrollo de operaciones de reaseguro.

Denominación social. En la denominación social de las entidades aseguradoras se incluirán las palabras “seguros”, “reaseguros”, “aseguradora”, “reaseguradora”, de acuerdo con su objeto social, quedando reservadas las mismas para tales entes con carácter exclusivo, salvo la posibilidad con que cuentan los intermediarios de seguros autorizados legalmente para emplear tales expresiones dentro de su razón social, como indicación de la actividad que desarrollan.

5 Determinar los principales problemas que se le presentan a los consumidores financieros en relación con sus contratos y el papel que al respecto ha desempeñado el sistema de atención del consumidor de las entidades vigiladas

Es la DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR FINANCIERO, un complemento al SISTEMA DE ATENCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO (SAC), creado mediante la Ley 1328 de 2009, contenido por una parte en los artículos 13 al 22, aplicable a las mismas instituciones destinatarias del SAC; allí establece sus funciones, asuntos que no son de su competencia, la determinación de independencia y autonomía con respecto de la entidad en la que actúan como defensores, inscripción en el registro que lleve la Superintendencia Financiera de Colombia, su designación, requisitos y el alcance de sus pronunciamientos. De otro lado, en el artículo 2.34.2.1.1 y ss., del Decreto 2555 de 2010 que reglamenta el registro del Defensor del Consumidor Financiero (DCF), los procedimientos para tramitar una queja o reclamo contra la entidad vigilada, alcance y publicación de las decisiones y el efecto de función de asesoría. (DEL REGIMEN DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO, 2009)

El DCF debe conocer de las quejas por posible incumplimiento de la entidad vigilada de normas legales, contractuales o de procedimientos internos que rigen la ejecución de servicios o productos que ofrecen o prestan o respecto a la calidad de éstos.

Debe ser vocero de los consumidores financieros con el fin de presentar recomendaciones y propuestas, revisar los contratos de adhesión y emitir concepto sobre los mismos, en especial con respecto a la inclusión de cláusulas abusivas.

Es un derecho del consumidor financiero presentar su queja ante la entidad vigilada (EV), al Defensor del Consumidor Financiero (DCF) o ante la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC), acorde con lo establecido en el literal e. del artículo 5 de la Ley 1328 de 2009, donde cada institución evaluará los trámites dentro de su marco de competencia.

En un análisis comparativo de las quejas relativas a los Establecimientos Bancarios desde el 2010 hasta el 2017 se muestra un aumento en las mismas de un 45%, pasando de 569.504 a 824.571, como se observa en la gráfica siguiente:

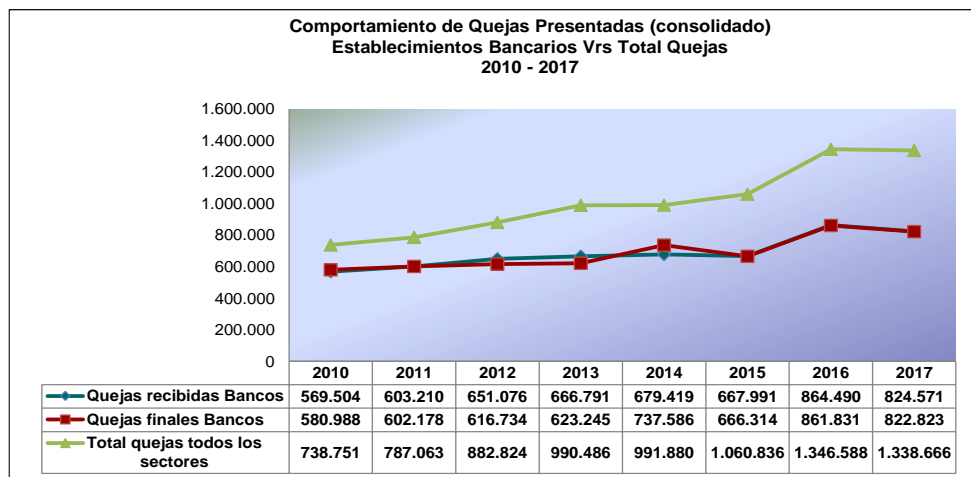


Figura 1. Comportamiento de quejas Presentadas 2010-2017

Fuente: (Superintendencia Financiera de Colombia, 2010-2017)

Respecto de las 718.103 quejas resueltas en el 2017 por los establecimientos bancarios se presenta un 52% (373.414) de las respuestas finales a favor del consumidor financiero y un 48% (344.689) a favor de la entidad. En general se presentó una disminución de las respuestas finales del 6% en comparación con el 2016, como se observa en la gráfica siguiente:

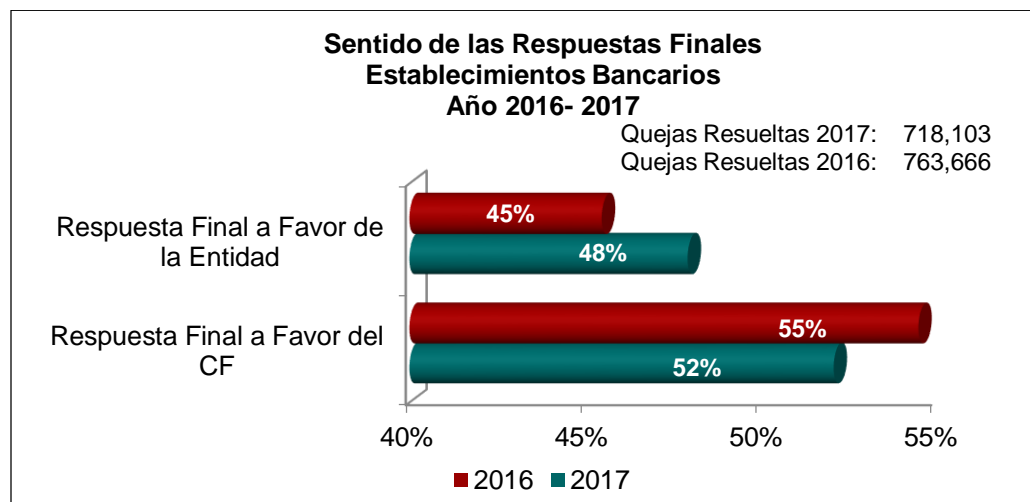


Figura 2. Sentido de las Respuestas Finales Establecimientos Bancarios 2016-2017

Fuente: <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/analisis-sectoriales-sobre-estadistica-de-quejas-de-los-cf-10083856> (Colombia S. F., 2017)

Según los consolidados anuales de las decisiones a favor de la Entidad o del Consumidor Financiero, el propósito fundamental de la difusión del sentido de las Respuestas Finales, es complementar la información sobre Quejas Recibidas, con datos tanto del volumen o número de Respuestas Finales como de si la decisión es positiva o no frente a la inquietud formulada, a efectos de brindar mayores elementos de análisis en la temática. (Colombia S. F., Información General Sentido Consolidado , 2016)

Es por esto que “las decisiones favorables al consumidor financiero emitidas por el defensor del consumidor pueden tener tres vías:

- A) Rectificación por la entidad vigilada (antes del pronunciamiento del DC).
- B) Aceptación por la entidad vigilada (cuando son aceptadas expresamente por ambas partes o cuando así se adoptó a través de reglamentos internos).
- C) No aceptación por la entidad vigilada”.

<https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/sentido-de-las-respuestas-finales-a-las-quejas-en-las-entidades-vigiladas-defensores-y-sfc-10083855> (Colombia S. F., Entidades Vigiladas Defensores y SFC, 2016)

Las decisiones de las entidades vigiladas que han sido rectificadas, en el marco del proceso adelantado por el DCF, han pasado de 10.537 a 22.993, mostrando un incremento del 118% aproximadamente, con respecto de 2010. Lo anterior evidencia la asunción de políticas y estrategias en materia de protección al consumidor financiero por parte de las entidades vigiladas.

Tabla 1.

Respuestas a favor del consumidor financiero

Respuestas a favor del Consumidor Financiero	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Aceptadas por la EV	2.262	2.371	3.608	6.213	4.457	4.618	6.152	6.140
No aceptadas por la EV	379	497	748	392	1.087	1.417	1.381	1.676
Rectificadas	10.537	11.455	12.905	15.233	16.120	17.662	21.017	22.993
Total	13.178	14.323	17.261	21.838	21.664	23.697	28.550	30.809

Fuente: docquejestbcos2017. Superintendencia Financiera de Colombia.

<https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/analisis-sectoriales-sobre-estadistica-de-quejas-de-los-cf-1008385> (Colombia S. F., Quejas de los CF, 2017)

Al realizar un análisis del año 2018 con respecto a las quejas presentadas, se puede apreciar:

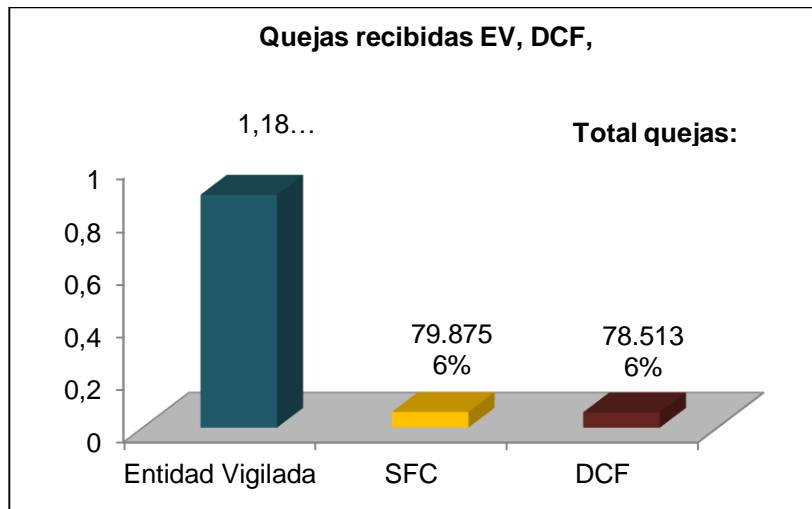


Figura 3. Quejas Recibidas Ev, DCF Fuente: SFC. archivo ieconsoanual18.

<https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/11129> (Colombia S. F., Quejas Recibidas EV, DCF, SFC, 2018)

De este gráfico se puede deducir que las quejas en su mayoría son presentadas directamente ante las entidades vigiladas, quienes están obligadas a diligenciar y remitir el formato “Informe estadístico de reclamaciones-entidad” en proforma e instructivo establecidos para el efecto por la SFC. Igualmente, deben diligenciar el formato “Informe estadístico de reclamaciones-Defensor del Consumidor Financiero” en proforma e instructivo respectivo y de la entidad vigilada, enviarlo a la SFC. Estos informes deben ir suscritos con firma digital del representante legal de la respectiva EV.

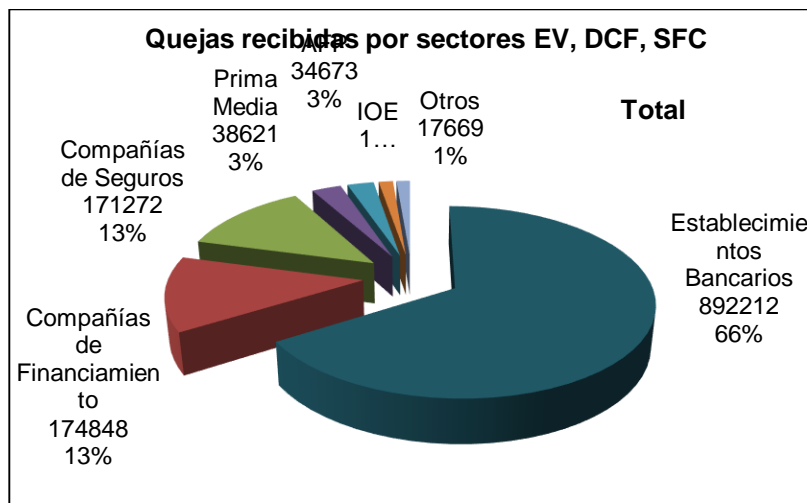


Figura 4. Quejas Recibidas por Sectores Fuente: SFC. archivo ieconsoanual18.
<https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/11129>

En las quejas recibidas por sectores ante las Entidades Vigiladas, Defensor del Consumidor Financiero y la Superintendencia Financiera de Colombia, se puede apreciar que los Establecimientos Bancarios con un 66% aproximadamente, fueron las principales causas para las quejas interpuestas por los consumidores en el año 2018.

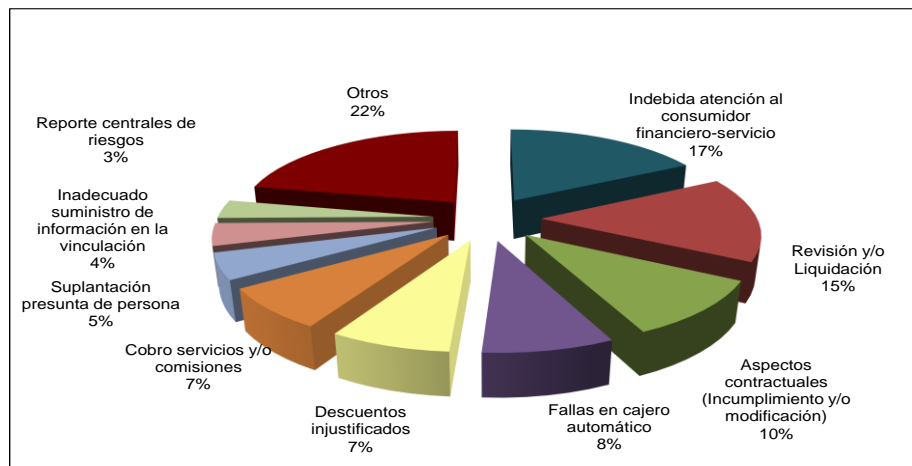


Figura 5. Quejas recibidas por Motivos más significativos, Consolidado 2018

Fuente: SFC. archivo ieconsoanual18. <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/11129>

Aunque se puede apreciar el porcentaje por motivos más significativos siendo el más alto el denominado otros con un 22%, seguido de la indebida atención al consumidor financiero – servicio con un 17% y, teniendo en cuenta el detalle de motivos consolidado en el año 2018 por la SFC, en el que estipula cada motivo en relación con el producto, se puede verificar que los productos financieros tales como Cuenta de Ahorros con un total de 232.830 quejas y Crédito de consumo y/o comercial con 154.784 quejas, son los más sobresalientes por el número de quejas presentadas en el año 2018.

Entre estos dos productos las quejas más frecuentes fueron las fallas en cajero electrónico y los descuentos injustificados para el caso de cuenta de ahorros. Mientras que para el crédito de consumo y/o comercial, fueron la Revisión y/o liquidación, Indebida atención, Aspectos contractuales (incumplimiento y/o modificación), Reporte a Centrales de Riesgo, Procedimientos y honorarios de cobranza, Suministro de información insuficiente o errónea y Reestructuración de créditos, entre otras. Fuente: SFC. archivo ieconsoanual18. <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/11129>

5.1 La protección del consumidor financiero

El motivo inspirador para esta investigación, es el consumidor bancario que según la ley colombiana lo denomina consumidor financiero, y que ha dado lugar a normas que se han originado en el campo financiero, las que han aumentado con el paso de los años y que, están destinadas a proteger al consumidor financiero en sus relaciones con las entidades financieras.

5.1.1 Presupuestos para un análisis de la protección del consumidor financiero

A través de la relación que el cliente entabla con una entidad bancaria, sustentada en la confianza entre las partes, permite que el cliente consulte su proyecto económico y que reciba a su vez información necesaria para tal fin, para adoptar decisiones de realizar o no determinadas transacciones.

La confianza depositada por el cliente sobre el producto ofrecido por su proveedor lo hace vulnerable en relación con la entidad financiera, ya que, este conocimiento técnico por parte de la entidad y dependiendo del tipo de transacción que se desee realizar y según el nivel de complejidad, contando con el desarrollo de la tecnología, el cliente siempre se encontrará en estado de ignorancia en relación con lo ofertado por el banco (Woolcott, 2017)

Siendo la entidad financiera el proveedor, hace llegar sus productos a la masa de consumidores de productos y servicios. Es a través de la autonomía de la voluntad que la entidad diseña los formatos y estrategias para llegar al cliente y adopta un contrato de adhesión para tal fin. La especialidad en el tema por parte de la entidad, hace que ésta siempre esté en situación de ventaja sobre el consumidor (Woolcott, 2017, pág. 32)

La posibilidad de aceptación o rechazo por parte del consumidor financiero a la oferta que realiza la entidad financiera está supeditada a las reglas de juego que ésta imponga. Siendo la entidad quien ostenta la situación de ventaja sobre el consumidor y viéndose la autonomía de la voluntad de éste totalmente reducida, al tenerse que acoger a la contratación en masa, determinada en los contratos de adhesión, cuya predeterminación de las cláusulas está dada por la entidad que es la parte más fuerte en el contrato. Es debido a esta situación que el Estado debe entrar a regular esta relación de desequilibrio.

Se piensa que el desequilibrio de la relación jurídica entablada por las partes inicia del volumen y la calidad de información emanada de la entidad financiera sobre sus operaciones y recibida por parte del consumidor de manera confusa o simplemente inexistente (Woolcott, 2017, pág. 33)

➤ **El derecho de consumo como límite a la autonomía de la voluntad de las entidades bancarias y un auxilio fundamental de los consumidores**

La modernización en la contratación dada por la existencia de empresas multinacionales y transnacionales, que le dan un carácter cada vez más internacional a la economía, exige que se tengan formatos uniformes para contratar. La determinación de las cláusulas está del lado de quien produce o presta el servicio, mientras que el rol de la contraparte es netamente pasivo y reducido a la mínima expresión de su voluntad, ya sea para la aceptación o rechazo del contrato (Woolcott, 2017, pág. 35)

Ante esta situación la Corte Constitucional se pronunció frente al temor de que al ser las entidades financieras en su calidad de ser quien se imponga en el contrato, también el de redactar las cláusulas, dichas cláusulas se conviertan en abusivas. A través de la Sentencia C-909 de 2012 la Corte ante la necesidad de producir normas que contrarresten la desigualdad dijo

Aun cuando la Constitución no hace específica referencia a la actividad bancaria, ésta se encuentra comprendida en la noción genérica de actividad financiera, sí referida en la carta política, siendo la bancaria una función económica que igualmente compromete el interés público, estando sometida al mandato constitucional de intervención estatal reforzada.

(Woolcott, 2017, p.36)

Cosa distinta piensa la Superintendencia Financiera de Colombia, quien no cuestiona el desequilibrio existente entre la relación de la entidad vigilada y el consumidor financiero, sino

que destaca la importancia de los contratos de adhesión como instrumento de contratación en masa, los cuales han sido considerados “una expresión del abuso de la posición dominante”; lo que no propone visión rigurosa frente a los efectos derivados de la celebración de estos contratos de adhesión por parte de la entidad financiera en detrimento del consumidor financiero (Woolcott, 2017, pág. 36)

Viendo la supremacía de la voluntad de una de las partes sobre la otra, se hace necesaria la intervención del Estado para la protección del consumidor, y generar un marco normativo especializado que le otorgue el marco normativo para la defensa de los derechos del consumidor, a fin de proteger intereses sociales y el rescate de la confianza depositada en el vínculo, tanto como las expectativas y buena fe de las partes que contratan.

Es así que adquiere relevancia el principio de la buena fe contractual, al hacer un replanteamiento de las bases conceptuales de la autonomía de la voluntad y del negocio jurídico para relieves los intereses del orden social en el Estado Social de Derecho existente en Colombia.

Con el fin de proteger los intereses del consumidor financiero, parte débil en la contratación, nace el derecho del consumidor teniendo como básicos la información, seguridad y educación, que constituyen los instrumentos fundamentales para evitar que la balanza se incline a favor de una de las partes en deterioro del consumidor (Woolcott, 2017, pág. 38)

➤ **Las nociones de «cliente» y de «consumidor bancario: ¿dos nociones y dos regímenes de protección?**

A pesar de que el sector financiero cuenta con una amplia normatividad relacionada con estos servicios, no siempre se refiere a la tutela de los derechos del consumidor. Para esto contamos con la Ley 1480 de 2011.

En esta Ley se encuentran dos líneas normativas de protección. La primera se califica como protección general y la segunda como específica, que concierne ésta última al consumidor financiero, que comprende al consumidor bancario. Así, se tiene ante esta concurrencia, la interrogante de si una noción excluye a la otra, en atención a la prevalencia de la ley especial.

En la experiencia jurídica europea se plantea la protección de la parte débil de la relación financiera, en la que se considera como tal, al cliente o consumidor bancario. Así la experiencia les muestra divergencia conceptual entre la noción de cliente bancario o usuario de servicio bancario o financiero en general y, la noción de consumidor propiamente dicha, circunscrito a la noción de consumidor final. Considerando la noción de cliente mucho más amplia, por cuanto alcanza a todo el que entabla la relación contractual con una entidad financiera, siendo éste el destinatario final.

La Unión Europea por su parte en la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores tiene la siguiente definición de consumidor: “toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.

Considera el legislador europeo que el criterio discriminatorio para considerar que se es consumidor es que el acto de consumo tenga un fin privado que sirva para satisfacer una necesidad particular, denominándolo consumidor final. Esta Directiva no contempla los servicios financieros, entre estos los bancarios, ya que, los excluye del ámbito de aplicación, teniendo que es más amplia la noción de cliente bancario en relación con la noción de consumidor.

España por su parte acogió la Directiva en la noción de consumidor, haciéndola extensiva a las personas jurídicas, siempre y cuando reúnan los mismos requisitos del consumidor persona física

y que actúen con propósito diferente o ajeno a la actividad comercial o empresarial, que los haría estar en desventaja por su asimetría informativa, que constituye el pilar de su protección.

La noción de consumidor no ha sido delimitada por las legislaciones sobre consumo y ha mostrado su inutilidad, ya que, el estándar del consumidor medio o razonable, no corresponde con la conducta asumida por los consumidores en el mercado, los cuales realizan actos de consumo para satisfacer necesidades básicas sin contar siquiera con el respaldo patrimonial, tomando decisiones apresuradas, y predeterminadas por la publicidad de los productos. No se evidencia cautela por parte del consumidor. Por el contrario, las estrategias de mercado prevalecen y dominan la voluntad del consumidor, llevándolo hacia unas consecuencias fatales para los intereses económicos del consumidor. Esto, pone en evidencia la necesidad de protección del consumidor financiero haciendo énfasis en el deber de información a lo largo de la relación contractual (Woolcott, 2017, págs. 39-45)

5.1.2 El derecho del consumidor y su consagración constitucional

Es en la Constitución Política donde primeramente se encuentra el derecho al consumo ya sea de manera expresa o por inferencia. Es allí donde se consagra la defensa al consumidor en el marco del sistema económico, el que complementa de manera armónica y coherente y delega en el legislador el desarrollo a fin de alcanzar la protección eficaz.

La Corte Constitucional a través de la Sentencia C-1141 de 2000, compila los postulados establecidos en la Constitución de 1991 en relación con el derecho del consumo y establece “la Constitución ordena la existencia de un campo de protección a favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores dada la desigualdad real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción

de sus necesidades humanas Sin embargo, la Constitución no entra a determinar los supuestos específicos de protección, tema este que se desarrolla a través del ordenamiento jurídico. El programa de protección, principalmente, se desarrolla a partir de la ley, los reglamentos y el contrato. Es claro que la fuente contractual debe interpretarse de conformidad con los principios tuitivos del consumidor, plasmados en la Constitución (...) La Constitución delimita un campo de protección, pero el contenido preciso del programa de defensa del interés tutelado, es el que se desarrolla y adiciona por la ley y por otras normas y fuentes de reglas jurídicamente válidas. En particular, trazado el marco constitucional, a la ley se confía el cometido dinámico de precisar el contenido específico del respectivo derecho, concretando en el tiempo histórico y en las circunstancias reales el nivel de su protección constitucional”. (Colombia C. C., Sentencia C-1141, 2000)

A raíz de la línea de desarrollo constitucional del principio de protección al consumidor, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-749 de 2009, compara el periodo anterior y posterior a la Constitución de 1991, llamando al anterior preconstitucional. Menciona que después de 1991, la Constitución hace un cambio cualitativo notable, reconociendo la existencia de situaciones asimétricas entre proveedores y consumidores en el mercado, dando como resultado una posición determinada del constituyente para la protección del consumidor, disponiendo así que por Ley se regulará el control de calidad de bienes y servicios tanto ofrecidos como prestados a la comunidad y la debida información que se debe suministrar al comercializar. (Constitucional, 2009)

5.1.3 La regulación de la actividad financiera y la protección del consumidor en Colombia a través de la Constitución Política

A la regulación de la actividad financiera es comprensible que se le haya prestado mayor atención que a la protección del consumidor, debido a los aspectos propios del sector, ya que, Woolcott (2017) afirma: “los bancos son instituciones que realizan labores de intermediación financiera, art 92 de la Ley 45 de 1990; dentro de sus funciones se encuentran las especificadas en el art. 7 del Decreto 663 de 1993” (p 66) disminuyendo así el interés por el destinatario de los servicios. Es a raíz de una interpretación del art. 78 de la Constitución Política que la Corte Constitucional desarrolla el principio de protección al consumidor proponiendo una postura frente a la relación de asimetría con las entidades bancarias.

Hay que tener en cuenta que, bajo una normativa general de protección del consumidor financiero frente a la especializada para el sector financiero, que además contiene unas normas de protección al consumidor financiero, habría que analizar si existe un criterio de exclusión de una regulación con respecto de la otra, o más bien se puede aceptar un criterio de concurrencia para la aplicación de normas.

5.1.4 La protección del consumidor financiero en Colombia

Existe una preocupación del legislador bajo el entendido de la noción amplia de consumidor financiero, por querer extender la protección a todo el que entable una relación sea de tipo contractual o no con la entidad financiera, fundada en la asimetría entre la entidad y el consumidor financiero. Todo esto dado desde la situación de inferioridad técnica que enfrenta el consumidor con respecto al banco, que trasciende a un desbalance de conocimiento por parte del consumidor de lo que significa el servicio de banca o financiero, al no tener posibilidad de negociar, desconocer las condiciones del contrato, la magnitud de la transacción y los riesgos a los que se enfrenta tanto en lo económico como en lo legal, haciendo que sus intereses se vean afectados.

Es así como se evidencia la posición de poder de la entidad bancaria frente al consumidor, dado que puede establecer tasas de interés elevadas, y realizando exigencias excesivas que van en detrimento de los intereses del consumidor, haciendo que se cree una desconfianza en el mercado por parte de los consumidores. (Woolcott, 2017, págs. 76-77)

La posición dominante de las entidades financieras con respecto a los consumidores ha sido expuesta por la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-1085 de 2002, debido a que son éstas las que establecen los requisitos de crédito, tasas de interés, entre otros. Así, el Estado debe obligatoriamente velar por el control de estas entidades con el fin “de evitar abusos frente a los clientes”. Woolcott (2017) (p 77). Sentencias T-173 de 2007 y T-129 de 2010.

En trabajos previos a la Ley 1328 de 2009, argumentó el Congreso de la República con respecto a la relación asimétrica entre el proveedor y el consumidor que, hay que fortalecer el régimen de protección de los consumidores, debido a que los consumidores financieros (usuarios, clientes y potenciales clientes) afrontan desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de información, educación y poder de negociación, en relación con las entidades financieras. (Woolcott, 2017, pág. 77)

6.1.5 El sistema de atención al consumidor financiero

Mediante la expedición de la Ley 1328 de 2009 se estatuyó el régimen de protección al consumidor financiero que define entre otros: cliente, usuario, cliente potencial, consumidor financiero, productos y servicios, contratos de adhesión, queja o reclamo, entidades vigiladas.

Establece los principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas entre los que se cuentan debida diligencia, libertad de elección, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, responsabilidad de las

entidades vigiladas en el trámite de quejas, manejo adecuado de los conflictos de interés, educación para el consumidor financiero.

También cuenta los derechos y obligaciones tanto de los consumidores financieros como de las entidades vigiladas y es aquí donde fundamenta pilares importantes en cuanto a las obligaciones de las entidades vigiladas como son el suministro de información al público respecto de los Defensores del Consumidor, entregar el producto o prestar el servicio debidamente, suministrar la información comprensible y publicidad transparente, contar con un Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC), abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales, elaborar contratos y anexos que regulen las relaciones con los clientes, con claridad, abstenerse de hacer cobros no pactados o no informados, abstenerse de realizar cobro alguno por concepto de gastos de cobranza, guardar reserva de la información, dar constancia del estado y/o condiciones de los productos, atender y dar respuesta oportuna a las solicitudes, proveer recursos humanos, físicos y tecnológicos para brindar atención eficiente, permitir a los clientes la consulta gratuita de sus productos, contar con un sitio de internet con enlace a la Superintendencia Financiera, reportar a la Superintendencia Financiera el precio de productos y servicios, dar a conocer a los consumidores financieros el costo de las operaciones, disponer de los medios electrónicos y controles para brindar seguridad a las transacciones, colaborar con el defensor del consumidor, no requerir al consumidor financiero información que ya repose en las entidades y desarrollar programas de educación financiera. (Colombia S. F., [https://www.superfinanciera.gov.co/lsp/buscador/busqueda/ buscadorArchivos/ idRecurso/1023745/f/0/c/00#](https://www.superfinanciera.gov.co/lsp/buscador/busqueda/buscadorArchivos/idRecurso/1023745/f/0/c/00#), 2017)

La SFC establece la obligatoriedad de implementar un SAC por parte de las entidades vigiladas, que debe propender porque: se consolide al interior de cada entidad una cultura de

atención, respeto y servicio a los consumidores financieros, se adopten sistemas para suministrarles información adecuada, se fortalezcan los procedimientos para la atención de sus quejas, peticiones y reclamos y se propicie la protección de los derechos del consumidor financiero, así como la educación financiera de éstos.

Establece como ámbito de aplicación: los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros, las entidades aseguradoras, los corredores de seguros, las sociedades de capitalización, las entidades de seguridad social administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida, los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios y agroindustriales, las sociedades comisionistas de bolsas de valores, los comisionistas independientes de valores y las sociedades administradoras de fondos de inversión. Al igual el FNA, ICETEX y la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía. Circular Externa 008 de 2017. Parte I T III Cap.- II. SFC (Financiera, 2017, Parte I T III Cap II).

En cuanto a las etapas del SAC, que ha sido implementado por las entidades son: identificar, medir, controlar y monitorear todos aquellos hechos o situaciones que puedan incidir en la debida atención y protección a los consumidores financieros.

La Superintendencia Financiera de Colombia en 2010, dictó la Circular 035 que, entre otras disposiciones en procura de la protección al consumidor financiero, reglamentó el Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC), y en relación con el derecho a la información, estableció mecanismos para el suministro de información adecuada, así como los procedimientos a seguir para peticiones, quejas y reclamos.

La Superintendencia Financiera de Colombia mediante la Circular Externa 038 de 2011, desarrolla el contenido y alcances del deber de información dando cumplimiento al mandato del

Art. 9° de la Ley 1328 de 2009. Este marco normativo contempla la información como un derecho a los consumidores financieros, de acuerdo con lo previsto en el Art. 5° de la Ley 1328 de 2009, como obligación especial de las entidades vigiladas y como principio orientador que rige las relaciones entre consumidores financieros y las entidades; de acuerdo con lo previsto por el literal c) del artículo 3 de la misma ley y como elemento constitutivo del Sistema de Atención al Consumidor Financiero al que hace referencia el Art.8° de la mencionada ley.

Dicha Circular, dispone que el deber de información ha de cumplirse en las distintas etapas del contrato, desde la etapa de negociación del contrato a la etapa pos-contractual, es decir aquella de la ejecución de obligaciones. (Woolcott, 2017, págs. 89-90).

5.2 Verificar a través de la superintendencia financiera de Colombia, cuáles son los estándares de revisión para la aprobación previa del contrato de adhesión

La respuesta dada por la Superintendencia Financiera de Colombia a derecho de petición interpuesto por los investigadores, Radicación: 2018090902-002-000, Trámite 116: Consultas específicas, Tipo doc: 39- Respuesta final E, Remitente: 92071 – Gestor de Supervisión, Publicidad y Educación Financiera, quien lo hace basada en las funciones asignadas a la Delegatura de Protección al Consumidor Financiero y Transparencia en el Decreto N° 1848 de 2016, y atendiendo a lo establecido en el Decreto 663 de 1993 que establece:

Aprobación previa del modelo de contrato. Los modelos respectivos, en cuanto estén destinados a servir como base para la celebración de contratos por adhesión o para la prestación masiva del servicio, serán evaluados previamente por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) al igual que toda modificación

o adición que pretenda introducirse en las condiciones generales consignadas en los mismos (Cursiva fuera de texto)”.

Define los contratos de adhesión basada en el literal f) del artículo 2° de la Ley 1328 de 2009, “*Contratos de adhesión: Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad”.*

Señala la Superintendencia Financiera de Colombia “*que la revisión de las estipulaciones de los contratos de adhesión, desde la competencia mencionada, tiene por finalidad procurar la protección de los derechos de los consumidores financieros a efectos de velar porque las estipulaciones contractuales se ajusten al régimen de protección de los derechos del consumidor financiero contemplado principalmente en la Ley 1328 de 2009, Decreto 2555 de 2010, la Circular Externa 029 de 2014”.*

Menciona también que las entidades vigiladas por la Superintendencia deben presentar para la evaluación que le compete, los modelos de contratos de adhesión y/o prestación masiva de servicios que pretendan implementar o sus modificaciones o adiciones. Respecto al trámite de las autorizaciones para la aprobación de estos modelos de contratos y/o reglamentos de adhesión de las instituciones financieras, en la página de la Superintendencia Financiera de Colombia encontramos *trámites que requieren autorización*, dentro de los cuales se cuenta el N° 159 – Modelos de contratos de adhesión o para la prestación masiva del servicio y cuentas de margen. A su vez, cuenta con lista de chequeo para tal fin con los requisitos que se describen a continuación y cuyo trámite no tiene costo alguno:

1. Solicitud
2. Reglamento o modelo del contrato

- 2.1 Previsiones contractuales básicas
- 2.2 Instrumentación del contrato
- 2.3 Objeto
- 2.4 Bienes fideicomitidos
- 2.5 Obligaciones y derechos de las partes contratantes
- 2.6 Remuneración
- 2.7 Terminación del negocio fiduciario
- 2.8 Órganos Asesores y/o Administradores
- 2.9 Gastos
- 2.10 Rendición de cuentas
- 2.11 Reducción y presentación
- 2.12 Responsabilidad de la fiduciaria
- 2.13 Requisitos y contenido
- 2.14 Condiciones inequitativas e ilegales
- 2.15 Lavado de activos

<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/208> (Colombia S. F., <https://www.superfinanciera.gov.co/isp/20821>, s.f.)

5.3 Establecer cuáles son las principales cláusulas abusivas que más se practican en el contrato de adhesión

Según la Circular Externa 029 de 2014 en su informe P1Tit III Cap. I- Acceso e Información de la Superintendencia Financiera de Colombia, son **Cláusulas abusivas**, salvo que medie autorización legal expresa para incorporar este tipo de cláusulas en los contratos que celebren las

entidades vigiladas, y de acuerdo con lo previsto por la Ley 1328 de 2009, las siguientes cláusulas o estipulaciones:

1. Las que prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.
2. Las que exoneren o atenúen los deberes y responsabilidades propios del objeto social de las entidades vigiladas.
3. Las que autoricen a las entidades vigiladas para adoptar decisiones de manera unilateral o les impongan a los consumidores financieros modificaciones u obligaciones adicionales a las inicialmente pactadas en el contrato, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.
4. Las que afectan el equilibrio contractual o dan lugar a abuso de posición dominante contractual.

En Colombia son **Prácticas abusivas** por parte de las entidades vigiladas entre otras:

1. El condicionamiento al consumidor financiero por parte de la entidad vigilada para que acceda a la adquisición de uno o más productos o servicios que presta directamente o por medio de otras instituciones vigiladas a través de su red de oficinas, o realice inversiones o similares, para el otorgamiento de otro u otros de sus productos y servicios, y que no son necesarios para su natural prestación.
2. El iniciar un servicio o un producto sin solicitud o autorización previa y expresa del consumidor financiero.
3. Presentar o poner a disposición del consumidor financiero los contratos con letras ilegibles y/o difíciles de leer.
4. Abstenerse de entregar o poner a disposición de los consumidores financieros copia de los contratos y/o de los reglamentos de los productos o servicios contratados.

5. Conducir a los consumidores financieros a declarar que conocen y aceptan los reglamentos de determinados productos o servicios sin haberlos entregado o puesto a su disposición previamente.
6. Negar o demorar injustificadamente el suministro de información al consumidor financiero relacionado con el saldo total o parcial de la obligación cuando este lo solicite.
7. Descontar anticipadamente del valor del crédito desembolsado una o varias cuotas no causadas.
8. Limitar el derecho de los consumidores financieros a dar por terminado los contratos, salvo que se trate de contratos irrevocables o por circunstancias determinadas en la ley.
9. Cobrar al consumidor financiero por los extractos entregados en oficinas, cuando no se le han hecho llegar previamente.
10. No poner a disposición del consumidor financiero publicidad e información transparente, precisa, clara, veraz, oportuna y verificable, sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos y/o suministrados. En particular, no suministrar información que permita y facilite su comparación y comprensión frente a los diferentes productos y servicios ofrecidos en el mercado.
11. No poner a disposición del consumidor financiero información sobre la posibilidad de hacer abonos o pagar anticipadamente un crédito en los términos que establezca la ley.
12. No dar información clara y completa al consumidor financiero al momento del pago anticipado total de las obligaciones, quedando saldos que luego son reportados a las bases de datos o condicionar el derecho al pago anticipado de las obligaciones en una sola operación, obligando a hacerlo mediante pagos independientes.

13. No dar la aplicación que indique el consumidor financiero a los pagos o abonos extraordinarios para la cancelación anticipada de sus obligaciones.
14. No entregar los pagarés con sello de cancelado cuando el consumidor financiero cancela totalmente la obligación garantizada por los mismos.
15. Realizar el abono en cuenta de las operaciones realizadas en horario adicional el día hábil siguiente, cuando estas se han realizado en efectivo en la misma entidad, por internet y/o a través del débito automático del dinero depositado por el consumidor financiero en cuentas de la misma entidad financiera.
16. Todas aquellas conductas que contravengan los supuestos establecidos como cláusulas abusivas en la ley o en las circulares de esta superintendencia que impartan instrucciones sobre la materia.
17. Trasladar costos al deudor que resulten de la gestión para la modificación de créditos conforme a las disposiciones contenidas en los subnumerales 1.3.2.3.2.1. del Capítulo II de la CBCF. (Colombia S. F., <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/10083444>, 2014)

Ahora, teniendo en cuenta este listado de cláusulas y prácticas abusivas, se hace un análisis del consolidado de ESTADÍSTICA DE QUEJAS DEL AÑO 2018, entregado por la Superintendencia Financiera de Colombia, tomando como ejemplo “motivo/producto”.

<https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/11129> (Colombia S. F., [https:// www-superfinanciera.gov.co/inicio/11129](https://www-superfinanciera.gov.co/inicio/11129), 2018)

Para el ejercicio, se escogieron doce productos que presentan el mayor número de quejas, y a su vez, a cada producto los cinco motivos principales:

Tabla 2.

Análisis del Consolidado quejas 2018 Motivo /Producto

PRODUCTO	N° DE QUEJAS TOTAL
Tarjeta de crédito	592.034
Cuenta de ahorros	232.830
Crédito de consumo y/o comercial	154.784
Pensión de vejez	52.620
Crédito de vivienda	37.734
Seguro de automóviles	35.342
Cuenta corriente	28.582
Riesgos profesionales (seguros)	27.311
Otros seguros	21.861
Seguro de sustracción	17.290
TOTAL, QUEJAS	1.200.388

Fuente: Elaboración Propia de los Investigadores

Una vez consolidada esta información, se deducen los siete motivos principales por los que los clientes financieros han presentado sus quejas en estos diez productos:

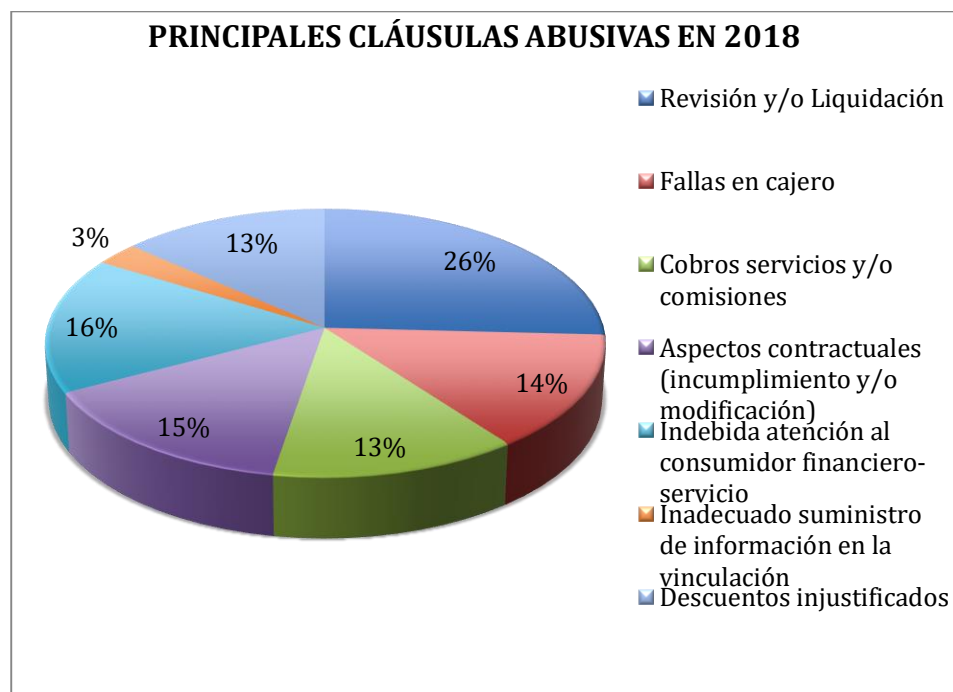


Figura 6. Principales Cláusulas Abusivas en 2018 Fuente: Elaboración propia

5.4 Conocer los mecanismos y sanciones que está aplicando la delegatura para protección al consumidor financiero con respecto a las cláusulas abusivas y las diferentes denuncias por parte de los consumidores financieros

Se crea la Delegatura para Protección al Consumidor Financiero y Transparencia mediante el Decreto 1848 del 15 de noviembre de 2016, con funciones de supervisión y facultades sancionatorias y su organización y funcionamiento se produjo a partir del 9 de febrero de 2017.

Establece la Superintendencia que, al 24 de agosto de 2018, no existen sanciones en firme por concepto de la implementación y funcionamiento del Sistema de Atención al Consumidor Financiero – SAC.

En materia de los contratos y/o reglamentos de adhesión, la Dirección de Protección al Consumidor Financiero, a través del trámite de autorizaciones, viene realizando la revisión de las estipulaciones contractuales de tales contratos a efectos que en los mismos no se incorporen cláusulas y prácticas abusivas que vulneren los derechos del consumidor financiero, sin perjuicio de otras actuaciones in-situ y extra-situ, de las cuales a la fecha no se derivan sanciones en firme. Concepto dado por Gestor de Supervisión, Publicidad y Educación Financiera, SFC. 24/08/2018 (Colombia S. F., Respuesta Final de Consultas Especificas, 2018).

Una vez consultada la página de la SFC en Sanciones – Reporte de Sanciones en Firme, y revisando el reporte de sanciones de los últimos 20 años los cuales están descritos por Persona o Entidad, Identificación, Clase de Sanción (Institucional/Personal), Tipo de Sanción (Multa/Amonestación), Tema de Clasificación, N° de Resolución, Fecha, Cargo Multado, Monto de Sanción, Fecha Firmeza, Recurso Interpuesto, Resolución que resuelve el Recurso, Fecha de Resolución del Recurso y Descripción, no se encuentran sanciones en firme por concepto de implementación del SAC.

6. LA doctrina de los actos propios como herramienta eficaz para interpretar los contratos financieros

6.1 La Interpretación De Los Contratos

De acuerdo con la Real Academia Española el verbo *interpretar* proviene del latín *interpretari* que tiene entre otras significaciones la de *explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto*; por tanto, empleamos el verbo *interpretar* para explicar el comportamiento humano, como también para indicar el significado que se les atribuye a los textos (por ejemplo, la interpretación jurídica).

Según (Ossorio, 2008) la *interpretación* es la “[...] acción y efecto de interpretar; de explicar o de declarar el sentido de una cosa, principalmente el de los textos faltos de claridad” (p.504). Por su parte (Blanco, 2010) sostiene que existe una gran variedad de textos jurídicos que pueden ser objeto de interpretación:

[...], se interpreta la Constitución, los Tratados Internacionales, las sentencias, los reglamentos, las declaraciones de voluntad contenidas en los negocios jurídicos, la costumbre y en general las fuentes del derecho e incluso, con propiedad tendríamos que decir asimismo se interpretan los documentos que contengan pruebas. (p. 21)

Luis Recasen Siches, citado por Blanco (2010), expresaba que “no puede existir orden jurídico sin función interpretativa, porque las normas están destinadas a ser cumplidas y, en su caso, impuestas por los órganos de la jurisdicción y de la administración” (p.22). Por su parte Blanco (2010) afirma que interpretar el derecho es: “definir el sentido y alcance de las normas

jurídicas, debiéndose precisar entre otras, los sujetos destinatarios de la norma, ámbito de aplicación, vigencia en el tiempo y la relación obligada que existe con el resto del ordenamiento” (p.23).

La interpretación es un arte; lo que implica tener experiencia y conocimientos idóneos sobre lo que se va a interpretar. Se puede interpretar una pintura, un acto social, una canción, una obra de teatro, una película, un discurso, una norma, un contrato, etc. Interpretar una ley e interpretar un contrato son categorías que tienen alguna relación, pero, son diferentes. Para el caso específico de este trabajo investigativo, no se hace énfasis en la interpretación de la ley y nos centraremos en la interpretación del negocio jurídico.

Para el ilustre y benemérito maestro (Hinestrosa, 2015)

Interpretar un negocio jurídico es indagar y desentrañar sus términos y alcances, rastrear su significado, teniendo siempre presente que se trata de un acto de autonomía privada, de un comportamiento de necesario contenido social, de donde resulta indispensable reconstruir el marco de circunstancias externas dentro del cual se celebró, para así estar en condiciones de acertar en la precisión de su sentido. (p. 171)

Salta a la vista que, algo bien importante a tener en cuenta en la interpretación de la relación contractual es la *autonomía de la voluntad*. En nuestra codificación civil lo podemos inferir del (Código civil, art. 1495, 1887), que a la postre dice: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte *se obliga* para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. Por su parte el Código de Comercio en su artículo 864, define el contrato como un “*acuerdo* de dos a más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial. (el resaltado es nuestro).

Al respecto Blanco (2010) expresa lo siguiente:

La interpretación de los negocios jurídicos es la actividad lógica dirigida a investigar y fijar el significado de la manifestación o manifestaciones de voluntad, con el fin de determinar el contenido del acuerdo. En ese contenido negocial es imprescindible determinar ciertas etapas que deben cumplirse a saber: ¿qué acordaron las partes?, ¿si es o no válido lo convenido? Y ¿qué derechos y obligaciones surgen para las partes y para terceros luego de concluido el pacto? (p. 131)

De lo expuesto por Blanco Gilberto se puede inferir que para la interpretación contractual es necesario utilizar un método (seguir unos pasos, unas etapas), que deben ser abordadas, desarrolladas, seguidas y cumplidas por quien realiza la no fácil tarea de interpretar el contrato: el juez. Si el contrato es un acto de autonomía privada como se viene afirmando, entonces interpretar el contrato, es tratar de entender qué fue lo que las partes dispusieron, a qué se comprometieron, qué querían, qué buscaban lograr con su relación contractual.

No obstante, lo anterior, (Bianca, 2007), precisa:

Tarea esencial del intérprete es, pues, la de buscar la intención común de las partes, [...]; sin embargo, la tarea del intérprete no se limita a tal investigación, pues cuando la intención no fue manifestada claramente, el intérprete debe proceder según criterios que no se conforman a la voluntad específica de las partes, sino que se dirigen a comprobar el contenido sustancial del contrato con base en la valoración normativa. (p. 430)

6.1.1 Modelos de interpretación contractual

(Blanco, 2010) señala los siguientes tipos de interpretación contractual:

- **Interpretación subjetiva:** en este modelo se le da prelación al elemento interno o espiritual de los contratantes, es decir, se busca la verdadera intención que movió a las partes a celebrar el negocio. En este modelo no se le da importancia a la literalidad del contrato y, por el contrario, se busca la común intención de los contratantes y procura hacerla prevalecer sobre cualquier otra indicación.
- **Interpretación objetiva:** aquí se hace énfasis en el contrato escrito, en la literalidad del documento; lo que está escrito, escrito está. Bajo este modelo el intérprete busca la razón del negocio en el contenido del contrato.
- **Interpretación extensiva:** este modelo propone extender los efectos de la relación contractual a situaciones o elementos no contemplados en la literalidad del contrato; en este formato se acude al entorno que rodeó la celebración del contrato, las tratativas y el desarrollo de éste.
- **Interpretación restrictiva:** en este prototipo se interpreta de una manera contraria al modelo extensivo; el sentido del clausulado se entenderá más limitadamente de lo literalmente escrito. (p. 134)

(Bianca, 2011) considera, teoría a la cual nos adherimos, que, en la interpretación contractual, se puede dar “la interpretación subjetiva y la interpretación objetiva” (p.436). Establece, además el autor, un conjunto reglas que se deben tener en cuenta al momento de llevar a cabo una interpretación subjetiva, la cual tiende a verificar, buscar o encontrar la intención común de las partes:

Reglas primarias de interpretación subjetiva son las de: a. la interpretación según la buena fe; b. la interpretación literal; c. la interpretación global; d. la interpretación sistemática;

- e. la interpretación funcional; f. la interpretación presunta de las expresiones generales, y
- g. las indicaciones ejemplificativas. (p. 441)

Según (Bianca, 2007), la interpretación objetiva tiene un carácter subsidiario, pues sólo se aplica cuando, acudiendo a la interpretación subjetiva, esta no condujo a un resultado real y definitivo. Haciendo referencia a ella, expresó:

Las reglas de interpretación objetiva tienen un orden de aplicación en el que prevalece, en términos generales: a. El principio de conservación del contrato; b. La regla de interpretación según los usos; Si la duda persiste, c. La regla de la interpretación contra el autor de la cláusula; y, en fin, d. La regla de interpretación equitativa y más favorable al obligado a título gratuito. (p. 457)

6.1.2 Etapas del proceso interpretativo del contrato

En la jurisprudencia y en los doctrinantes el tema no es pacífico; existen varias propuestas o por lo menos varios nombres y/o apellidos, algunos coincidentes en varios aspectos, otros, con varias diferencias. Sin embargo, hay que aceptar, que el tema no ha sido muy estudiado, y Colombia no es la excepción. No sabemos si hablamos de varios paradigmas o varios nombres del mismo paradigma; algunos son: “idea unitaria del acto interpretativo”, “interpretación integradora” “unidad del acto”, “proceso unitario” u “operación interpretativa”.

En este apartado lo más importante es saber cómo empezar esta labor de interpretación jurídica del contrato, qué pasos hay que dar, en qué orden y qué debemos tener en cuenta en cada una de las diferentes etapas. A propósito, Hinestrosa, F. (2015) propone lo siguiente:

Antes de emitir cualquier concepto sobre la disposición particular es indispensable reconstruirla, lo que equivale a acreditar en qué consistió el comportamiento que se tilda de negocial, cuáles fueron las frases, gestos, actitudes u omisiones que sirvieron para la celebración del acto, de modo que el primer paso del intérprete ha de consistir en la verificación de los hechos, en el acopio de datos que le permitan determinar dónde, cómo, cuándo se ejecutó la actividad dispositiva y en qué términos está concebida, y entenderla en su significado personal, sí que también en su sentido social. (p. 173)

(Jaramillo, 2014) propone o considera, y nos adherimos a su propuesta, que se deben cumplir tres pasos, fases, o momentos en esta difícil tarea: “interpretación, calificación e integración del contrato” (p. 177), según él, son tres etapas con vasos comunicantes, pero diferentes, una de la otra. Todas las tres, con un único propósito: develar el contenido, fijar el alcance y determinar el significado del contrato.

➤ **La interpretación del contrato.**

(Jaramillo, 2014) invocando a Fernando Hinestrosa se refiere a la etapa de la interpretación, en los siguientes términos:

Se dice y se repite que la interpretación del negocio jurídico tiene por finalidad desentrañar la intención genuina de su autor o autores; que la tarea del juez al respecto consiste en ello, y digiérase que nada más que en ello, o sea, en últimas, en establecer la “voluntad real” (...) (aunque) (...) lo importante y definitivo no es qué pudo haber querido este o aquel sujeto negocial, solo o junto con otro, sino cuál es el sentido común, socialmente reconocible y aceptable de su comportamiento dispositivo, cómo pudo

haberlo entendido rectamente su destinatario u observador, y cómo lo entendió valorando la lealtad y la corrección de cada cual (p. 181).

La interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses de los particulares. Para Bianca, C. M. (2007), “la interpretación es la operación con la que se verifica el significado, jurídicamente relevante, del acuerdo contractual” (p. 429). Para (Ospina & Ospina, 2016) “Interpretar un acto jurídico es averiguar el verdadero sentido y el alcance de sus estipulaciones” (p. 395).

Parafraseando a Jaramillo (2014) la interpretación del contrato esencialmente persigue el esclarecimiento del contenido contractual (significado), para lo cual el intérprete, con sujeción a una tarea de índole reconstructiva propende por establecer el alcance y la extensión de las diversas estipulaciones que conforman el entramado del contrato. Se busca desentrañar el verdadero sentido de los actos jurídicos, es decir indagar el significado efectivo del contrato.

➤ **La integración del contrato.**

De acuerdo con la Real Academia Española el vocablo *integrar* significa *completar un todo con las partes que faltaban* o también *hacer un todo o conjunto con partes diversas*. Se puede deducir de lo anterior que la integración debe hacerse a partir de nuevos componentes, elementos y consideraciones que se encuentran fuera del texto, como por ejemplo el contexto en que se desarrolló la relación contractual.

La calificación jurídica del contrato o su ubicación dentro de una de las figuras del listado legal o de las apenas socialmente reconocidas es fundamental para integrar el contenido de la relación contractual y las normas a la que está sometido. “No se trata, [...], de colmar las lagunas

que haya dejado la declaración de las partes, sino de precisar a que figura corresponde esta y, [...], los *essentialia negotii* del caso, [...]" (Hinestrosa, 2015, p.172).

En palabras de Jaramillo (2014), tratando de dirimir la controversia entre los que sostienen que la integración del contrato ha de hacerse teniendo como referente su contenido y los que sostienen que se ha de tener en cuenta sus efectos jurídicos, sostiene que:

[...], debe considerarse a la integración como un típico proceso adicional, es decir como un aditivo que le da valor agregado al ejercicio de fijación o establecimiento del contenido contractual -y determinación de su significado-, *lato sensu*; es pues un arquetípico *plus*; que suma, que agrega, que adiciona, que complementa, que expande, nutre, enriquece, balancea, descontamina o desinfecta el “engranaje contractual”, entre otras hipótesis más, hasta el punto que no puede entenderse redundante o preexistente. (p.189)

Aida Kemelmajer de Carlucci, mencionada por Jaramillo (2014) considera que “mediante la integración, se descubre y agrega aquello que por voluntad extraña pero inderogable debe considerarse incluido automáticamente en el negocio” (p.190). En igual sentido José Melich Orsini nombrado por Jaramillo (2014) conceptúa que:

La integración [...] tiene por objeto completar ese cierto contenido contractual desvelado y llenarlo de efectos que no provienen realmente de la voluntad de las partes, sino que se le agregan en virtud de una fuente dispositiva externa (la ley, los usos, la equidad). (p.191)

La labor de integración del contrato se realiza sobre elementos objetivos y en ella intervienen además de las partes, fuerzas y criterios exógenos extra volitivos como: la ley, la costumbre, la buena fe, los usos, la equidad, etc. Y también un tercer sujeto: el juez, el

magistrado, el árbitro. Al respecto el profesor cubano Leonardo B. Pérez Gallardo, referido por (Jaramillo, 2014) relata que:

La integración del contrato es aquella operación por la cual se intenta completar las lagunas que éste padece, buscando fuentes de naturaleza objetiva para suplir el vacío que conlleva la no regulación por las partes de determinadas cuestiones, bien porque éstas no las previeron o porque no lo quisieron. La integración del contrato tiene por finalidad buscar la disciplina contractual que la declaración de voluntad no suministra (...).
(p.192)

La interpretación mira al pasado, mientras que la integración se enfoca en las consecuencias fuera del plexo obligatorio. La interpretación siempre es necesaria, aunque el texto sea claro, mientras que la integración sólo es aplicable cuando hay insuficiencia de la autonomía privada. La interpretación es una operación intelectual de la voluntad de las partes, la integración se dirige a completar las lagunas del contrato, acudiendo a fuentes normativas de naturaleza objetiva. La integración se apoya en la calificación y ésta en la interpretación, existiendo un encadenamiento lógico y sucesivo.

Nuestra Corte Suprema de Justicia citada por Jaramillo (2014) también se refirió a la fase de la integración del contrato en su sentencia de 19 de junio de 1935:

Ocurre la integración cuando el texto adolece de defectos, de oscuridad o ambigüedad, o es incompleto o equivocado, o cuando las expresiones y aun las mismas ideas de las partes carecen de claridad o exactitud, o bien, porque la consecuencia jurídica no la conocen las partes lo suficiente, o bien a causa de que ellas no previeron determinada situación que se produce después. En los casos de integración, corresponde al intérprete rectificar las faltas

del contrato, resultantes de la deficiente expresión del querer de las partes, y colmar las lagunas y omisiones que hubieren quedado en esta, sin contradecir ni desfigurar con ello el contenido del pensamiento manifestado en la declaración. (p.195)

Fuentes de la integración del contrato.

(Jaramillo, 2014) señala como fuentes de la integración del contrato “la ley, la costumbre, la buena fe, la equidad, y los usos, [...]” (p.199). En cuanto a la ley señala el doctrinante que se debe diferenciar entre normas imperativas y normas dispositivas; afirma que las imperativas prevalecen sobre las demás e incluso sobre la autonomía de la voluntad de los contratantes, desde luego, después de la Constitución Política de Colombia (Const. 1991, art. 4) En los contratos contemporáneos en lo relacionado a los contratos de adhesión, a los contratos de condiciones generales predispuestas y en si en todo lo relacionado con los contratos con el consumidor financiero es necesario, para el caso colombiano, tener como fuentes especiales las leyes 1328 de 2009 (Régimen de protección al consumidor financiero) y la ley 1480 de 2011 (Estatuto del consumidor).

➤ La calificación del contrato.

Sostienen (Ospina & Ospina , 2016) que:

Agotada la etapa interpretativa de la intención real de los agentes, mediante la aplicación de las reglas de la hermenéutica [...], el intérprete, especialmente si es un juez llamado a aplicar el acto de que se trata, debe entrar a determinar si reúne o no los elementos esenciales para su existencia, y, en caso afirmativo, a cuál clase o categoría pertenece (art. 1501 C.C.). (p. 403)

La calificación es la valoración jurídica del contrato, es decir que a través de la calificación se pretende verificar el valor jurídico del acto contractual. La calificación sigue a la interpretación en cuanto ella tiende a clasificar el contrato. La verificación de los efectos tiende a establecer la relevancia jurídica del contrato. La valoración posterior del acto como verificación de los efectos tiende a comprobar cuáles son los efectos programados que tienen relevancia para el derecho

Agregan, además, (Ospina & Ospina , 2016) refiriéndose a dos Sentencias de Casación de los años 1929 y 1930, que:

[...]: la misión de un juez frente a un acto controvertido no se agota en su interpretación propiamente dicha y que es una *cuestión de hecho*, comoquiera que consiste en averiguar cuál ha sido la real intención de los agentes, sino que va más allá, en cuanto dicho juez no solamente está autorizado, sino legalmente obligado a dar un paso más, cual es el de determinar si tal acto existe o no, vale decir, si se ha perfeccionado jurídicamente y, en caso afirmativo, cuál es la naturaleza específica, cuestión esta que ya no es *de hecho*, sino *de derecho*, y que puede llegar hasta la rectificación de la calificación equivocada que le hayan atribuido los agentes. (p. 404)

El juez o el calificador debe tener en cuenta en esta etapa, el tipo de contrato del caso concreto que está estudiando o mejor investigando: no es lo mismo valorar un contrato típico que un contrato atípico. Si es un contrato considerado *típico*, el calificador al momento de valorarlo debe tener en cuenta el orden de prelación normativa establecido por la Ley 153 de 1887, en su artículo 8°.: 1. Las normas legales establecidas; 2. Las estipulaciones lícitas de los agentes, sean esenciales o accidentales; 3. Las normas legales que reglamentan el acto estipulado y que están

llamadas a regir por vía supletiva en el caso de silencio de los agentes al respecto; 4. Las normas generales de los actos jurídicos; 5. La analogía de la ley y 6. La analogía del derecho.

Si el juez o calificador deduce que el contrato es de los llamados *atípicos*, nos parece que el orden de prelación en su valoración ha de ser la propuesta por Ospina y Ospina (2016):

1°.) las leyes imperativas; 2°.) las cláusulas libremente redactadas o estipuladas por los agentes; 3°.) las reglas generales de los actos jurídicos y de los contratos, según el caso; 4°.) las reglas propias del contrato típico más próximo o semejante, y 5°.) la doctrina constitucional y los principios generales del derecho. (p. 51)

6.2 La Resolución De Los Contratos

6.2.1 Fundamento jurídico de la pretensión resolutoria

1. **Resolución por mutuo consentimiento:** Sostiene (Canosa Torrado, 2013) que: El fundamento jurídico de la resolución por mutuo consentimiento de las partes se encuentra en el principio universal de la autonomía de la voluntad, que, aplicado al caso que estudiamos, se traduce en la regla que establece que las cosas en derecho se deshacen como se hacen.

En esa dirección el artículo 1602 de nuestro Código Civil establece: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. En ese mismo orden de ideas el artículo 1625 C.C. señala que “Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula”.

La Corte Suprema de Justicia, mencionada por (Canosa Torrado, 2013) dijo:

El Código Civil consagró como el modo por antonomasia de extinción de toda obligación el negocio jurídico o convención en que las partes interesadas siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula (art. 1625, inciso primero). Ese negocio jurídico o convención ha sido denominado por la doctrina y la jurisprudencia con la expresión *mutuo disenso*. [...]. Las cosas en derecho se deshacen como se hacen (Cas. Del 7 de diciembre de 1982, M.P. Jorge Salcedo Segura)

2. Resolución por incumplimiento imputable al deudor. La discusión no ha sido pacífica; varias son las teorías que han construido los doctrinantes, como fundamento jurídico, de la resolución por incumplimiento imputable al deudor, entre las cuales señalamos: a) teoría de la condición resolutoria tácita; b) teoría de la causa; c) teoría de la equidad y, d) teoría de la sanción.

Dentro de las diferentes gamas de teorías enunciadas, como investigadores nos adherimos a la teoría de la *equidad*. Al respecto Canosa (2013), “Sostiene que el fundamento de la resolución del contrato se encuentra en el principio universal de la equidad que justifica la autorización que el legislador hace al contratante cumplido para desligarse del vínculo que lo une al contratante incumplido”. (p.81)

RIPERT encuentra el fundamento de la resolución del contrato en la idea de *justicia contractual*; mencionado por Canosa (2013), sostiene:

Que se haga de la resolución judicial una aplicación de la idea de causa, que se vea una manifestación del principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato o en un instrumento técnico destinado a asegurar a la vez el equilibrio del mismo, sus fines prácticos

y su ejecución de buena fe, la idea profunda es siempre la misma: la consagración legal de la idea de justicia contractual. (p.81)

En ese mismo orden de ideas, nuestra Corte Suprema de Justicia dijo:

Cuando justifican la existencia del artículo 1546 del Código Civil en la equidad, la explican afirmando que, si uno de los contratantes incumple con las obligaciones que corren a su cargo, es apenas obvio y equitativo que el derecho autorice al contratante diligente o cumplido para desligarse del vínculo que lo une con el incumplido. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1979)

3. Resolución por incumplimiento no imputable al deudor. Para Canosa (2013) el fundamento jurídico de la resolución por incumplimiento no imputable al deudor (fuerza mayor o caso fortuito), “se encuentra en el principio que pregona que a nadie se puede constreñir a que cumpla lo que nadie puede cumplir, en aplicación de la teoría de los riesgos” (p.84).

En el mismo sentido PLANIOL y RIPERT, citados por (Canosa Torrado, 2013)) indican que:

[...]. Existe fuerza mayor o caso fortuito cuando el incumplimiento no es imputable a una culpa del deudor; y la culpa del deudor existe, sea que el obstáculo es previsible y no ha adoptado alguna medida para evitarlo; sea que, al tiempo en que se presente el obstáculo, sin que haya debido preverse, no se haga todo lo necesario para evadirlo. [...]. También, según el caso, estima como fuerza mayor, no solo la imposibilidad material de cumplir, sino la imposibilidad moral, noción esta inseparable de la idea de culpa. (p.85)

- 4. Resolución por excesiva onerosidad.** Tampoco ha sido un tema pacífico. Algunas teorías expuestas han sido: a) teoría de la equidad; b) Teoría de la causa; c) Teoría de la buena fe; y, d) Teoría de la anormalidad del alea.

Como investigadores y teniendo en cuenta el objetivo general propuesto para este trabajo, proponemos como fundamento jurídico para la resolución por excesiva onerosidad, la **teoría de la imprevisión**, toda vez que sus presupuestos se ajustan y se pueden aplicar a los contratos con los consumidores financieros, según lo estipulado por Canosa (2013):

- a) Que se trate de contratos de ejecución continuada, sucesiva o a término, por cuanto la imprevisión supone la duración del contrato en el tiempo.
- b) Que con posterioridad a la celebración del contrato se realice un acontecimiento que racionalmente no haya sido previsto por los contratantes, es decir, un acontecimiento que se encuentre por fuera del alea normal del contrato.
- c) Que el acontecimiento imprevisto altere notablemente las condiciones económicas previstas al momento de contratar, en tal forma que el contrato, que en un principio fue sinalagmático, deje de serlo. (p.89)

Al respecto el artículo 868 de nuestro actual Código del Comercio, establece:

Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven las prestaciones de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente oneroso, 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.

(Código de Comercio de Colombia)

6.2.2 La pretensión resolutoria

(Código Civil, 2019) Art. 1546 (CONDICIÓN RESOLUTORIA Tácita) preceptúa que En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que:

La acción resolutoria o la pretensión de cumplimiento, reguladas en el art. 1546 requieren para su buen suceso que el reclamante haya honrado sus compromisos.

La acción resolutoria es la facultad que tiene el contratante cumplido para pedir la resolución o el cumplimiento del pacto, en uno y otro caso, con indemnización de perjuicios, frente al extremo contrario del negocio que no respetó las obligaciones adquiridas. De acuerdo con el artículo 1609 del mismo código, ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, SC 23072018 (11001310302420030069001), 2018)

A su vez (Canosa Torrado, 2013) ha manifestado que:

El incumplimiento del deudor, según el (Código civil, art.1546), no extingue de pleno derecho el vínculo contractual, ni tampoco autoriza al acreedor para finiquitarlo unilateralmente. Ante ese supuesto (incumplimiento), surge para el contratante diligente una pretensión alternativa que puede conducir a dos metas opuestas: la resolución o el cumplimiento, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

La pretensión de resolución se ejerce con el propósito de extinguir el contrato y desligar de esta manera al contratante que ha cumplido, del que no lo ha hecho. [...]. (p.273)

Características de la pretensión resolutoria.

1. Es personal. En cuanto a esta característica (Canosa Torrado, 2013) explica que:

Es personal en razón a que puede entablarse únicamente en contra de la parte que ha incumplido el contrato o, en últimas, contra quienes la hayan sustituido en tal posición por sucesión en causa de muerte o por cualquier acto entre vivos. [...]. El contratante diligente tiene la facultad de exigir el cumplimiento al negligente, solo a él, por cuanto es él y no otro el obligado.

[...]. Esto no es óbice para que en ciertos casos y una vez decretada la resolución, ésta tenga efectos contra terceros poseedores de mala fe. [...]. Este último efecto lo logrará el contratante diligente, una vez que ha triunfado en la pretensión de resolución, mediante el ejercicio de una pretensión de reivindicación, en cuyo caso ya no actuará como simple contratante, sino como propietario de la cosa cuya reivindicación pide, [...]. (p.274)

2. Es facultativa. El inciso 2º (Código Civil, 2019), Art. 1546, faculta al contratante diligente y cumplido a optar por alguna de las siguientes opciones: “pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

a) El acreedor demanda el cumplimiento. La pretensión de cumplimiento es aquella que se dirige a compeler al deudor negligente a satisfacer la prestación por él debida o, en su defecto y cuando esto no sea posible, a obligarlo a indemnizar los daños y perjuicios que la inejecución ha causado al acreedor.

Si el acreedor demanda el cumplimiento, puede luego, en caso de que esta no prospere, demandar la resolución, o puede desistir de la una, para impetrar la otra; lo que no se puede es demandar las dos al mismo tiempo, ni la una como principal y la otra como subsidiaria.

b) El acreedor demanda la resolución. Si el acreedor demanda la resolución, puede luego demandar el cumplimiento. Antes de decidirse la resolución solicitada mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, es posible solicitar su ejecución o cumplimiento. En esta dirección, Canosa (2013), sostiene:

Cuando el acreedor demanda la resolución, su acción revela sólo que no ha podido obtener la ejecución; pero él no renuncia; siempre está allí su derecho esencial por el cual ha contratado y que es el que tuvo en vista desde el primer momento en que celebró el contrato. (p.281)

Ante las dos opciones facultativas que le asisten al contratante cumplido, a su contraparte incumplido, sólo le asiste la opción de alegar o de demostrar que ha cumplido.

➤ **Es patrimonial.** Explica el Dr. (Canosa Torrado, 2013) que:

La pretensión de resolución por incumplimiento del cocontratante representa para el acreedor un derecho evaluable en dinero, es decir, un derecho patrimonial del que puede disponer como a bien tenga. Es por eso por lo que dicho derecho es susceptible de transferirse por acto entre vivos, transmitirse por causa de muerte y aun renunciarse por su titular. (p.282)

Art. 1008. SUCESIÓN A TÍTULO UNIVERSAL O A TÍTULO SINGULAR:

Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular.

El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto.

El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa, [...]. (Código Civil Colombiano)

Art. 1594-. OBLIGACIÓN PRINCIPAL Y PENA.

Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo, la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal. (Código Civil Colombiano)

Art. 1672.- NOCIÓN DE CESIÓN DE BIENES. “La cesión de bienes es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas”. (Código Civil de Colombia)

4. Es renunciable. El derecho a solicitar la resolución de un contrato es de carácter privado, en cabeza del contratante cumplido. Al igual, dicho contratante diligente y cumplido le asiste derecho para renunciar a dicho derecho, en virtud del artículo 15 de nuestra codificación civil que a dictamina lo siguiente:

Art. 15.- RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS. Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia. (Código Civil colombiano)

La renuncia puede ser expresa o tácita.

5. Es divisible. La Corte Suprema de Justicia, citada por (Canosa Torrado, 2013), dijo:

La acción resolutoria es, por regla general, divisible, cuando se refiere a un objeto susceptible de división material, intelectual o de cuota. Así se desprende de los principios que gobiernan la indivisibilidad de las obligaciones de conformidad con los artículos 1581 y siguientes del C.C. (Cas. Del 19 de diciembre de 1930)

6. Es prescriptible. De acuerdo con el artículo 2536 de nuestro Código Civil (modificado por la Ley 791 de 2002, art. 8º., la acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años, y la ordinaria por diez (10).

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).

Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término.

MELICH-ORSINI, referenciado por (Canosa Torrado, 2013), dice al respecto:

En la doctrina se indica, además, que la acción de resolución en sí misma, en cuanto derecho potestativo, es imprescriptible y que lo que prescribe es el crédito cuya falta de cumplimiento da lugar a que se pida el cumplimiento o la resolución, por lo que el derecho a pedir la resolución en cuanto tal, subsiste mientras subsista el crédito. Esto nos dice que el lapso de tiempo para intentar la acción de resolución dura tanto como dura el período para pedir el cumplimiento, [...]. (p.285)

Improcedencia de la resolución.

De acuerdo con el Dr. (Canosa Torrado, 2013) la pretensión resolutoria está excluida en los siguientes casos:

- a) Cuando las partes lo han estipulado expresamente dentro del contrato.
- b) Cuando, por virtud de las circunstancias del contrato, dicha cláusula se debe entender explícitamente estipulada, como sería el caso de hacer entrega de cosas destinadas especialmente a la reventa, o a su transformación.
- c) Cuando se ha cumplido la obligación en lo principal, y queda sólo por realizar lo accesorio o accidental.
- d) Cuando, a pesar de la mora del deudor y cumplidas las condiciones legales para pedir la resolución, el acreedor recibe intereses y otorga plazos. Hecho que constituye, además, una forma de interrumpir la prescripción como modo de extinguir el contrato que, conforme a la ley, es de 10 años.
- e) Como corolario de lo anterior, no procede cuando la pretensión ha prescrito.
- f) Cuando la mora del deudor se debe al acreedor. (p.286)

Pretensión accesoria de indemnización de perjuicios.

El (Código Civil, 2019), Art.1546. en su inciso 2°. dice: “Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”. Por su parte (Canosa Torrado, 2013) aclara que:

Esta pretensión indemnizadora se dirige a reparar el daño efectivamente causado. Toda responsabilidad civil se traduce en la acción de reparación del daño causado, [...].

La extensión de la acción está dada por la cuantía del daño efectivamente sufrido por la víctima. [...]. (p.298)

La pretensión a que se refiere el inciso 2°. Del artículo 1546 de nuestra codificación civil es siempre *accesoria* a una principal de cumplimiento o de resolución. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, citada por (Canosa Torrado, 2013) así lo ha establecido:

El fenómeno del incumplimiento por uno de los contratantes, de lo pactado, da lugar, si se trata de contratos bilaterales, a que se opere la condición resolutoria tácita, dando origen en favor del otro contratante que ha cumplido o está presto a cumplir sus propias prestaciones, al derecho alternativo para pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios. De acuerdo con la ley, ha establecido la doctrina que esta acción de reparación tiene la calidad de accesoria o consecuencial de cualquiera de las dos principales que concede la ley alternativamente, para resolver el contrato o hacerlo cumplir, y que, por lo tanto, no procede su ejercicio aislado. [...] (p.299)

6.2.3 Efectos de la resolución.

Mientras que un juez de la república no decreta a través de sentencia judicial, la resolución del contrato, no se puede hablar de contrato resuelto. Por tanto, un contrato sólo surte todos sus efectos, luego de la sentencia judicial, que decreta la resolución del contrato. En este orden de ideas el Dr. (Canosa Torrado, 2013) considera que:

Los efectos de la resolución se producen en dos órdenes diferentes; así, tenemos efectos que se producen entre las partes que celebraron el contrato ahora resuelto, y efectos que se producen con relación a terceros, que, aun siendo ajenos a la celebración del contrato, se ven afectados por los efectos que este alcanzó a producir durante su vigencia. (p.474)

A) Efectos entre las partes. La resolución disuelve el contrato, destruye los efectos que el contrato produjo y deja sin eficacia los efectos por realizar (a futuro). La resolución produce efectos retroactivos y a futuro.

En cuanto a los efectos en general de la sentencia de resolución MELICH-ORSINI, citado por Canosa (2013), propone tres clases de eficacia, respecto de los deberes de restitución a la que queda obligada la parte que no cumplió:

- **Eficacia retroactiva.** En cuanto va dirigida a la radical eliminación de un hecho precedente a la sentencia como lo es el contrato que mediante ella se resuelve.
- **Eficacia liberatoria,** puesto que ella, y en presencia de contratos que se declaran resueltos, ha surgido apenas una obligación aún no cumplida al momento de la resolución, la sola sentencia que declara extinguida la obligación bastará para lograr el fin práctico perseguido de hacer volver las cosas al mismo estado en que estarían de no haber celebrado el contrato.

- **Eficacia recuperatoria** en donde la sola sentencia de resolución para operar el restablecimiento de la situación precedente a la celebración del contrato, se admite fácilmente cuando el derecho constituido en favor del demandado en resolución es un simple derecho de crédito, aun si este último lo hubiese cedido luego a una tercera persona o hubiese conferido a esta un ulterior derecho de crédito basado en el que él mismo ostentase; [...]. (p.476)

Dentro del efecto retroactivo que se produce entre las partes, en virtud de la sentencia que decreta la resolución por incumplimiento, VALENCIA ZEA, referenciado por Canosa (2013) señala:

- a) Si los contratantes no habían ejecutado sus obligaciones quedan exonerados de cumplirlas;
- b) Si uno de ellos las había ejecutado, será el otro obligado a restituir lo recibido;
- c) Si en contratante incumplido contra el cual se pronunció la resolución había ejecutado parte de la prestación, tendrá derecho de repetición. (p.476)

El insigne Dr. Canosa (2013) sostiene al respecto que:

Son las prestaciones o restituciones mutuas el efecto legal propio de la sentencia de resolución, por cuanto van en forma tácita dentro de las pretensiones de la demanda; y su ausencia dentro de la parte resolutive de la sentencia viciaría el fallo, por inconsonancia, al decidirse en ella *mínima petita*.

Es de advertir que no hay disonancia, incongruencia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado, cuando el juez decreta oficiosamente las restituciones mutuas y falla *extra petita*, por cuanto, se repite, ellas son el efecto natural de *iure* de la sentencia. (p.477)

B) Efectos respecto de terceros.

La sentencia de resolución del contrato por incumplimiento no produce efectos sobre los terceros adquirentes de buena fe. En consideración a lo anterior, Canosa (2013) considera que:

[...], la resolución no produce efectos con respecto de bienes muebles en cuanto a terceros poseedores de buena fe. En cambio, cuando se trata de bienes inmuebles, si la condición está estipulada en el contrato, V. gr., plazo para el pago del precio, producirá efectos directos respecto de terceros que hayan celebrado un negocio jurídico cualquiera en relación con el bien objeto del contrato cuya resolución se ha producido. (p.479)

La Corte Suprema de Justicia sobre el particular hizo las siguientes precisiones:

Es principio general que gobierna los efectos de la acción resolutoria en los contratos bilaterales el de que las cosas deben volver al mismo estado en que se hallaban antes de celebrarse el contrato resuelto.

[...]. Pero el artículo 1953, que hace parte del capítulo XIII sobre rescisión de la venta por lesión enorme, dispone lo siguiente: “El comprador que se halle en el caso de restituir la cosa, deberá previamente purificarla de las hipotecas u otros derechos reales que haya constituido en ella”.

Como queda visto, los acreedores hipotecarios están protegidos en todos los casos en que la condición resolutoria por incumplimiento no conste en el título de adquisición de quien

constituyó la hipoteca. Más en virtud de la declaración de quedar resuelto el contrato de compraventa, la cosa vendida debe restituirse por el comprador en el mismo estado en que se hallaba al tiempo d celebrarse dicho contrato. [...]. (Cas. del 19 de diciembre de 1988)

Efectos de la resolución del contrato de tracto sucesivo.

Sólo tiene efectos hacia el futuro (*ex nunc.*). No se cumple con la regla general de la retroactividad, puesto que en estos contratos como, por ejemplo, el contrato de mutuo, de arrendamiento, de trabajo, las cosas no se pueden volver a su principio, por imposibilidad de repetir la prestación ya ejecutada.

Frutos y perjuicios. Otro efecto importante de la resolución por incumplimiento, es que ésta obliga a la restitución de los frutos percibidos por el objeto o bienes materia del contrato que se resuelve. Al respecto Canosa (2013) sostiene:

Es importante hacer notar que cualquiera sea la vía que tome el demandante, es decir, la resolución o el cumplimiento del contrato, ésta debe generar la respectiva indemnización de perjuicios causados por el incumplimiento.

La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, se pronunció al respecto de la siguiente forma:

Pero la restitución de los frutos que hayan producido el bien o bienes materia del contrato resuelto, no entra en el concepto de perjuicios, sino que, causando la resolución de un pacto un efecto retroactivo, es decir, retrotrayéndose las cosas, en virtud del efecto o fenómeno resolutorio a la fecha del contrato, el comprador vencido debe devolver las cosas con todo lo que ellas han producido, lo cual comprende los frutos naturales y

civiles. El art. 1932 del C.C. consagra una disposición especial para el caso, y por eso habla de la restitución de frutos como cosa independiente de los perjuicios a los que se refieren los artículos 1546 y 1930 de nuestra codificación civil. Y así tienen que ser las cosas, porque de lo contrario, no estando cobijada la noción de frutos por la de perjuicios, en la indemnización de éstos, no cabría la del cómputo de los frutos, los cuales se devuelven por el concepto de restitución, y de no ser, así las cosas, el fenómeno resolutorio quedaría incompleto y habría hasta un enriquecimiento sin causa a favor del comprador y en contra del vendedor. [...]. (Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1936)

6.3 La Responsabilidad Civil En Los Contratos Financieros

6.3.1 ¿Qué es la responsabilidad civil?

Para (Tamayo, 2007), la responsabilidad civil es:

[...] la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros. [...], ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia. (p.8 T.1)

6.3.2 Tipos de responsabilidad civil.

El Código Civil colombiano consagra dos tipos de responsabilidad: contractual (art. 1604 Código Civil colombiano) y extracontractual (Código Civil, art. 2341 y Código de Comercio de

Colombia, art. 863); las cuales a su vez se clasifican según el origen del daño o la carga de la prueba de la culpa.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

Para (Tamayo, 2007) la responsabilidad civil contractual “tiene su origen en el daño surgido del incumplimiento contractual. [...], el daño puede tener su origen en el incumplimiento puro y simple del contrato, en el cumplimiento moroso o en su cumplimiento defectuoso” (p.32 T.1). También expresa el doctrinante que la responsabilidad contractual se puede clasificar según el origen del daño y según la carga de la prueba de la culpa y de la exoneración del deudor.

(Grande, 2017) señala que:

En el derecho colombiano, la responsabilidad civil implica la obligación de indemnizar los perjuicios causados por un sujeto de derecho a otro, sin justa causa, por un hecho que, desde una perspectiva lógica, le resulta imputable. [...], el sujeto de derecho está llamado a restituir íntegramente o reparar los perjuicios causados por un ilícito civil. (p.334)

Jaime Alberto Arrubla, referenciado por (Grande, 2017), define la responsabilidad civil como “[...] la obligación de reparar el perjuicio que se ha causado” (p.335). A su vez, los hermanos Mazeud, citados por (Grande, 2017)), sostienen que la responsabilidad civil es un “vínculo de obligación, en la medida que el sujeto responsable se hace deudor de una reparación a favor de la víctima de un daño sufrido, en calidad de acreedora” (p.335).

La culpa no siempre es el elemento básico de la responsabilidad contractual.

Para (Tamayo, 2007) la culpa contractual “consiste en el dolo, la imprudencia, la impericia, la negligencia o la violación de reglamentos que le impiden al deudor cumplir correctamente con su obligación” (p.407 T.1).

El tema no es pacífico. La mayor parte de la doctrina coincide en afirmar que para que exista responsabilidad civil contractual es indispensable que exista culpa; pero esta culpa se da, cuando hay inejecución de la obligación. Al respecto Alessandri Rodríguez, citado por (Tamayo, 2007), expresa que “La culpa contractual consiste en no cumplir una obligación preexistente o en cumplirla mal” (p.399 T.1).

Al respecto, los autores Planiol, Ripert y Larroumet, sostienen que en algunas ocasiones la culpa es un requisito necesario para que exista la responsabilidad civil contractual, mientras que en otros casos no. Además, consideran que la culpa contractual no puede definirse como la inejecución de la obligación.

(Tamayo, 2007) refiriéndose al tema expresa:

[...], afirmar que la culpa contractual consiste en la inejecución de la obligación debida es sentar un principio carente de contenido que todo lo que hace es desplazar y complicar aún más el problema. [...]. Se hace necesario, entonces, determinar previamente el contenido de la obligación y se verá que en algunos casos ésta tiene un contenido puramente material, por lo que la culpa, entonces, no es requisito de la responsabilidad contractual. En otras situaciones, la obligación involucra no solo un contenido material, sino también un determinado comportamiento por parte del deudor, en cuyo caso la culpa si es requisito fundamental de la responsabilidad contractual y solo habrá inejecución de la obligación

cuando el deudor se comporte en forma culposa, culpa que unas veces se presume y otras debe probarse. (p.404 T.1)

6.3.3 Requisitos para la imputación de la responsabilidad civil contractual.

Para que exista la responsabilidad civil contractual se deben cumplir las siguientes condiciones: a. Que haya un contrato válido; b. Que haya un daño derivado de la inejecución de ese contrato y c. Que ese daño sea causado por el deudor al acreedor contractual.

Que haya un contrato válido.

Sostiene (Tamayo, 2007) que:

En el caso de que el contrato sea declarado nulo puede haber daños producidos por la nulidad o producidos en la ejecución del contrato nulo. En uno y otro caso, la responsabilidad será extracontractual.

Si se trata de una oferta o propuesta que contenga los requisitos del art. 845 del Código de Comercio, la responsabilidad del proponente será contractual si el destinatario de la propuesta la acepta dentro de los términos y condiciones previstas.

[...], en estos casos de responsabilidad precontractual, la víctima tiene derecho a cobrar la indemnización de todos los daños, incluido el lucro cesante, que se derive de dicha responsabilidad.

[...]. Pero puede suceder que, pese a la celebración del contrato, la víctima haya sufrido un daño cuyo origen no está en la ejecución de aquel, sino en la formación del mismo, en cuyo caso la responsabilidad será extracontractual. Normalmente esta situación se presenta debido

a la inadecuada o errónea información suministrada por una de las partes a la otra. (p. 70 a 74)

Se requiere que el daño surja de la inejecución del contrato.

Si existe un contrato válido entre la víctima y el causante del daño, la responsabilidad sólo será contractual si el daño se produce como consecuencia de la inejecución del contrato; como presupuesto para establecer dicha responsabilidad contractual debemos fijarnos en el objeto, es decir, establecer cuáles fueron las obligaciones o las prestaciones a que se comprometió el causante del daño. Los demás daños que se generen con ocasión de la ejecución del contrato, pero que no constituyan incumplimiento de las obligaciones contraídas, son de responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad contractual supone un daño causado por el deudor al acreedor.

Asegura (Tamayo, 2007) que:

Como consecuencia del efecto relativo de los contratos, [...] la responsabilidad contractual solo tiene lugar cuando en virtud de la inejecución o de la ejecución tardía o imperfecta de un contrato válidamente celebrado, es el acreedor la víctima de un daño causado por el deudor. Sin embargo, [...] personas diferentes del acreedor pueden ejercer acciones en responsabilidad contractual contra el deudor responsable [...]. En realidad, se trata, en algunos casos, de excepciones aparentes y, en otros, de excepciones reales al principio del efecto relativo de los contratos. (p.106)

6.3.4 La carga de la prueba en materia contractual.

El jurista francés René Demogue en 1925, propuso distinguir entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado. (Tamayo, 2007) sostiene que dicha distinción si bien no está consagrada en el Código napoleónico “puede deducirse fácilmente de la naturaleza misma de cualquier obligación. Por tanto, necesariamente, toda obligación pertenece a uno y otro rango” (p.414).

Obligaciones de medio. Le Tourneau, referido por (Tamayo, 2007), sostiene:

En ciertos contratos el deudor solo se obliga a poner al servicio del acreedor los medios de los cuales dispone: de hacer toda diligencia para ejecutar el contrato. Se le llama a veces obligación de prudencia y diligencia. El contenido de la obligación de medios no es exactamente un hecho; es el esfuerzo del hombre, un esfuerzo constante, perseverante, tendente a la adopción de una actitud frente a sus propias cualidades para aproximarse a una finalidad deseada. Si el deudor no se compromete a alcanzar una meta deseada, se compete por lo menos a tratar de alcanzarla. [...]. (p.414)

En las obligaciones de medio, el demandante debe probar la culpa del deudor. Sin embargo, en algunos casos, como, por ejemplo, en la responsabilidad del transporte aéreo internacional, en los que la culpa se presume; al deudor se le permite demostrar diligencia y cuidado, es decir, ausencia de culpa (obligación de medio).

Obligaciones de resultado. (Tamayo, 2007) invocando a Le Tourneau, hace la siguiente referencia:

En algunos contratos el deudor se compromete a procurar al acreedor un resultado determinado y preciso. La obligación de resultado a veces es denominada, obligación determinada. El deudor de una obligación de resultado es condenado a indemnizar, si el

hecho prometido no se produce. El contenido de la obligación parece ser el resultado mismo.

Una carga de esta naturaleza supone evidentemente, que el deudor pone en movimiento todos los medios para obtener el resultado, pero estos por sí solos no se toman en consideración.

(p.418)

En las obligaciones de resultado, en principio, cuando el acreedor no obtiene lo que buscaba, se genera una responsabilidad del deudor. Para algunos autores y tribunales, en las obligaciones de resultado, la culpa se presume. En algunos casos ni siquiera la fuerza mayor, exonera de responsabilidad al deudor contractual, como en el caso de transporte aéreo de pasajeros en Colombia; en algunos eventos como en las obligaciones de género, en la evicción y en los vicios redhibitorios, la causa extraña, tampoco exonera de responsabilidad contractual, al deudor incumplido.

¿Es válido en Colombia la distinción entre obligaciones de medio y de resultado? En nuestra codificación civil, Bello, no incluyó las obligaciones de medio y de resultado. Nuestra jurisprudencia a través de sus sentencias las ha aceptado o adoptado sin mucho problema; sin embargo, la doctrina nacional ha estado dividida al respecto. (Tamayo, 2007) refiriéndose a la problemática planteada ha sostenido:

[...], los tribunales y los autores colombianos que tangencialmente han abordado el problema de la clasificación tripartita de la culpa y de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado han llegado a resultados completamente diferentes, puesto que entre ellos muchas veces no existe una suficiente claridad conceptual sobre algunos principios específicos que regulan la teoría general de las obligaciones, cuales son, por ejemplo, el concepto de culpa, la

diferencia entre ausencia de culpa y fuerza mayor, la diferencia entre contrato y obligación, etc. (p.422)

Por su parte el Dr. Guillermo Ospina Fernández, citado por (Tamayo, 2007) sostiene que:

A la aplicación de esta variante de la responsabilidad, generalmente condenada por la doctrina y la jurisprudencia en los países cuyos ordenamientos se inspiran en la tradición latina, conduce la principal de las consecuencias que se le quieren atribuir a la clasificación de las obligaciones que se viene comentando; en las de medio, el deudor sería recibido a probar que el incumplimiento no le es moralmente imputable por haber actuado él, con toda la prudencia y cuidado requeridos por la ley; pero si la obligación es de resultado, tal prueba no le serviría; ineludiblemente tendría que demostrar que el daño o la insatisfacción del acreedor han sido causados objetivamente por un hecho extraño que, por tanto, excluye la participación del deudor. (p.492)

Al respecto, (Tamayo, 2007) hace las siguientes afirmaciones:

En Colombia es válida la distinción entre obligaciones de medio y de resultado.

[...], en las obligaciones de medio el deudor se obliga a ejecutar, con toda la prudencia y diligencia que le sea posible, una conducta tendente a alcanzar el resultado pretendido por el acreedor, pero no a obtener ese resultado. Mientras que, en las obligaciones de resultado, el deudor, por disposición expresa del legislador, por acuerdo de las partes o por la naturaleza de las cosas, se obliga a lograr el resultado pretendido por el acreedor.

[...]. En las obligaciones de medio, unas veces el acreedor debe demostrar la culpa del deudor y otras la culpa del deudor se presume, pero este puede desvirtuarla demostrando

diligencia y cuidado, es decir, ausencia de culpa. En cambio, en las obligaciones de resultado, el deudor unas veces solo se exonera demostrando una causa extraña y otras ni siquiera la causa extraña lo libera de la responsabilidad que pesa en su contra. (p.497)

Desde el 5 de noviembre de 1935, nuestra Corte Suprema de Justicia y con ella los tribunales y jueces de la República han introducido las obligaciones de medio y de resultado dentro de la jurisprudencia nacional.

En un fallo del 31 de mayo de 1938, la Corte Suprema de Justicia refiriéndose al tema en comento expresó, entre otras cosas:

Ahora bien, en materia de responsabilidad civil contractual, la división clásica en obligaciones de dar, hacer o de no hacer, y la posterior a esta, en obligaciones positivas y negativas, no proporcionan un método para la solución de los problemas referentes a la culpa y a la carga de la prueba. Débase a la clasificación introducida por Demoque, en obligaciones de resultado y en obligaciones de medio, el que se haya logrado superar la mayor parte de las dificultades que a ambos respectos suelen presentarse.

La culpa, tanto en materia contractual como delictual, continúa siendo la base para la responsabilidad civil. Acontece que, en materia contractual, cuando se trata de obligaciones de resultado, la noción de culpa es, si se quiere, menos importante que en el terreno de la responsabilidad delictual, porque es suficiente comprobar el incumplimiento de la obligación, que el resultado no ha sido obtenido por parte del deudor, para por esa misma circunstancia, connotar la existencia de la culpa contractual: faltar a sus compromisos no es conducta propia de un hombre juicioso, diligente y avisado.

En las obligaciones de medio, el trabajo de apreciación por parte del juzgador, es a menudo delicado, porque aquí no hay lugar a confundir el incumplimiento con la culpa. No basta para deducir la responsabilidad del deudor, comprobarla existencia de una inejecución, sino que se hace indispensable estimar si ella es culposa, para lo cual debe compararse la conducta del deudor, con la que hubiera observado un hombre de prudencia ordinaria, normal y usual, colocado en la misma situación objetiva de aquel. Si el resultado de la comparación es desfavorable al deudor, surge entonces la responsabilidad. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1938)

6.3.5 La teoría del riesgo creado y la responsabilidad civil por el ejercicio de la función financiera

La teoría del riesgo. El riesgo ha sido entendido como la contingencia de un daño; como la posibilidad o potencialidad de concreción de un daño. Al reemplazar la categoría de culpa por la de riesgo, como base estructural de la responsabilidad, se introduce un régimen de responsabilidad objetiva. La noción de riesgo ha presentado un conjunto de variantes y matices que es necesario explicar:

La teoría del **riesgo provecho**, según el cual, si una persona obtiene beneficios de una actividad, tiene a su cargo la obligación de indemnizar perjuicios que se ocasionen como consecuencia de esta.

La teoría del **riesgo creado**, según la cual, la responsabilidad es consecuencia inevitable de ejercer una actividad que crea riesgos para las demás personas; es decir, toda actividad que crea para otro un riesgo hace a su autor responsable del daño que pueda causar sin que haya lugar a investigar si hubo culpa o no de su parte. Así las cosas, quien ha creado una actividad

riesgosa deben responder por los posibles o eventuales daños que esta ocasiona, sin importar si con ella obtuvo o no un provecho o enriquecimiento.

La teoría del *riesgo profesional* consiste en una modalidad del riesgo en la que no solo se exige la obtención de un beneficio económico, sino además la existencia de una actividad calificada como especializada o técnica, es decir, se tiene en cuenta el concepto de profesionalismo. En este contexto, el riesgo profesional tiene su fundamento en las conductas realizadas de manera profesional que implican riesgos para terceros.

El riesgo en la actividad financiera. El riesgo tiene un rol fundamental dentro de la actividad financiera. Toda inversión involucra un riesgo, lo cual lleva a considerar que toda actividad financiera, y en general toda actividad empresarial, lleva consigo un mayor o menor riesgo: la actividad financiera es una actividad de riesgo. Existe una relación directa entre riesgo y rendimiento: entre más grande sea el riesgo, mayor deberá ser el rendimiento para que se justifique su existencia.

La responsabilidad civil en las instituciones financieras. Entre las entidades financieras y los consumidores financieros existe una relación de naturaleza y características especiales que lleva consigo la aplicación de estándares o parámetros más exigentes con respecto al nivel de diligencia que las instituciones vigiladas deben observar normalmente en la prestación de sus productos y servicios.

Las entidades financieras al desarrollar sus actividades profesionales se encuentran frente a un consumidor financiero en una posición de asimetría contractual; por tanto, la exigencia de su actuar diligente en el cumplimiento de sus obligaciones frente al consumidor financiero ha de ser más mucho más exigente.

Pero, ¿qué es un consumidor financiero? La ley 1328 de 2009 en su artículo 2°. Contiene las siguientes definiciones:

El consumidor financiero es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas (literal D).

El cliente es toda persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social (literal A).

Cliente potencial es la persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta. (literal C).

Es importante tener en cuenta que la (Ley 1328, 2009) es la encargada de regular el régimen de protección del consumidor financiero y además de manera supletiva la (ley 1480, 2011), también contribuye a la protección del consumidor financiero, en cuanto a lo no regulado en la ley 1328 de 2009.

El instituto de la responsabilidad civil, si es que lo podemos llamar así, establece que todo daño que se le provoque al acreedor, por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato, debe ser reparado. El deudor debe responder por todos los daños y perjuicios ocasionados por su culpa, que sean previsibles o previstos al momento del nacimiento del contrato. Al respecto (Código Civil, art. 1616) establece:

Art. 1616-. PERJUICIOS QUE DEBE SUFRAGAR EL DEUDOR INCUMPLIDO. Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse

cumplido la obligación o de haberse demorado en su cumplimiento. [...]. (Código Civil colombiano)

En nuestro ordenamiento jurídico, (Ley 446, art. 16, 1998), establece que, la tasación de los daños y perjuicios responde al principio de reparación integral, según el cual, el perjuicio es el límite de la reparación; esto es, se debe indemnizar el perjuicio en su integridad, sin poder ir más allá de este. Ahora, el contenido obligacional del contrato no se limita a aquello que haya sido estipulado de manera expresa, sino que sobrepasa las disposiciones de las partes para ser integrado por un conjunto de obligaciones adicionales provenientes del principio de buena fe. Así lo indica el artículo 1603:

EJECUCIÓN CONTRACTUAL DE BUENA FE. 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. (Código Civil Colombiano, art. 1603)

El incumplimiento de los mandatos de la buena fe, como los deberes de lealtad, honestidad, información o transparencia que deben regir las relaciones comerciales, da lugar también a la responsabilidad contractual por los perjuicios que dicha actuación pueda causar a la contraparte contractual. Entendida la buena fe como el principio jurídico y la regla de conducta que integra el contenido del negocio jurídico, imponiendo deberes y obligaciones a las partes contractuales de conformidad con postulados de honestidad, rectitud y lealtad.

Las entidades financieras deben cumplir con una serie de obligaciones de seguridad respecto de los productos financieros que ofrecen a los consumidores financieros. Tarea que le ha sido asignada al Servicio de Atención al Consumidor (SAC). Dentro de estas obligaciones

se encuentran, la obligación de informar debidamente, educar al consumidor financiero y la obligación de elaborar perfiles de acuerdo con la capacidad educativa y económica de cada cliente. La omisión de cualquiera de estos podrá hacer que dichas entidades incurran en responsabilidad contractual.

La ((DEL REGIMEN DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO, 2009), estableció que:

Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a finde que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones.

Al respecto (Tamayo, 2007), expresó lo siguiente:

En efecto, durante los últimos decenios, la doctrina, la jurisprudencia y la ley han establecido una serie de obligaciones expresas o subyacentes en virtud de las cuales quien suministra un bien o servicio a un adquirente está obligado a suministrarle una serie de informaciones relacionadas, unas veces con la formación del contrato y otras con el comportamiento que el adquirente debe guardar cuando esté utilizando el bien o servicio contratado. Este tipo de obligaciones a suscitado un caudal de opiniones en la doctrina y en la jurisprudencia que han impedido delinear los perfiles claros sobre su naturaleza y consecuencias. Al respecto podemos hacer las siguientes observaciones:

En primer lugar, puede haber contratos cuya obligación principal consista en suministrar al adquirente determinadas informaciones o consejos. Es lo que ocurre por ejemplo en los contratos con asesores financieros o jurídicos. (T.1. p. 75)

Por lo anteriormente descrito se puede inferir, que al estudiar la conducta o comportamiento de las entidades financieras en su relación contractual con los consumidores financieros debe partir de la noción de culpa, que se deriva o nace en el incumplimiento de sus deberes de diligencia.

La imputación de la obligación de coherencia dentro de la responsabilidad civil contractual en las instituciones financieras.

(Grande, 2017) sostiene que:

La teoría de los actos propios requiere de unos elementos esenciales para que pueda ser aplicada en una situación jurídica concreta que implique la violación al deber de coherencia. No obstante, si la conculcación de la confianza legítima del sujeto pasivo con fundamento en la doctrina de los actos propios, conlleva la causación de un daño antijurídico y de un perjuicio a su cargo, sea de índole patrimonial o extrapatrimonial, entonces el sujeto activo es civilmente responsable. (p.303)

La teoría de los actos propios es una construcción jurídica que a través del principio de la buena fe protege el deber de coherencia. Dicho deber al no ser tutelado, pudiera provocar una pérdida patrimonial en la persona que lo sufre. El contrato tiene como base relaciones de confianza: estas relaciones exigen coherencia, lealtad y cooperación entre las partes. En la medida en que exista confianza y transparencia, las partes se podrían ayudar mutuamente para conocer las circunstancias que rodean los acuerdos, los riesgos y los beneficios.

La buena fe es el fundamento ontológico de las obligaciones o prestaciones del contrato, que, conteniendo un sinnúmero de manifestaciones conductuales, son éstas las que la desarrollan. El principio de la buena fe al ser un elemento presente en todos los contratos por mandato legal, no requiere de un pacto expreso de las partes cuyo contenido sea la realización de comportamientos diligentes y cuidadosos.

La obligación de coherencia, una de las obligaciones contenidas en el principio de la buena fe, es la prestación exigible a ambas partes de la relación contractual. Así lo afirma la doctora MARIANA BERNAL, citada por (Grande, 2017): “[...] la conducta coherente se exige tanto al deudor de la prestación, que no puede adoptar conductas contradictorias para cumplir con el interés de la otra parte, como al acreedor, que no puede ser obstáculo para tal cumplimiento” (p.327). En la misma dirección (Grande, 2017) concluye que:

[...], consiste en respetar la confianza legítima suscitada en la contraparte acerca de un efecto jurídico dispuesto previamente, el cual se pretende posteriormente desconocer.

Como prestación a cargo de ambos sujetos negociales, se trata de una obligación **(i) de no hacer, (ii) accesoria, (iii) de resultado.** (p.327)

El Código Civil Colombiano al respecto establece:

Art. 1612.- **Incumplimiento de la obligación de no hacer.** Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho. Pudiendo destruir la cosa hecha y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efectos a expensas del deudor. Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso

será oído el deudor que se allane a prestarlos. El acreedor quedará de todos modos indemne.

Para la excelentísima docente de la Universidad Externado de Colombia, la doctora NEME VILLARREAL:

La buena fe integra el contenido de los contratos, aún por obligaciones no previstas por las partes y aunque las partes no lo quieran, porque es de carácter imperativo la integración.

Una de las reglas que emanan de la buena fe es la del VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET que propone una conducta que prohíbe desconocer los propios actos; es decir, que impone una obligación de **no hacer**, que a veces se despliega con obligaciones adicionales de **hacer**, en el sentido de respetar lo que se hizo por fuera del contrato o contrario al contrato, porque es que tiene esa doble faceta.

La obligación de **no hacer**, es la de no ser incoherente y la obligación de **hacer**, es justamente la de respetar la confianza legítima generada en la contraparte; es decir, como esta obligación se integra al contenido del contrato, hace parte del texto del contrato, hace parte del acuerdo negocial.

Cuando una de las partes incumple esta obligación de coherencia, está violando el contrato y por ende surge responsabilidad civil contractual, porque la fuente de la obligación es una fuente contractual y no una fuente extracontractual, ni es la buena fe en abstracto allá; porque la buena fe se concretó en una relación específica, para ese contrato, de suerte que la fuente es el contrato.

Por tanto, las partes deben actuar de buena fe y están en la obligación de cumplir además de lo acordado, con lo no previsto y todo aquello establecido por la ley, ya que garantiza el cumplimiento del acuerdo de voluntades. El reconocimiento jurisprudencial de los deberes conductuales, contribuyen a la justificación para que se predique tal observancia, que garantiza el cumplimiento de las prestaciones primarias pactadas por las partes y generando por sí mismos la responsabilidad civil contractual en caso que las partes se aparten de estos lineamientos y se genere un perjuicio a determinada parte de la relación contractual.

Los sujetos de la relación contractual deben comportarse de forma leal, honesta, coherente y diligente y por eso se obligan a cumplir con la prestación en los términos pactados, e incluso en lo no pactado, pero que guarda íntima relación con el objeto de la relación jurídica. El deber de coherencia, constituido en un deber jurídico, que debe ser cumplido por las partes en la relación contractual, su omisión en su cumplimiento por alguna de las partes, genera un comportamiento incoherente durante el iter contractual, violatorio de la confianza legítima de la contraparte afectada y sorprendida, y de generarse un perjuicio, le corresponde asumir las consecuencias del detrimento patrimonial infligido a la contraparte afectada o lesionada.

En la imputación de la responsabilidad civil contractual por el no cumplimiento del deber de coherencia se debe llevar a cabo un examen probatorio tendente a demostrar con el mayor grado de certeza que la contraparte actuó de mala fe, por cuanto afectó la confianza legítima creada en la víctima, con la realización de un comportamiento actual totalmente contradictorio a sus actos propios del pasado, en su propio beneficio y en contra de su cocontratante, produciéndole un daño, el cual debe ser reparado y/o indemnizado.

En cuanto a la información al consumidor financiero, la ((DEL REGIMEN DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO, 2009) ordena:

ARTÍCULO 9o. CONTENIDO MÍNIMO DE LA INFORMACIÓN AL

CONSUMIDOR FINANCIERO. En desarrollo del principio de transparencia e

información cierta, suficiente y oportuna, las entidades vigiladas deben informar a los consumidores financieros, como mínimo, las características de los productos o servicios, los derechos y obligaciones, las condiciones, las tarifas o precios y la forma para determinarlos, las medidas para el manejo seguro del producto o servicio, las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato, y la demás información que la entidad vigilada estime conveniente para que el consumidor comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio. En particular, la información que se suministre previamente a la celebración del contrato, deberá permitir y facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado.

La Superintendencia Financiera de Colombia deberá impartir instrucciones especiales referidas a la información que será suministrada a los consumidores financieros de manera previa a la formalización del contrato, al momento de su celebración y durante la ejecución de este, indicándole a la entidad vigilada los medios y canales que deba utilizar, los cuales deben ser de fácil acceso para los consumidores financieros.

PARÁGRAFO 1o. Previo a la celebración de cualquier contrato, las entidades vigiladas deberán proveer al potencial cliente una lista detallada, de manera gratuita, de todos los cargos o costos por utilización de los servicios o productos, tales como comisiones de

manejo, comisiones por utilización de cajeros electrónicos propios o no, costos por estudios de créditos, seguros, consultas de saldos, entre otros. Así mismo, deberán informarse los demás aspectos que puedan implicar un costo para el consumidor financiero, como sería la exención o no del gravamen a las transacciones financieras, entre otros. Adicionalmente, deberán indicar al cliente los canales a través de los cuales puede conocer y es publicada cualquier modificación de las tarifas o costos, que se pueda efectuar en desarrollo del contrato celebrado con la entidad.

De acuerdo con lo observado en las dos últimas gráficas, este artículo 9°. De la Ley en mención, o no se está cumpliendo por las entidades financieras o el trabajo se está haciendo a medias. Nuevamente nos preguntamos ¿qué está haciendo la Superintendencia Financiera, el Defensor del Consumidor y qué pasa con los Sistemas de Atención del Consumidor Financiero?

Como investigadores consideramos que las entidades financieras no están cumpliendo con las denominadas **obligaciones de lealtad**. En esa obligación de lealtad, se enmarcan como especies de la misma, las denominadas obligaciones de consejo, de información y de instrucción. Lamentablemente, nuestro sistema financiero, según los datos estadísticos que acabamos de analizar, es en lo que más están fallando. Podemos inferir, que nuestras instituciones financieras, pese a ser conocedoras del alcance de la ley y la jurisprudencia, están guardando silencio sobre circunstancias que, de haber sido conocidas por el consumidor financiero, habrían llevado a este a no contratar, a hacerlo de manera diferente o a realizar ciertas conductas que lo habrían favorecido en la formación o en la ejecución del contrato.

El fundamento legal y contractual de la obligación de lealtad lo encontramos en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio y en el 1603 de nuestra codificación Civil. Por tanto, en cada

contrato celebrado entre la entidad financiera y el consumidor financiero existe la obligación general de lealtad tanto en la formación como durante la ejecución del contrato.

El adquirente de un bien o servicio financiero deberá informar de sus necesidades a la entidad financiera, para que esta sepa cuáles son las informaciones que debe brindar al consumidor financiero. Lo que se busca es que la parte concedora no se aproveche de la ignorancia del consumidor financiero, para que este cometa errores que le perjudiquen, durante la negociación o ejecución del contrato financiero.

No son pocas las consecuencias dañinas que puede ocasionar la deslealtad precontractual y contractual de una de las partes en el contrato, sobre todo, cuando la parte desleal es la entidad financiera que conoce todas las vicisitudes del contrato, mientras que su contraparte, el consumidor financiero, es profano en estas actividades. Como esa deslealtad dañina no puede quedarse impune, lo justo y lo equitativo es que la parte desleal comprometa su responsabilidad contractual o precontractual, según el caso concreto.

7. Conclusiones

1. Cuando celebramos un acuerdo o un contrato con alguna persona natural o jurídica, esperamos de él o ella que actúe con probidad, con seriedad, con alteza y corrección en el cumplimiento de las expectativas creadas en la relación contractual; actuando siempre de acuerdo con las leyes establecidas, las buenas costumbres y la buena fe. Hacer lo contrario defrauda la confianza depositada en la persona o en la empresa con la que se contrató y dicha conducta debe ser reprimida por la sociedad y las leyes de la república.
2. Actuar en contravía a sus propios actos, sus antecedentes, su pasado, su historia, palabra empeñada, en favor de su persona o los suyos y en detrimento de los demás, es actuar de mala fe y dicha conducta debe ser sancionada, castigada, puesta entre ojos, rebatida, criticada, atacada, por la sociedad en la cual convive y defrauda.
3. Frente al tema de los requisitos para la aplicación de la doctrina de los actos propios, la Corte Suprema de Justicia Colombiana, mediante Sentencia del del 24 de enero de 2011, estableció los siguientes: I) una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular; II) que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes planteados; III) que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente; y, IV) que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio. Sin embargo, los autores de este trabajo de grado proponemos como requisitos, los que considera el excelentísimo exmagistrado de la Corte, Dr. Jaramillo, en su trabajo de grado de doctorado, en el sentido que la consideramos mucho más ajustada a la equidad que debe prevalecer en la relación

contractual y mucho más abarcadora: a) una conducta o comportamiento relevante que, por sus connotaciones, previamente, infunda, despierte o suscite una confianza legítima en el otro cocontratante; b) que irrumpa en el cosmos factual una actuación que, *a posteriori*, contrarié o menoscabe dicha confianza primigenia que objetivamente se ha mancillado – o pretendido mancillar – en consideración a una falta de coherencia respecto de una o varias conductas anteriores (acto propio); c) que exista identidad de los sujetos (emisor y receptor), y d) que haga presencia un perjuicio real o potencial.

4. La confianza legítima es la *ratio protectionis* de la institución de la doctrina de los actos propios. La confianza es la piedra de toque de la doctrina de los actos propios. En ella encontramos su esencia protectora, su explicación última; es la protección de la confianza en la que descansa la prohibición o rechazo de obrar en contra de los actos propios anteriores.
5. En la doctrina de los actos propios quien infrinja dentro de la relación contractual el deber de coherencia y como consecuencia viole la confianza legítima de su contraparte y como efecto genere un perjuicio, le corresponde asumir las consecuencias del detrimento patrimonial infringido a la víctima.
6. A medida que el Consumidor Financiero ha venido conociendo sus derechos, se han incrementado en un 45% entre los años 2010 – 2017, las quejas por parte de los consumidores. Es por esto que la Superintendencia Financiera de Colombia justifica el incremento en un 118% de las decisiones de las Entidades Vigiladas que han sido ratificadas en el marco del proceso adelantado por el Defensor del Consumidor Financiero, a la asunción de políticas y estrategias en materia de protección al Consumidor Financiero por parte de las Entidades Vigiladas.

7. Las quejas presentadas durante el año 2018 en un porcentaje del 88%, fueron ante las Entidades Vigiladas, en relación con las presentadas ante la Superintendencia Financiera de Colombia y el Defensor del Consumidor Financiero. Lo que deja entrever que aún falta educación al consumidor financiero, y que la debida atención y protección al mismo, ha sido insuficiente por parte de las Entidades Vigiladas.
8. Se evidencia la falta de información al consumidor financiero durante la etapa precontractual. Es allí, donde se debe brindar un contenido mínimo que le permita al consumidor comprender tanto el contenido como el funcionamiento de la relación a establecer en la adquisición del producto o servicio que quiere contratar, evitando así los errores, al asumir riesgos en el momento de realizar la operación o actividad contractual.
9. En lo pertinente a las entidades o establecimientos bancarios, al realizar el análisis de quejas por sector, se puede observar que éste ha presentado el mayor número de quejas con un 66%, durante el año 2018.
10. En cuanto a las quejas recibidas tanto por las Entidades Vigiladas, el Defensor del Consumidor Financiero y la Superintendencia Financiera de Colombia durante el mismo año, se pueden establecer como las de mayor número de quejas en orden descendente, las relacionadas con Revisión y/o Liquidación, Indebida Atención al Consumidor Financiero, Aspectos Contractuales (Incumplimiento y/o Modificación), Fallas en cajero, Descuentos injustificados, Cobros servicios y/o comisiones e Inadecuado suministro de información en la vinculación.
11. A pesar de que la Superintendencia Financiera de Colombia a través de la Circular 029 de 2014, estableció la prohibición de incorporar a los contratos de adhesión, 53 cláusulas abusivas y 52 prácticas abusivas por parte de las Entidades Vigiladas, entre las que se

cuentan las que prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los Consumidores Financieros, las que exoneren o atenúen los deberes y responsabilidades propias del objeto social de las Entidades Vigiladas, las que autoricen a las Entidades Vigiladas para adoptar decisiones de manera unilateral o les impongan a los Consumidores Financieros modificaciones u obligaciones adicionales a las inicialmente pactadas en el contrato y que puedan ocasionar perjuicios al Consumidor Financiero y las que afectan el equilibrio contractual o dan lugar a abuso de posición dominante contractual, se evidencia estadísticamente que hay un deficiente por no decir inexistente control y poder sancionatorio por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia hacia las Entidades Vigiladas.

12. En materia de los contratos y/o reglamentos de adhesión, la Dirección de Protección al Consumidor Financiero, a través del trámite de autorizaciones, viene realizando la revisión de las estipulaciones contractuales de tales contratos a efectos que en los mismos no se incorporen cláusulas y prácticas abusivas que vulneren los derechos del consumidor financiero, sin perjuicio de otras actuaciones in-situ y extra-situ, de las cuales a la fecha no se derivan sanciones en firme.
13. A pesar de que Colombia cuenta con la normativa de Protección al Consumidor Financiero a través de la Ley 1328 de 2009, debe ser desarrollada por la Jurisprudencia con el fin de ejercer la debida acción protectora hacia el consumidor, sin excluir esta normatividad la posibilidad acorde con la Ley 1480 de 2011 de que se aplique cuando en un mismo sujeto se presente tanto la característica de consumidor financiero como de consumidor.

14. En cuanto a las quejas recibidas tanto por las Entidades Vigiladas, el Defensor del Consumidor Financiero y la Superintendencia Financiera de Colombia durante el año 2018, se pueden establecer como las de mayor número de quejas las relacionadas con Revisión y/o Liquidación, Indebida Atención al Consumidor Financiero, Aspectos Contractuales (Incumplimiento y/o Modificación), Fallas en cajero, Descuentos injustificados, Cobros servicios y/o comisiones e Inadecuado suministro de información en la vinculación.
15. En materia de los contratos y/o reglamentos de adhesión, la Dirección de Protección al Consumidor Financiero, a través del trámite de autorizaciones, viene realizando la revisión de las estipulaciones contractuales de tales contratos a efectos que en los mismos no se incorporen cláusulas y prácticas abusivas que vulneren los derechos del consumidor financiero, sin perjuicio de otras actuaciones in-situ y extra-situ, de las cuales a la fecha no se derivan sanciones en firme.
16. El **sistema financiero** será más eficiente cuanto mayor sea el flujo de ahorro dirigido hacia la inversión y cuanto más se adapte a las necesidades y preferencias individuales de los agentes implicados. La función fundamental del sistema financiero es la de garantizar una eficaz asignación de los recursos financieros. Esto significa que el sistema financiero ha de proporcionar al sistema económico los recursos financieros necesarios y apropiados no sólo en su volumen o cuantía, sino también en su naturaleza, plazos y costes. Además, deberá: fomentar e incentivar tanto el ahorro como la inversión productiva de la economía, creación de liquidez, contribuir a la estabilidad monetaria y financiera y permitir el desarrollo de una política monetaria activa por parte de la autoridad monetaria.

17. En la interpretación de los contratos financieros celebrados entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros (estos últimos gozan de protección constitucional) al momento de llevarse a cabo la etapa de la **integración del contrato**, además de considerarse las normas: ley 142 de 1994, ley 1398 de 1993 y 1480 de 2011 que son de **carácter imperativo**, se debe tener en cuenta los principios generales de los contratos, por sobre todo el principio de la equidad y el principio general de la buena fe, la que comprende o abarca deberes sustanciales como: la prohibición de obrar en contra de los actos propios, la confianza legítima, el deber de coherencia, la lealtad, la debida diligencia, el deber de información, respetar las costumbres, etc. Todos ellos categorías basales en el desarrollo de este trabajo de investigación.
18. En los contratos de mutuo celebrados entre las entidades financieras y los consumidores financieros, por ser un contrato de tracto sucesivo, no cabe hablar de **resolución del contrato**, porque acá no es posible que se produzca el efecto retroactivo de la condición resolutoria. En estos casos la **resolución del contrato** por incumplimiento de las obligaciones del contrato toma el nombre de **terminación del contrato** y el efecto que produce es destruir sus efectos para el futuro ((*ex nunc.*), no para el pasado; porque las cosas no se pueden volver a su principio, por imposibilidad de repetir la prestación ya ejecutada.
19. La mayor parte de la doctrina coincide en afirmar que para que exista responsabilidad civil contractual es indispensable que exista culpa; pero esta culpa se da, cuando hay inejecución de la obligación. Al respecto como investigadores conceptuamos que en algunas situaciones ésta tiene un contenido puramente material, por lo que la culpa, entonces, no siempre es un requisito de la responsabilidad contractual.

20. Es importante tener en cuenta que la ley 1328 de 2009 es la encargada de regular el régimen de protección del consumidor financiero y además de manera supletiva la ley 1480 de 2011, también contribuye a la protección del consumidor financiero, en cuanto a lo no regulado en la ley 1328 de 2009. El **instituto de la responsabilidad civil**, si es que lo podemos llamar así, establece que todo daño que se le provoque al acreedor, por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato, debe ser reparado. El deudor debe responder por todos los daños y perjuicios ocasionados por su culpa, que sean previsibles o previstos al momento del nacimiento del contrato.
21. Los sujetos de la relación contractual deben comportarse de forma leal, honesta, coherente y diligente y por eso se obligan a cumplir con la prestación en los términos pactados, e incluso en lo no pactado, pero que guarda íntima relación con el objeto de la relación jurídica.
22. La teoría de los actos propios es una construcción jurídica que a través del principio de la buena fe protege el deber de coherencia. Dicho deber al no ser tutelado, pudiera provocar una pérdida patrimonial en la persona que lo sufre. La obligación de coherencia, una de las obligaciones contenidas en el principio de la buena fe, es una prestación exigible a ambas partes de la relación contractual.
23. Una de las reglas que emanan del principio de la buena fe es la del *Venire contra factum proprium non valet* que propone una conducta que prohíbe desconocer los propios actos; es decir, que impone una obligación de no hacer, que a veces se despliega con obligaciones adicionales de hacer, en el sentido de respetar lo que se hizo por fuera del contrato o contrario al contrato, porque es que tiene esa doble faceta. La obligación de no hacer, es la de no ser incoherente y la obligación de hacer, es justamente la de respetar la

confianza legítima generada en la contraparte; es decir, como esta obligación se integra al contenido del contrato, hace parte del acuerdo negocial.

24. En la imputación de la responsabilidad civil contractual por el no cumplimiento del deber de coherencia se debe llevar a cabo un examen probatorio tendente a demostrar con el mayor grado de certeza que la contraparte actuó de mala fe, por cuanto afectó la confianza legítima creada en la víctima, con la realización de un comportamiento actual totalmente contradictorio a sus actos propios del pasado, en su propio beneficio y en contra de su cocontratante, produciéndole un daño, el cual debe ser reparado y/o indemnizado.
25. Como se pudo observar, según los datos suministrados por la Superintendencia Financiera de Colombia, son los Establecimientos Bancarios, las Compañías de Financiamiento y las Compañías de Seguros las que registran tanto en el año de 2017 como 2018 el mayor número de quejas y reclamos, con algo más del 90% del total de quejas y reclamos de los consumidores financieros y son precisamente aquellas, donde acude el mayor número de consumidores financieros de estratos más bajos de la economía nacional. Como investigadores nos preguntamos: ¿qué estará haciendo la Superintendencia financiera? ¿qué estará haciendo el Defensor del consumidor Financiero? ¿qué pasará con el Sistema de Atención al Consumidor Financiero? Luego de 10 años, parece que no funcionan o se ¿quedaron cortos? O les ¿faltan dientes?
26. Como investigadores consideramos que las entidades financieras no están cumpliendo con las denominadas **obligaciones de lealtad**. En esa obligación de lealtad, se enmarcan como especies de la misma, las denominadas obligaciones de consejo, de información y de instrucción. El fundamento legal y contractual de la obligación de lealtad lo

encontramos en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio y en el 1603 de nuestra codificación Civil. Por tanto, en cada contrato celebrado entre la entidad financiera y el consumidor financiero existe la obligación general de lealtad tanto en la formación como durante la ejecución del contrato. Como esa deslealtad dañina no puede quedarse impune, lo justo y lo equitativo es que la parte desleal comprometa su responsabilidad contractual o precontractual, según el caso concreto.

27. El propósito principal de la aplicación de la doctrina de los actos propios, consiste en evitar la incursión de un perjuicio; evitar que este se siga cometiendo o propagando; o disminuir sus efectos, entre otras posibilidades. Toda vez que a raíz de la aparición de una o de varias conductas incoherentes, se altera la confianza legítima y racional, depositada en el cocontratante.
28. La doctrina de los actos propios es un medio para evitar el accionar judicial de una parte contractual, que ha defraudado la confianza en su contraparte por una conducta que la podemos calificar de dolosa. Con esta herramienta de defensa no buscamos, ni está constituida para solicitarle al juez el resarcimiento de los daños irrogados. Sin embargo, esto no significa que por otros medios no podamos exigir el amparo, protección y pago de los daños causados por la conducta incoherente de quien nos provocó un daño.

8. Referencias

(s.f.).

Agudelo, M. (2002). El derecho desde una actitud humanista. *Revista de derecho de la Universidad del Norte*, 86-117. Obtenido de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2989/2066>

- Álvarez, J., & Herrera, B. (2016). Contrato por adhesión y relación de consumo en el Estatuto del consumidor Colombiano. *Ciencias Sociales*, 166-178.
- Baena, D., Hoyos, H., & Ramirez, J. (2016). *Sistema Financiero Colombiano*. Bogota Colombia: Ecoe Ediciones Ltda.
- BERNAL, M. (2008). *El deber de coherencia en los contratos y la regla del Venire contra Factum Proprium*. Recuperado el 2018, de redalyc:
<https://www.redalyc.org/pdf/824/82420293009.pdf>
- Bernal, M. (2010). *La doctrina de los actos propios y la interpretación de los contratos*. Bogotá: Vniversitas. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n120/n120a11.pdf>
- Bernal, M. (2010). *LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO*. Recuperado el 2018, de Scielo:
<http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n120/n120a11.pdf>
- Bianca, C. M. (2007). *Derecho Civil* (2 ed.). (F. Hinestrosa , & E. Cortés, Trads.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Blanco, G. (2010). *De la interpretación legal a la interpretación constitucional*. Bogotá, Colombia: Grupo Editoria Ibañez.
- Bustamante, C., & Palomino, S. (2001). *Terminación de Contrato* . Recuperado el 2018, de Universidad de la Sabana :
<https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5301/129827.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Canosa Torrado, F. (2013). *La resolución de los contratos* (6 ed.). Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.
- Código Civil, LEY 84 DE 1873 (EL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA 28 de 5 de 2019).
- Código Civil Aléman, Art. 242 BGB (Tribunal Constitucional 01 de Enero de 1900).
- CÓDIGO CIVIL DE LA UNION. , LEY 84 DE 1873 (El Congreso de los Estados Unidos de Colombia 23 de 5 de 1873).
- Código Civil Español, Art. 597 (Ministerio de Gracia y Justicia 24 de Julio de 1889).
- Código Civil Italiano, Articulo 1448 (Corte Constitucional Italiana 16 de Marzo de 1942).
- Código civil, art. 1495, Código Civil Colombiano (1887).
- Código Civil, art. 1546, Articulo 1546 (Congreso de Colombia p de p de 1887).

Código de Comercio , DECRETO 410 DE 1971 (EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 27 de 3 de 1971).

Código de Comercio, Decreto 410 (Congreso de Colombia 16 de Junio de 1971).

Colombia, C. C. (2000). Sentencia C-1141. (M. P. Muñoz, Ed.) Bogota D.C.

Colombia, S. F. (2014). <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/10083444>.

Colombia, S. F. (2016). *Entidades Vigiladas Defensores y SFC*. Bogota D.C.

Colombia, S. F. (2016). *Informacion General Sentido Consolidado* . Bogota D.C.

Colombia, S. F. (2017). Obtenido de <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/analisis-sectoriales-sobre-estadistica-de-quejas-de-los-cf-10083856>

Colombia, S. F. (Marzo de 2017). <https://www.superfinanciera.gov.co/Isp/buscador/busqueda/buscadorArchivos/idRecurso/1023745/f/0/c/00#>.

Colombia, S. F. (2017). *Quejas de los CF*. Bogota D.C.

Colombia, S. F. (2018). <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/11129>.

Colombia, S. F. (2018). *Quejas Recibidad EV, DCF, SFC*. Bogota D.C.

Colombia, S. F. (24 de agosto de 2018). Respuesta Final de Consultas Especificas. Bogota D.C: Mercedes Peña Parra.

Colombia, S. F. (s.f.). <https://www.superfinanciera.gov.co/isp/20821>.

Congreso de Colombia (18 de diciembre de 1990).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 16492, Sentencia 16492 (Consejo de Estado 24 de Enero de 2011).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 34158, Sentencia 34158 (Consejo de Estado 07 de Septiembre de 2015).

Const. 1991, art. 4, artículo 4 (Constitución Política de Colombia).

Constitucional, C. (2009). Sentencia C-749. (M. P. Silva, Ed.)

Corral Talciani, H. (2010). *La raíz histórica del aldagio "Venire contra factum proprium non valet"*. Bogotá: En Corral Talciani. Obtenido de <https://core.ac.uk/download/pdf/46752030.pdf>

Corte Constitucional, Sentencia T- 475, (29 de Julio de 1992).

- Corte Constitucional, Sentencia T-295, (104 de Mayo de 1999).
- Corte Constitucional, Sentencia C-836, (Corte Constitucional 09 de Agosto de 2001).
- Corte Constitucional, Sentencia T-366, (10 de Mayo de 2002).
- Corte Constitucional, Sentencia C-131, (19 de Febrero de 2004).
- Corte Constitucional, Sentencia C-749. Mp. Luis Ernesto Vargas Silva (21 de Octubre 2009)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-909 (2012).
- Corte Constitucional, Sentencia T-122, (26 de Marzo de 2015).
- Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, CSJ 15 Noviembre (Corte Suprema de Justicia 15 de Noviembre de 1936).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, CSJ 31 de mayo de 1938 (Corte Suprema de Justicia 31 de Mayo de 1938).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Casación del 05 de Noviembre de 1979 (Corte Suprema de Justicia 05 de Noviembre de 1979).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 2001-00457-01, Expendiente 2001-00457-01 (24 de Enero de 2011).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC 11287, Sentencia SC 11287 (17 de Agosto de 2016).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, SC 23072018 (11001310302420030069001), SC 23072018 (11001310302420030069001) (26 de Junio de 2018).
- Decreto 4327, (Ministerio de Hacienda y Credito Público 26 de Noviembre de 2005).
- Decreto 663. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 (Presidencia de la República de Colombia 02 de Abril de 1993).
- DEL REGIMEN DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO., LEY 1328 DE 2009 (CONGRESO DE LA REPÚBLICA 15 de 7 de 2009).
- Diez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos de derecho civil patrimonial* (Vol. III). Pamplona: Thomson-Civitas.
- Dueñas, R. (01 de Junio de 2008). *Introducción al sistema financiero y bancario*. Obtenido de Politécnico Grancolombiano: <https://crear.poligran.edu.co/publ/00008/SFB.pdf>

- Ekdahl, M. F. (1989). *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Estatuto del Consumidor , LEY 1480 DE 2011 (EL CONGRESO DE COLOMBIA, 12 de 10 de 2011).
- Facco, J. H. (2017). *Vicisitudes de la buena fe negocial. Reflexiones histórico- comparativas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Financiera, S. (2017, Parte I T III Cap II). Circular Externa 008. Bogota D.C.
- Giraldo, J. (2013). *Metodología y técnica de la investigación bibliográfica*. Open Library. Recuperado el 2018, de https://openlibrary.org/works/OL15670622W/Metodolog%C3%ADa_y_t%C3%A9cnica_de_la_investigaci%C3%B3n_bibliogr%C3%A1fica
- Giraldo, J. (2013). *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Giraldo, J. (2015). *APORTES SOBRE EL ORIGEN DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA, SU PERSISTENCIA Y SUS IMPACTOS*. Recuperado el 2018, de Centro Nacional de Memoria histórica : <http://www.centrodehistoriahistorica.gov.co/descargas/comisionPaz2015/GiraldoJavier.pdf>
- Grande, L. (2015). *Teoría de los actos propios: Razón jurídica para la responsabilidad civil contractual por violación de la buena fe.* . Recuperado el 2018, de Universidad Industrial de Santander: <http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2015/156279.pdf>
- Grande, L. (2017). *Teoría de los actos Propios. razón jurídica para la responsabilidad civil contractual por violación de la buena fé*. Bogotá: Leyer Editores.
- Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*. (Vol. 2). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Jaramillo, C. I. (2012). *La doctrina de los actos propios en el ámbito contractual. Significado y proyección de la regla Venire contra factum proprium non valet (tesis doctoral)*. Salamanca, España: Universidad de Salamanca. Obtenido de https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/123004/1/DDP_carlosjaramillo_doctrinaActosContractual.pdf
- Jaramillo, C. I. (2014). Interpretación, calificación e integración del contrato. Los tres eslabones del proceso de análisis, validación y revelación contractual. En C. I. Jaramillo, E. González, Ë. Cortés, & F. Navia (Edits.), *Hinestrosa, Estudios de derecho civil. En memoria de Fernando* (págs. 171-247). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Kennedy, J. (1962). “*Consumidores somos todos*”. Recuperado el 2018, de Jaen :
http://www.aytojaen.es/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2_13065_1.pdf
- Ley 45, Artículo 92 (Instituciones financieras), Superfinanciera (Congreso de Colombia 18 de Diciembre de 1990).
- Ley 446, Ley 446 (Congreso de Colombia 07 de Julio de 1998).
- Ley 454, (Congreso de Colombia 04 de Agosto de 1998).
- Ley 510, (Congreso de Colombia 03 de Agosto de 1999).
- Ley 1748, Ley 1748 (Congreso de Colombia 26 de Diciembre de 2014). Lupini, R. (2015). *La doctrina de los actos propios y su aplicación en Venezuela. (Venire contra factum proprium non valet)*. Caracas, Venezuela: Create Space. Obtenido de
https://www.academia.edu/12446410/La_Doctrina_de_los_Actos_Propios_y_su_Aplicaci%C3%B3n_en_Venezuela
- Mesa, A. (2013). *El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima. Hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia* . Recuperado el 2018, de Universidad de Antioquia :
http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/9808/1/MesaAndres_2013_ElprincipioBuenafeConfianza.pdf
- Miñoz, D., & Oyarzún, N. (2017). *LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DESDE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO*. Recuperado el 2018, de Repositorio de la Universidad de Chile :
<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146821/La-interpretaci%C3%B3n-de-los-contratos-desde-la-teor%C3%ADa-de-los-actos-propios-y-el-an%C3%A1lisis-econ%C3%B3mico-del-derecho.pdf?sequence=1>
- Monsalve, Á., & Valencia, A. (2016). *Derecho Civil Tomo 1: Parte general y personas*. Recuperado el 2018, de Editorial temis:
<http://www.editorialtemis.com/Temis/Contenidos/01-000-0111.pdf>
- Neme, M. L. (2010). *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ospina, G., & Ospina, E. (2016). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (7 ed.). Bogotá: Temis.
- Ossorio, M. (2008). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE, Sentencia C-1194/08 (CORTE CONSTITUCIONAL Agosto de 1932).

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN LA CONSTITUCION POLITICA, Sentencia C-459/04 (Corte Constitucional de Colombia 6 de 8 de 1998).

REGIMEN DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO., LEY 1328 DE 2009 (CONGRESO DE LA REPÚBLICA 15 de 7 de 2009).

sfc. (2018). *Información relevante*. Recuperado el 2019, de Superintendencia Financiera de Colombia: <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/informacion-relevante-61446>

sfc. (2018). *Quejas contra entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia*. Recuperado el 2018, de Superintendencia Financiera de Colombia : <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/quejas-contra-entidades-vigiladas-por-la-superintendencia-financiera-de-colombia-20650>

Superintendencia Financiera de Colombia. (2010-2017). *Comportamiento de Quejas Presentadas (Consolidado) Establecimiento Bancarios Vs Total Quejas*. Bogota D.C.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2018). *Superintendencia Financiera de Colombia*. Recuperado el 22 de Abril de 2019

Superintendencia Financiera de Colombia. (2010-2017). *Comportamiento de Quejas Presentadas (Consolidado) Establecimiento Bancarios Vs Total Quejas*. Bogota D.C.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2018). *Superintendencia Financiera de Colombia*. Recuperado el 22 de Abril de 2019

Tamayo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Bogotá: Legis Editores S.A.

Turuchina, J. (2016). *La teoria de la apariencia* . Recuperado el 2018, de Academia: http://www.academia.edu/9704862/La_teor%C3%ADa_de_la_apariencia

Valbuena, G. (2008). *La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Woolcott, O. (2017). *La Protección del Consumidor Bancario: Examen de Sus Fundamentos y Problemas Actuales Desde Una Perspectiva de Derecho Comparado*. Bogota D.C: Grupo Editorial Ibáñez.

Zapata, J., Londoño, A., Gómez, D., Osorio, F., Ladino, L., Velásquez, S., . . . Sierra, S. (2016). *Sanciones jurídicas a la estipulación de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión*

en Colombia. Recuperado el 2018, de Scielo:
<http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v7n2/v7n2a04.pdf>

9. ANEXOS

Anexo 1. Consulta de los Investigadores a la Superintendencia Financiera de Colombia

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA




Radicación: 2018090902-002-000
 Fecha: 2018-08-24 16:29 Sec: día 1586
 Anexos: No
 Trámite: 116-CONSULTAS ESPECÍFICAS
 Tipo doc: 39-RESPUESTA FINAL E
 Remite: 52071-GESTOR DE SUPERVISIÓN, PUBLICIDAD Y EDUCACIÓN FINANCIERA
 Destinatario: 51760949-GLORIA ARROYAVE VERA

Doctor
 GLORIA ARROYAVE VERA
 ARROGLO@YAHOO.COM
 CALLE 37 A N. 15-68 BARRIO MADRIGAL

Villavicencio (META)

Número de Radicación : 2018090902-002-000
 Trámite : 116 CONSULTAS ESPECÍFICAS
 Actividad : 39 RESPUESTA FINAL E
 Expediente : IQ2018071330497
 Anexos :

Respetada señora Gloria:

De manera atenta, nos referimos a su comunicación radicada en esta Superintendencia (SFC) con el número de la referencia, mediante la cual realiza, para fines académicos, los siguientes interrogantes:

1. Cuáles son los estándares de revisión del contrato de adhesión o visto bueno para la aprobación de este formato?

Sobre el particular, sea lo primero manifestar que la consulta se atiende desde el punto de vista de las funciones asignadas a la Delegatura de Protección al Consumidor financiero y Transparencia en el Decreto No. 1848 de 2016.

En general, respecto de los contratos de adhesión, el numeral 4 del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), establece:

"Aprobación previa del modelo de contrato. Los modelos respectivos, en cuanto estén destinados a servir como base para la celebración de contratos por adhesión o para la prestación masiva del servicio, serán evaluados previamente por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) al igual que toda modificación o adición que pretenda introducirse en las condiciones generales consignadas en los mismos" (Cursiva fuera de texto)

Ahora de conformidad con lo dispuesto en el literal f) del artículo 2º de la Ley 1328 de 2009, define los contratos de adhesión, así:

"Contratos de adhesión: Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad".

Calle 7 No. 4 - 49 Bogotá D.C.
 Conmutador: (571) 5 94 02 00 – 5 94 02 01
www.superfinanciera.gov.co

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Así mismo, cabe señalar que la revisión de las estipulaciones de los contratos de adhesión, desde la competencia mencionada, tiene por finalidad procurar la protección de los derechos de los consumidores financieros a efectos de velar porque las estipulaciones contractuales se ajusten al régimen de protección de los derechos del consumidor financiero contemplado principalmente en la Ley 1328 de 2009, Decreto 2555 de 2010, la Circular Externa 029 de 2014, entre otras disposiciones que resulten aplicables

Por su parte, las entidades vigiladas por esta Superintendencia deberán presentar ante esta Superintendencia, para la evaluación que le compete, los modelos de contrato de adhesión y/o de prestación masiva de servicios que pretendan implementar o sus modificaciones o adiciones.

En cuanto al trámite de autorizaciones para la aprobación de los modelos de contratos y/o reglamentos de adhesión de las instituciones financieras, se puede consultar en la página www.superfinanciera.gov.co/interesdelvigilado/tramites/tramitesquerequierenaautorización.

2. Cuáles son las principales cláusulas abusivas que más se practican en el contrato de adhesión?

En cuanto a la regulación de las cláusulas abusivas, esta se encuentra contemplada de manera particular en la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2555 de 2010 y la Parte I - Título III – Capítulo I, de la Circular Externa 029 de 2014, y las demás normas que modifiquen o adicionen, las cuales puede consultar en la página web anotada, link **NORMATIVA/NORMATIVA GENERAL**.

3. Qué mecanismos están aplicando y cuántas han sido las sanciones para estos casos?

Al respecto, cabe precisar que la Delegatura para Protección al Consumidor Financiero y Transparencia se creó mediante el Decreto 1848 del 15 de noviembre de 2016, con funciones de supervisión y facultades sancionatorias, y su organización y funcionamiento se produjo a partir del 9 de febrero de 2017.

A la fecha de la consulta, no existen sanciones en firme por concepto de la implementación y funcionamiento del Sistema de Atención al Consumidor Financiero – SAC.

En materia de los contratos y/o reglamentos de adhesión, la Dirección de Protección al Consumidor Financiero, a través del trámite de autorizaciones, viene realizando la revisión de las estipulaciones contractuales de tales contratos a efectos que en los mismos no se incorporen cláusulas y prácticas abusivas que vulneren los derechos del consumidor financiero, sin perjuicio de otras actuaciones in-situ y extra-situ, de las cuales a la fecha no se derivan sanciones en firme.

Sin embargo, puede consultar las sanciones en firme que de tiempo atrás han sido impuestas a entidades financieras por vulnerar derechos a los consumidores financieros, consultando en la página mencionada, parte inferior de la portada, link **"SANCIONES"**.

En la medida que resulte de su interés, en la misma página encontrará mayor información especializada en relación con las actividades, normatividad, conceptos, etcétera.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En materia de la jurisprudencia expedida dentro de los procesos adelantados por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales con ocasión de acciones presentadas por los consumidores financieros en contra de las entidades vigiladas por esta Superintendencia, las mismas pueden ser consultadas ingresando a la página web de esta Superintendencia, www.superfinanciera.gov.co/CONSUMIDORFINANCIERO/JURISPRUDENCIASUPERINTENDENCIAFINANCIERADECOLOMBIA.

De esta manera dejamos atendido el objeto de su consulta, con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,



NOHORA MERCEDES PEÑA PARRA
92078-ESPECIALISTA DE SUPERVISIÓN, PUBLICIDAD Y EDUCACIÓN FINANCIERA
GESTOR DE SUPERVISIÓN, PUBLICIDAD Y EDUCACIÓN FINANCIERA

Copia a:

Elaboró:
NOHORA MERCEDES PEÑA PARRA

Revisó y aprobó:
NOHORA MERCEDES PEÑA PARRA

Anexo 2. Evolución Histórica de la doctrina de los actos propios

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS	
EN EL DERECHO ROMANO ANTIGUO.	<p>Es en la compilación de Justiniano conocida como el <i>Corpus iuris Civiles</i> en donde podemos abreviar varios de los ejemplos de casos específicos donde encontramos los antecedentes que contribuyeron al nacimiento y posterior evolución de la doctrina de los actos propios.</p> <p>Desde la época del derecho romano se viene utilizando la regla del <i>Venire contra factum proprium</i>, según la cual nadie puede cambiar su propio designio en perjuicio de otro. Se atribuye a Ulpiano, la solución de un caso concreto en el cual se puede apreciar que, por primera vez, que aplicó el tema de los actos propios.</p> <p>Dicho caso se encuentra condensado en el Digesto (1.7.25). Ulpiano se enfrenta al problema de un padre de familia que había emancipado a su hija en presencia de testigos y luego de muerta ésta, pretende dejar sin efecto la emancipación. Dicha conducta, más que abusiva y contraria a la equidad, es contradictoria con la anterior conducta suya, que pretende desconocer.</p>
EN EL DERECHO INTERMEDIO.	<p>Una vez Justiniano se consolidó como emperador de Constantinopla, se propuso dentro de una de sus metas, ordenar la compilación de toda la producción jurídica del Derecho romano clásico, la cual se encontraba dispersa, encargando de esta tarea a prestantes juristas del momento, a órdenes de Triboniano; tarea que terminó en el año 533 de nuestra era. Éste trabajo dio origen al Digesto o Pandecta, el cual haría parte del <i>Corpus iuris civilis</i> junto con las <i>novellae</i>, el <i>Codex iustinianus</i> y las <i>Institutiones</i>.</p> <p style="text-align: center;">Escuela de los glosadores</p> <p>Los glosadores realizan una doble tarea: de exégesis y de síntesis, agrupando textos y tratando de obtener reglas comunes. Como consecuencia de estas operaciones surgen las <i>summae</i> y los <i>brocardos</i>. La regla del <i>venire contra factum proprium non valet</i> es uno de estos brocardos.</p> <p>Los glosadores, al comentar los textos recopilados por Justiniano, van madurando la idea de que no es posible contradecir los actos propios. Dicha regla de ir contra los actos propios, es producto del trabajo del glosador Azón, el más célebre de los glosadores.</p> <p style="text-align: center;">Escuela de los comentaristas</p> <p>Este grupo de estudio perteneciente a la universidad de Perugia, generó uno de los aportes más importantes a la teoría de los actos propios; mereciendo mención especial Baldo Degli Ubaldi y Bartolo da Sassoferrato.</p> <p>Bartolo de Sassoferrato explica que, si las conductas que provocan confianza en el sujeto receptor si el hecho no era prohibido por la ley, se puede aplicar la restricción a la contradicción de sus propios actos; si, por el contrario, es prohibido por la ley, es lícito revocar los efectos de su propia conducta.</p>
EN EL DERECHO	<p>Durante este período se hizo énfasis por una lectura más pura del Derecho romano clásico, con un espíritu más crítico, abierto y racionalista; perdiendo autoridad e importancia los Glosadores y los Comentaristas de la edad media.</p> <p>Con el advenimiento del humanismo se propició una mayor libertad y apertura en la construcción del pensamiento jurídico, incluida la categoría del contrato y su fuerza vinculante, lo que trajo como consecuencia que la regla del <i>venire contra factum proprium non valet</i> perdiera protagonismo.</p> <p>Jean Domat en su obra titulada <i>Les loix civiles dans leur ordre naturel</i>, se ocupa entre otros asuntos de la <i>ratio</i> de la coherencia en sede contractual. Lo hizo a partir de recrear los más preclaros y nobles sentimientos del ser humano.</p> <p>El jurista alemán Johann Christoph Schacher, autor de la primera monografía dedicada a examinar la doctrina de los actos propios titulada "<i>De impugnacione facti proprii</i>", sostiene como regla general y en directa sincronía con la Escuela de Derecho Natural, que nadie puede retractarse de lo que uno mismo ha lícitamente realizado.</p>

MODERNO.	
EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO	<p style="text-align: center;">a) La Revolución Francesa:</p> <p>La Revolución Francesa conocida por sus postulados y valores resaltó la libertad individual, la igualdad entre los hombres y la fraternidad. La Revolución Francesa trajo consigo la implementación del Estado de Derecho, una institución política organizada, jerárquica, tripartita, bajo el imperio de la ley y el poder en cabeza del pueblo. En desarrollo de su ideología se fomenta el individualismo; el liberalismo social, político, económico y jurídico; la voluntad privada adquiere un papel protagónico; y se le rinde culto a la propiedad privada.</p> <p style="text-align: center;">b) La codificación del Derecho:</p> <p>La Codificación representó una revolución frente a las concepciones jurídicas anteriores. La codificación del Derecho fue un fenómeno histórico, cultural y espiritual de Occidente y representó una revolución en la forma o manera de concebir y presentar lo jurídico frente a la concepción jurídica de épocas anteriores. Este movimiento codificador vio reflejado sus esfuerzos en la producción del Código Civil de Francia en 1804 (Código de Napoleón): un libro “breve, asible, tenible, entendible por el común de las personas, sistemático, expresado en sentencias concisas que se llaman artículos.</p> <p>¿Qué pasó con la doctrina de los actos propios durante la época contemporánea? Explica Corral (2010) que: “El movimiento codificador [...], no recogió expresamente la formulación del principio, quizás por la desconfianza hacia el poder de los jueces y la libertad que les proporcionan las reglas excesivamente genéricas o discrecionales” Sin embargo, algunas luces podemos observar en los artículos 1059 del Código Civil Italiano y el artículo 597 del Código Civil Español. En Alemania el Art. 242 del BGB dispone que “el deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico”. La teoría también ha sido acogida por doctrinantes y la jurisprudencia de otros países como: Grecia, Bélgica, Argentina, Brasil, Chile y en los últimos años Colombia. En Francia y en los países anglosajones, la doctrina de los actos propios no ha tenido mucha aceptación.</p>

Fuente: Elaboración propia de los investigadores

Anexo 3. Requisitos para la aplicación de los actos propios en Colombia

REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LOS ACTOS PROPIOS EN COLOMBIA	
MARIANA BERNAL	A) Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz; B) el ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción – atentatoria de la buena fe – existente entre ambas conductas; C) la identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	I) Una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular; II) Que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes planteados; III) Que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente; y, IV) Que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio. (Sentencia del 24 de enero de 2011)

LUKAS GRANDE JIMÉNEZ	A) La existencia de una primera conducta en el tiempo, capaz de crear, modificar o extinguir el objeto de una relación jurídica; B) El ejercicio posterior de una facultad jurídica que, vista objetivamente, supone una contradicción con la conducta primigenia; y C) La identidad de los sujetos que integran una relación de Derecho.
CARLOS IGNACIO JARAMILLO	<p style="text-align: center;">La existencia de una conducta relevante, inequívoca y objetiva.</p> <p>Es indispensable en primer lugar que en el contexto se efectuó una conducta o un comportamiento con trascendencia jurídica al interior de la relación contractual, incluso desde el momento de su formación.</p> <p>Dicha conducta ha de ser relevante, idónea, pertinente, que esté llamada a tener incidencia.</p> <p>Tal conducta debe ser anterior o previa al acto incoherente o contradictorio. Debe ser valorada objetivamente; ella es la brújula que debe guiar la tutela conferida, el centro de gravedad de cualquier decisión.</p> <p style="text-align: center;">El surgimiento de una conducta ulterior de carácter contradictorio.</p> <p>En segundo lugar, es necesario que nazca en la relación contractual, <i>a posteriori</i>, una actuación, un hecho jurídico que lesione la confianza primigenia depositada, la cual, objetivamente, fue objeto de quebrantamiento en atención a la falta de coherencia en relación con la o las conductas anteriores.</p> <p>Es su conducta pasada el punto de referencia para elaborar el cuadro comparativo entre los dos extremos de la relación contractual: el antes <i>Vs.</i> después, entre lo acontecido <i>ex ante</i> y lo sucedido <i>ex post</i>. La confianza suscitada, ata, liga o vincula. Por lo tanto, en la relación contractual se debe actuar de manera estable, firme, coherente con mis actos pasados; una conducta contraria estaría defraudando la confianza legítima.</p> <p style="text-align: center;">Identidad de sujetos.</p> <p>Para que sea factible la aplicación de la doctrina de los actos propios a un caso en concreto, frente a este tercer requisito, es necesario demostrar que el sujeto activo, es decir la parte que interpone la acción, frente a una conducta pasada, <i>factum proprium</i>, generadora de expectativas y de confianza en la contraparte, sea la misma persona natural o jurídica que ante un <i>factum novum</i>, totalmente contradictorio e incoherente respecto a su comportamiento anterior o pasado, generador de dudas, incertidumbre y desconfianza y que además la persona natural o jurídica pasiva (demandada) sea la misma.</p> <p style="text-align: center;">Existencia de un perjuicio real o potencial.</p> <p>Esta cuarta formalidad para que sea posible la aplicación de la doctrina de los actos propios, tiene que ver con la exigencia de que se le provoque un daño, lesión, perjuicio o alteración al sujeto pasivo o destinatario, como consecuencia del cambio de conducta repentino del sujeto activo y por lo tanto defraudando su confianza legítima y racional.</p> <p>Basta con que el perjuicio sea meramente potencial: una amenaza de afectación, de lesión, o alteración, puede ser apto o idóneo para que sea procedente la inadmisión o rechazo de la pretensión; estamos frente a una afectación <i>in potencia</i> de interés jurídico digno de ser tutelado, por la administración de justicia.</p>

Fuente: Elaboración propia de los investigadores

Anexo 4. Entidades de Control y Apoyo al sistema financiero Colombiano

ENTIDADES DE CONTROL Y APOYO AL SISTEMA FINANCIERO COLOMBIANO	
	<p>Art. 150.- Corresponde al congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:</p> <p>19º.) Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:</p> <p>a) Organizar el crédito público.</p> <p>b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la junta directiva del Banco de la República.</p>

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.	<p>c) Modificar, por razones de política comercial, los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;</p> <p>d) Regular las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;</p> <p>e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública;</p> <p>f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.</p> <p>21°.) Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.</p> <p>22°.) Expedir las leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que le compete a su junta directiva.</p> <p>23°.) Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos. (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, ART. 150)</p>
MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.	<p>Tiene como objetivo la definición, formulación y ejecución de la política económica del país, de los planes generales, programas y proyectos relacionados, así como la preparación de las leyes, decretos y regulación, en materia fiscal, tributaria, aduanera, de crédito público, presupuestal, de tesorería, cooperativa, financiera, cambiaria, monetaria y crediticia, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a la Junta Directiva del Banco de la República.</p> <p>Tiene entre otras las siguientes funciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Encargada de intervenir en las actividades financieras y aseguradora de conformidad con los criterios emanados en la Ley 35 de 1993 y la Ley 964 de 2005. • Participa en la regulación de las actividades bancarias y demás entidades financieras en coordinación con la Superintendencia Financiera o la Superintendencia de Economía Solidaria (artículo 3°. Del Decreto 246 de 2004).
FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS (FOGAFÍN)	<p>El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – FOGAFÍN es una autoridad financiera adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargada de proteger los ahorros de los ciudadanos depositados en bancos, corporaciones financieras, compañías de financiamiento, sociedades especializadas en depósitos electrónicos (SEDPES) y en el Fondo Nacional del Ahorro que, por obligación, están inscritos en Fogafín.</p> <p>Para proteger los ahorros del público y, con ello velar por la estabilidad del sector financiero, Fogafín aplica de ser necesario, diferentes operaciones de apoyo a sus entidades inscritas para reducir o minimizar los efectos adversos de situaciones de crisis en el sistema Financiero; administra el Seguro de Depósitos y lo paga a los ahorradores de una entidad inscrita en caso que la misma entre en liquidación; así mismo, realiza seguimiento a las entidades financieras en toma de posesión y en liquidación.</p>
BANCO DE LA REPÚBLICA.	<p>Misión: Contribuir al bienestar de los colombianos mediante la preservación del poder adquisitivo de la moneda, el apoyo al crecimiento económico sostenido, el aporte a la estabilidad financiera, el buen funcionamiento de los sistemas de pago y la adecuada gestión cultural.</p> <p>El Banco de la República es un órgano del Estado de naturaleza única, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, que ejerce las funciones de banca central.</p> <p>Las funciones especiales asignadas al Banco comprenden la de regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito, emitir la moneda legal colombiana, administrar las reservas internacionales, ser prestamista y banquero de los establecimientos de crédito y servir como agente fiscal del Gobierno. Como parte de sus funciones, el Banco también contribuye a la generación de conocimiento y a la actividad cultural del país.</p>

<p>SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.</p>	<p>Naturaleza Jurídica: La Superintendencia Financiera de Colombia, es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio.</p> <p>El Presidente de la República, de acuerdo con la ley, ejercerá a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.</p> <p>La Superintendencia Financiera de Colombia tiene por objetivo supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como, promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados.</p> <p>La Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) tiene entre sus competencias, ejercer funciones de vigilancia, inspección y control de quienes realizan la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo o inversión de recursos recibidos (captados) del público.</p> <p>Tiene como misión preservar la confianza pública de los ciudadanos y la estabilidad del sistema financiero, mantener la integridad, eficiencia y transparencia del mercado de valores y demás activos financieros y velar por el respeto de los derechos de los consumidores financieros.</p>
---	---

Fuente: Elaboración propia de los investigadores

Anexo 5. Entidades que hacen parte del Sistema Financiero Colombiano

<p>ENTIDADES QUE HACEN PARTE DEL SISTEMA FINANCIERO COLOMBIANO</p>	
<p>Hacen parte del Sistema Financiero aquellas entidades que se encargan de prestar servicios y facilitar el desarrollo de múltiples operaciones financieras y comerciales.</p>	
<p>ESTABLECIMIENTOS DE CRÉDITO</p>	<p>De acuerdo con el artículo 92 de la Ley 45 de 1990, se consideran establecimientos de crédito las instituciones financieras cuya función principal consiste en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito.</p> <p>Los establecimientos de crédito comprenden las siguientes clases de instituciones financieras: establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras.</p>
<p>SOCIEDADES DE CAPITALIZACIÓN.</p>	<p>Según el Decreto 663 de 1993, en sus artículos 4º. Y 36º. Las sociedades de capitalización son instituciones financieras cuyo objeto consiste en estimular el ahorro mediante la constitución, en cualquier forma, de capitales determinados, a cambio de desembolsos únicos o periódicos, con posibilidad o sin ella de reembolsos anticipados por medio de sorteos.</p>
<p>SOCIEDADES DE SERVICIOS FINANCIEROS.</p>	<p>Son sociedades de Servicios Financieros: las Sociedades Fiduciarias, los Almacenes Generales de Depósito, las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías y las Sociedades de Intermediación Cambiaria y de Servicios Financieros Especiales, las cuales tienen por función la realización de las operaciones previstas en el régimen que regula su actividad, las cuales tienen como función la realización de las operaciones previstas en el régimen legal que regula su actividad.</p>
<p>LA BOLSA DE VALORES.</p>	<p>La Bolsa de Valores de Colombia (BVC) administra los sistemas de negociación y registro de los mercados de acciones, renta fija, derivados, divisas, OTC y servicios a emisores. Actúa como plataforma en la que intermedian inversionistas y entidades que necesitan capital. La BVC es una entidad privada constituida como sociedad anónima y cuyos accionistas son las Sociedades Comisionistas de Bolsa.</p>
	<p>Son instituciones financieras que no tienen trato directo con los usuarios de los créditos que son otorgados normalmente a través de líneas especiales.</p>

ENTIDADES ESPECIALES	<p>Su régimen de propiedad es público o estatal en razón a que tiene como finalidad apoyar a aquellos sectores productivos prioritarios de la economía y a los segmentos empresariales que por sus condiciones están limitados para acceder al mercado y requieren de un servicio de fomento especializado.</p> <p>Éstos son: Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (FINDETER); Financiera de Desarrollo Territorial (FINDETER); Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (FOGAFIN) y Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A (BANCÓLDEX).</p>
ENTIDADES ASEGURADORAS	<p>Las entidades aseguradoras brindan cobertura financiera al asegurador en caso que sufra una contingencia. El alcance de los servicios que facilitará la compañía de seguros al asegurado, se establece en la póliza de acuerdo a la cobertura que contrate. Su objeto es la realización de operaciones de seguro, bajo las modalidades y los ramos facultados expresamente.</p> <p>Son entidades aseguradoras: Compañías de seguros, Compañías de Reaseguros y Cooperativas de seguros.</p>

Fuente: Elaboración propia de los investigadores

Anexo 6. Etapas del proceso interpretativo del Contrato

ETAPAS DEL PROCESO INTERPRETATIVO DEL CONTRATO	
<p>En la jurisprudencia y en los doctrinantes el tema no es pacífico; existen varias propuestas o por lo menos varios nombres y/o apellidos, algunos coincidentes en varios aspectos, otros, con varias diferencias. Sin embargo, hay que aceptar, que el tema no ha sido muy estudiado, y Colombia no es la excepción.</p>	
INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO.	<p>La interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses de los particulares.</p> <p>Se busca desentrañar el verdadero sentido de los actos jurídicos, es decir indagar el significado efectivo del contrato.</p> <p>Lo importante y definitivo no es qué pudo haber querido este o aquel sujeto negocial, solo o junto con otro, sino cuál es el sentido común, socialmente reconocible y aceptable de su comportamiento dispositivo, cómo pudo haberlo entendido rectamente su destinatario u observador, y cómo lo entendió valorando la lealtad y la corrección de cada cual.</p>
INTEGRACIÓN DEL CONTRATO.	<p>La integración debe hacerse a partir de nuevos componentes, elementos y consideraciones que se encuentran fuera del texto, como por ejemplo el contexto en que se desarrolló la relación contractual.</p> <p>Mediante la integración, se descubre y agrega aquello que por voluntad extraña pero inderogable debe considerarse incluido automáticamente en el negocio.</p> <p>La labor de integración del contrato se realiza sobre elementos objetivos y en ella intervienen además de las partes, fuerzas y criterios exógenos extra volitivos como: la ley, la costumbre, la buena fe, los usos, la equidad, etc. Y también un tercer sujeto: el juez, el magistrado, el árbitro.</p> <p>Nuestra Corte Suprema de Justicia citada por Jaramillo (2014) también se refirió a la fase de la integración del contrato en su sentencia de 19 de junio de 1935:</p> <p>Ocurre la integración cuando el texto adolece de defectos, de oscuridad o ambigüedad, o es incompleto o equivocado, o cuando las expresiones y aun las mismas ideas de las partes carecen de claridad o exactitud, o bien, porque la consecuencia jurídica no la conocen las partes lo suficiente, o bien a causa de que ellas no previeron determinada situación que se produce después. En los casos de integración, corresponde al intérprete rectificar las faltas del contrato, resultantes de la deficiente expresión del querer de las partes, y colmar las lagunas y omisiones que hubieren quedado en esta, sin contradecir ni desfigurar con ello el contenido del pensamiento manifestado en la declaración.</p>

CALIFICACIÓN DEL CONTRATO.	<p>La calificación es la valoración jurídica del contrato, es decir que a través de la calificación se pretende verificar el valor jurídico del acto contractual. La calificación sigue a la interpretación en cuanto ella tiende a clasificar el contrato. La verificación de los efectos tiende a establecer la relevancia jurídica del contrato. La valoración posterior del acto como verificación de los efectos tiende a comprobar cuáles son los efectos programados que tienen relevancia para el derecho.</p> <p>El juez o el calificador debe tener en cuenta en esta etapa, el tipo de contrato del caso concreto que está estudiando o mejor investigando: no es lo mismo valorar un contrato típico que un contrato atípico.</p>
----------------------------	---

Fuente: Elaboración propia de los investigadores

Anexo 7. Contenido Conceptual del término resolución

CONTENIDO CONCEPTUAL DEL TÉRMINO RESOLUCIÓN	
<p>La <i>resolución</i> es: El efecto que se produce en presencia de las cuatro causales siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El mutuo acuerdo de las partes, dirigido a destruir el contrato. 2. El incumplimiento voluntario. 3. El incumplimiento involuntario; y 4. La excesiva onerosidad de la prestación a cargo de uno de los contratantes. 	
TERMINACIÓN.	<p>Es la resolución sin efecto retroactivo. Se presenta cuando en un contrato de ejecución sucesiva las partes de común acuerdo deciden finiquitarlo, o por incumplimiento voluntario o involuntario o, finalmente, por excesiva onerosidad sobreviniente, una de las partes instaura la acción correspondiente para lograr su <i>terminación</i>.</p>
RESILIACIÓN.	<p>Según la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de Colombia, la resiliación: Puede definirse [...] como el acto por el cual las partes deshacen un contrato celebrado por ellas o como la destrucción de un contrato por el mutuo consentimiento de las partes [...] no es producido por una causa legal, sino por la voluntad de las partes [...], supone su validez, y si se le deja sin efecto es porque así lo han querido las partes, sin que el contrato esté afectado por ninguna condición resolutoria ni por ningún vicio de nulidad [...], no opera nunca en el efecto retroactivo. (Cas. Del 9 de mayo de 1938; MP. Pedro A. Gómez).</p>
RESCISIÓN.	<p>La rescisión es una forma particular de ineficacia del contrato que procede de un momento posterior a la celebración del mismo, el cual nace plenamente válido, pero posteriormente puede ser declarado ineficaz por sus efectos lesivos o perjudiciales para una de las partes o de un tercero.</p> <p>Esta figura se distingue de la nulidad y anulabilidad en que la rescisión presupone un negocio jurídico inicialmente válido mientras que la nulidad y la anulabilidad implican la invalidez inicial del negocio a que estén referidas.</p>

NULIDAD.	<p>ARTICULO 1740. C.C. CONCEPTO Y CLASES DE NULIDAD.</p> <p>Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa. (Código Civil colombiano).</p> <p>El art. 1741 de nuestro Código Civil establece como causales de nulidad absoluta las siguientes: a) el objeto ilícito; b) la causa ilícita; c) la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y, d) la incapacidad absoluta.</p> <p>ARTICULO 1743. DECLARACIÓN DE NULIDAD RELATIVA.</p> <p>La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes.</p> <p>ARTICULO 1746. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD.</p> <p>La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.</p>
----------	---

Fuente: Elaboración propia de los investigadores

Anexo 8. Requisitos para la imputación de la responsabilidad civil contractual

REQUISITOS PARA LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	
ES NECESARIO QUE HAYA UN CONTRATO VÁLIDO.	<p>Es lógico pensar que, entre tanto el daño no se derive del incumplimiento de un contrato válidamente celebrado entre la víctima y el agente, jamás podrá haber responsabilidad contractual.</p> <p>Puede haber contratos cuya obligación principal consista en suministrar al adquirente determinadas informaciones o consejos. Es lo que ocurre por ejemplo en los contratos con asesores financieros o jurídicos. No cabe duda que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de estas obligaciones genera una responsabilidad contractual. Además de esta información relacionada con la formación del contrato, existe la obligación de dar instrucciones sobre la utilización del bien o servicio adquirido. El incumplimiento de esta obligación es de naturaleza contractual.</p>

<p>SE REQUIERE QUE EL DAÑO SURJA DE LA INEJECUCIÓN DEL CONTRATO.</p>	<p style="text-align: center;">Daños derivados de la inejecución del contrato</p> <p>Para saber si el daño surge de la inejecución o ejecución tardía o imperfecta del contrato es preciso detenernos en su objeto, es decir, cuáles fueron las obligaciones, o mejor, las prestaciones a que se comprometió el deudor. Hay que responder, pues, a estas dos preguntas: ¿a qué se obligó el deudor? Y ¿el daño se deriva del incumplimiento de esas obligaciones?</p> <p style="text-align: center;">Daños producidos con ocasión del contrato</p> <p>Puede suceder que el incumplimiento del contrato genere unos daños sucesivos de los que, en principio, nada se dijo en el contrato. Si esos daños son una consecuencia directa del incumplimiento de la obligación contractual, la responsabilidad por esos daños también será contractual.</p> <p style="text-align: center;">Las denominadas obligaciones contractuales de seguridad</p> <p>De acuerdo con ellas, el deudor se obliga a garantizar la integridad de las personas o las cosas que en virtud del contrato quedan bajo su cuidado. El organizador de un espectáculo tiene adicionalmente la obligación contractual subyacente de brindarle seguridad a la vida y a la integridad personal del espectador.</p> <p>La obligación de seguridad existe no solo en relación con las personas sino también con las cosas; ejemplo, en los contratos que comporten la conservación de un bien del acreedor, el deudor tiene la obligación de que ese bien no sufra daño.</p>
<p>LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL SUPONE UN DAÑO CAUSADO POR EL DEUDOR AL ACREDOR</p>	<p style="text-align: center;">Efecto relativo de los contratos</p> <p>Como consecuencia del efecto relativo de los contratos, es claro que la responsabilidad contractual solo tiene lugar cuando en virtud de la inejecución o de la ejecución tardía o imperfecta de un contrato válidamente celebrado, es el acreedor la víctima de un daño causado por el deudor.</p> <p>En múltiples oportunidades, sin violar el principio del efecto relativo de los contratos, una serie de personas distintas del acreedor ejercen una acción en responsabilidad contractual contra el deudor responsable, ejemplo el mandato con representación, causahabientes a título universal (acción hereditaria), la estipulación para otro (art. 1506 C.C.), el destinatario en el contrato de transporte.</p>

Fuente: Elaboración propia de los investigadores