

**LIMITANTES CONSTITUCIONALES AL PODER DE LA BANCA FRENTE A LOS
CONTRATOS COMERCIALES.**

LEY 1555 DE 2012 PAGO ANTICIPADO EN LAS OPERACIONES DE CREDITO.

**EDUARDO CAMILO MARTÍNEZ CERÓN
OSCAR EDUARDO VILLOTA GUTIERREZ**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS - CIESJU
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
SAN JUAN DE PASTO
2013**

**LIMITANTES CONSTITUCIONALES AL PODER DE LA BANCA FRENTE A LOS
CONTRATOS COMERCIALES.**

LEY 1555 DE 2012 PAGO ANTICIPADO EN LAS OPERACIONES DE CREDITO.

**EDUARDO CAMILO MARTÍNEZ CERÓN
OSCAR EDUARDO VILLOTA GUTIERREZ**

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
Especialista en Derecho Comercial**

**Asesor:
EDUARDO JACOBO MARTINEZ RUEDA**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS - CIESJU
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
PASTO
2013**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“Las ideas y conclusiones aportadas en el Trabajo de Grado son responsabilidad exclusiva de los autores”

Artículo 1 del Acuerdo No 324 de Octubre 11 de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación

**CATALINA ROSERO DÍAZ DEL CASTILLO
JURADO**

**FRANCO HERNAN GUERRERO CAICEDO
JURADO**

**EDUARDO JACOBO MARTÍNEZ RUEDA
ASESOR**

San Juan de Pasto, Diciembre de 2013

DEDICATORIA

Con todo mi cariño y mi amor para las personas que hicieron todo en la vida para que yo pudiera lograr mis sueños, y siempre han estado a mi lado, a Ustedes por siempre mi corazón y mi agradecimiento sincero.

EDUARDO CAMILO MARTÍNEZ CERÓN

DEDICATORIA

A mi pasado a mi presente y mi futuro, a mis padres, a mi esposa y a Josué.

OSCAR EDUARDO VILLOTA GUTIERREZ

RESUMEN

Esta monografía, para optar al título de Especialistas en Derecho Comercial, desarrolla un análisis de los antecedentes que rodean la expedición de la Ley 1555 de 2012, "*Por medio de la cual se permite a los consumidores financieros el pago anticipado de las operaciones de crédito y se dictan otras disposiciones*"; la polémica generada sobre la demanda de constitucionalidad y la sentencia C 313 de 2013, emitida por la Corte Constitucional que modificó los parámetros de pago anticipado de los créditos y las consecuencias que esto traerá a las entidades bancarias y al ámbito jurídico. El análisis parte de la innegable constitucionalización del derecho privado, realizada por las sentencias de la Corte Constitucional, quien ha tratado de poner limitantes al abuso de la posición dominante de las entidades bancarias, en desarrollo de actividades financieras, buscando proteger derechos fundamentales de los usuarios o clientes.

A lo largo del trabajo, se retoman temas como el manejo de la ley en el tiempo, en particular el de la retroactividad de la ley, el principio de legalidad y en consecuencia lógica, la irretroactividad, así mismo se ha tomado como parámetro la Jurisprudencia Constitucional, en el ámbito del derecho privado, y consecuencia de ello la constitucionalización del derecho privado, lo cual permite ese equilibrio entre el derecho legislado y aquel que producen los jueces en sus decisiones.

Finalmente, se analiza la sentencia de Constitucionalidad, donde se rescata la *ratio decidendi*, punto focal que permite concluir que la Corte Constitucional, al modular los efectos de la ley, utiliza la retrospectividad como herramienta de protección de los derechos de los usuarios del sistema financiero, como forma de intervención necesaria, para evitar un abuso en la posición dominante; lo anterior, como consecuencia de la constitucionalización del derecho privado, que con sus pronunciamientos, busca compensar, equilibrar y proporcionar los beneficios del desarrollo y el bienestar, propio del Estado Social de Derecho.

ABSTRACT

This monograph , to obtain the title of Specialist in Business Law, develops an analysis of the history surrounding the enactment of Law 1555 of 2012 , "through which financial consumers are allowed prepayment of credit operations and other provisions " are held , the controversy over the constitutionality demand and Case C 313 of 2012 , issued by the Constitutional Court to modify the parameters of prepayment of loans and the consequences that this will bring to banks and legal field. analysis of the undeniable constitutionalization of private law by the rulings of the Constitutional Court, which has tried to limiting the abuse of the dominant position of banks in developing financial activities , seeking to protect fundamental rights users or customers.

Throughout the work, issues such as the management of the law over time , including the retroactivity of the law , the principle of legality and logical consequence , the non-retroactivity , are taken up and it is taken as a parameter Jurisprudence constitution, in the field of private law, and consequently the constitutionalization of private law , which allows the balance between statutory law and judges who produce their decisions.

Finally , the judgment of Constitutionality , where the ratio decidendi , focal point to the conclusion that the Constitutional Court , by modulating the effects of the law , retroactivity used as a tool to protect the rights of users of the financial system rescues analyzes as a form of intervention required to prevent abuse the dominant position above, as a result of the constitutionalization of private law , with its pronouncements , seeks to compensate , balance and provide the benefits of development and welfare , the State itself social law .

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	12
1. LA RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PARTICULARES Y EL ACCIONAR DEL SECTOR FINANCIERO	15
2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO	19
3. LA VIGENCIA DE LA LEY EN EL TIEMPO	21
4. JUSTIFICACIÓN DE LA SUPRESIÓN DE LAS SANCIONES DERIVADAS DEL PAGO ANTICIPADO DE LOS CRÉDITOS	23
5. SOBRE LA SENTENCIA C-313 DE 2013.....	25
6. CONCLUSIONES.....	33
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	36

GLOSARIO

Actividad financiera: “... la que implica captación de recursos del público (...). Más aún, incluso actividades que se reputan como financieras, como las desarrolladas por las cooperativas de ahorro y crédito, han sido asignadas por el legislador a la vigilancia, no de la Superintendencia Financiera, sino a la responsable de Economía Solidaria, y con un régimen legal diferente al de las cooperativas financieras. Agrega que la misma Superintendencia Financiera reconoce el ingrediente financiero en determinadas actividades, aunque no las califica para efectos de intervención del Estado como financieras, como en el caso del Concepto N° 2007021475-002 del 2007, en relación con la prestación del servicio de giros postales”¹

Derechos fundamentales: “Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran reconocidos directa o indirectamente en el texto constitucional y en Pactos Internacionales como derechos subjetivos de aplicación inmediata. En otras palabras se trata de derechos de tal magnitud para el orden constitucional e internacional, que su vigencia no puede depender de decisiones políticas de los representantes de las mayorías. Usualmente los derechos fundamentales son derechos de libertad”²

Consumidor Financiero: Es todo usuario, o cliente potencial de las entidades financieras.

Constitucionalización del Derecho: “corresponde a los administradores de justicia, interpretar la ley a aplicar, de conformidad con los principios, valores y preceptivas constitucionales, precisándose entender y admitir una nueva concepción del ordenamiento jurídico que escapa al método positivista en donde los derechos ya no dependen de la ley sino del balanceo entre bienes jurídicos”³

Juicio o test Intermedio: El test intermedio exige un nivel de análisis mayor, por cuanto se requiere que el fin no sólo sea legítimo sino, también, constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver y que el medio, no sólo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial. La Corte ha empleado el llamado test intermedio para analizar la razonabilidad de una medida legislativa, en especial 1) cuando la medida puede afectar el goce de

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-823/11 Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-475 de 1997; C-406 de 1992; C-225 de 1995.

³ BASTIDAS, Patricia. La Constitucionalización del proceso. En: Revista Pensamiento Jurídico No. 24. Bogotá, s.f. Pp. 241-253.

un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia, o, 3) cuando se trata de una medida de acción afirmativa⁴.

Posición Dominante: *Es la posibilidad de determinar directa o indirectamente las condiciones de un mercado. Decreto 2153 de 1992, Art. 45-3*

Servicio Público: *“El servicio público es definido en el derecho positivo colombiano como “... toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente o por personas privadas...”⁵*

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 227 de 2004 M.P. Cepeda Espinosa. Citado por: Corte Constitucional. Sentencia C-313 de 2013. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-083 de 2002.

INTRODUCCIÓN

La necesidad de mantener el deber ser del Estado Social de Derecho que pretende ser Colombia, obliga a que los entes destinados a su protección, realicen controles sobre las leyes mismas a la luz de la Constitución, independiente del tema del derecho que se esté manejando. Pese a las posiciones en contra de la constitucionalización del Derecho Privado, la Corte Constitucional ha tomado decisiones fundamentales sobre cómo se debe aplicar la autonomía de la voluntad contractual, sin necesidad de vulnerar derechos fundamentales de los usuarios, así como también se ha encargado de modular los efectos de normas en aras de alcanzar los fines perseguidos por el Estado Social de Derecho, e inclusive a desmontado sistemas completos al considerar que los mismos son opuestos a los derechos fundamentales de los usuarios como sucedió con el sistema UPAC.

“Las Sentencias de constitucionalidad, en algunos eventos cuando deciden modular las normas decide fijar parámetros de aplicación de las leyes, y permiten realizar análisis de los temas conflictivos tratados desde la perspectiva constitucional, buscando aplicar justicia y equidad”⁶. La realidad colombiana muestra una aplicación de la normatividad, dentro de los marcos del respeto efectivo de las mismas, no obstante en algunas ocasiones estas disposiciones no son capaces de proteger en su integralidad los derechos de sus receptores, evento en el cual el órgano constitucional debe intervenir a efecto de establecer si las condiciones que plantea la ley cumple con los fines constitucionales que esta busca.

La Corte Constitucional Colombiana vela por que la Constitución sea aplicada como norma preponderante, se aplica para ejercer control constitucional, para que se concrete el Estado social de Derecho y darle vigencia al Estado Constitucional Democrático. A partir de ella, de acuerdo con el artículo 4º de la misma norma, se da validez y vigencia a la normatividad nacional. Lo anterior, genera la exclusión de las normas que se opongan a los mandatos constitucionales.⁷

Por lo tanto, la Constitución ha dejado de ser una simple expresión orgánica, y el derecho, como disciplina debe ser aplicado en el marco de la prelación de los derechos fundamentales, incluso, el derecho privado. Esta forma de aplicación del derecho, implica hacerlo desde la interpretación normativa desarrollando el principio de la supremacía de la Constitución; *“Es necesario insistir en que lo que en realidad justifica la procedencia de la tutela contra sentencias judiciales, en particular de las altas Corporaciones judiciales, es la imperiosa necesidad de que exista una interpretación unificada sobre el alcance y límites de los derechos*

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 1064 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica 4.1.2.

⁷ CORTE SUPREMA AMERICANA. Sentencia del 24 de febrero de 1803. Chief Justice. Marschall.

*fundamentales (...) Sólo de esta manera se ofrece a los ciudadanos cuotas mínimas de seguridad jurídica y certeza del derecho, en la medida en que razonablemente pueden anticipar cuál será la respuesta jurídica a sus actos o ante la defraudación de las conductas que el ordenamiento censura ”.*⁸

La decisión tomada, por la Corte Constitucional, sobre el manejo que le daban las entidades bancarias a los créditos y las multas a los pagos anticipados de los mismos, obligó a la Corte Constitucional a analizar puntualmente el tema, desde sus mismos antecedentes, para proteger los derechos de los usuarios, sin desconocer en ningún momento los derechos de la libertad contractual y demás desarrollados en el marco de la actividad financiera del país. Dados las anteriores situaciones, en el trabajo que a continuación se desarrolla, se busca responder el siguiente interrogante: Se puede aplicar de forma retroactiva una norma en aras de proteger derechos fundamentales sin contravenir esa autonomía contractual?

Por lo anterior, se hace necesario un análisis sobre la forma en que la Corte Constitucional modula los efectos del pago anticipado de créditos en el sector financiero sin que se generen multas por ello, pues si bien dicho aspecto fue regulado por el legislativo buscando lograr justicia contractual, la Corte asumió su estudio considerando que ello no fue capaz de conciliar las diferencias ya existentes entre la posición dominante de los bancos y la protección de los derechos de los clientes o usuarios al considerar necesaria la aplicación retrospectiva de la norma.

OBJETIVO Y JUSTIFICACION

El presente trabajo busca, mediante el análisis de la sentencia C 313 de 2013 expedida por la Corte Constitucional, determinar cómo ha sido la búsqueda de la regulación al sector bancario por efecto de su posición dominante y la ponderación de los derechos fundamentales de los particulares por parte del mentado organismo.

Siguiendo la teoría de la Justicia de Rawls *“la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas”*⁹; para el caso del Trabajo de Grado desarrollado, se trata de determinar cómo ha sido la búsqueda de ese equilibrio por parte del alto Tribunal Constitucional, cuando modula los efectos de las normas a fin de alcanzar

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 389 de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica 25.

⁹ RAWLS, John. Unidad social y bienes primarios. En Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia. (MA. Rodillatr) Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

los objetivos trazados en el Estado Social de Derecho al hacer un test de igualdad intermedio.

Para ello, se recurrió a los antecedentes de la norma, la posición asumida por el congreso previo a su expedición, los conceptos generados por la superintendencia financiera, la retrospectividad de la norma como forma de solución, la posición dominante de las entidades y como la sentencia C 313 de 2013 busca generar esa protección especial de los derechos de los usuarios frente a la actividad financiera sobre el tópico atinente al pago anticipado en las operaciones de crédito.

Sobre la actividad financiera la Corte Constitucional había dicho:

“En efecto, la actividad financiera, cuyo objetivo principal es el de captar recursos económicos del público, para administrarlos, intervenirlos y obtener de su manejo un provecho de igual naturaleza, ha sido considerada por la Corte Constitucional como servicio público. Sobre este asunto ha dicho la corporación:

“El servicio público es definido en el derecho positivo colombiano como toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente o por personas privadas...”

“(…) La actividad desplegada por las entidades financieras tiene la prerrogativa consistente en la facultad para captar recursos del público, manejarlos, invertirlos y obtener un aprovechamiento de los mismos, dentro de los límites y con los requisitos contemplados en la ley”.

Como colofón de lo anterior se tiene que la Corte Constitucional ha tratado de generar unos límites de la actividad financiera en Colombia y para ello se ha servido de las sentencias de tutela como forma de control concreto, así como del examen de constitucionalidad de las normas en su control abstracto, inclusive declarando inexecutable sistemas de crédito cuando estos, contravienen los objetivos de protección de los derechos de los usuarios, obligando al legislador a expedir normatividad que conduzca a lograrlo, como ejemplo de ello se tiene el desmonte del sistema UPAC y la expedición de la ley 546 de 1999, pues el Alto Tribunal ha asumido la misión de garantizar los derechos fundamentales de los colombianos y mostrar esos fundamentos de protección, como se observa en el siguiente trabajo donde decide modular los efectos de una norma y permite su aplicación retroactiva tratando de lograr ese fin.

1. LA RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PARTICULARES Y EL ACCIONAR DEL SECTOR FINANCIERO

En los últimos años, la Corte Constitucional, a través de la acción de Tutela, se ha encargado de intervenir en varios aspectos del Derecho Comercial, a efecto de proteger los derechos fundamentales, con el fin de entregar mejores herramientas de protección a los asociados, frente al desbalance que se genera, producto de la posición dominante que ostenta la Banca y que en algunos casos ha sido aprovechada por ella de forma abusiva.

El alto Tribunal Constitucional amplió el concepto del Artículo 86 de la Constitución Política y del Decreto 2591 de 1991, que autoriza la Tutela contra particulares, postulando que se hace necesaria en casos donde un particular presta un servicio público, cuando los hechos desencadenen una afectación al interés colectivo y cuando el tutelante se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a otro particular; y en el caso de particulares que ejercen funciones públicas, la Tutela se convierte en herramienta de protección cuando dicho particular ostenta dicha calidad,¹⁰ y es ahí donde entran las entidades bancarias, ya que siendo particulares en una sociedad, prestan un servicio público.

Bajo éste esquema y pese a los límites que normativamente el Estado podría poner a las entidades bancarias, el manejo del principio de la autonomía de la voluntad, se vuelve un tema de difícil manejo, ya que en algunos casos entra en discordia con los derechos fundamentales de los asociados.

Y frente a estas problemáticas jurídicas y de ponderación de derechos, el derecho privado ha tenido que ver como el constitucionalismo moderno ha intervenido las relaciones que en este escenario se generan, creándose *“nuevas formas de litigio, el nacimiento de riesgos cuya evaluación puede ser relevante por parte de los agentes económicos, cuestionamientos de la estructura y funcionamiento del derecho privado, y la creación de nuevos campos de reflexión pasando de lo dogmático a lo descriptivo, analítico y normativo”*.¹¹

Ya en el derecho privado, Juan Jacobo Calderón Villegas ha propuesto dos clases de *“sistemas de constitucionalización: los predominantemente legislativos y los predominantemente judiciales”*,¹² estas formas de entender la constitucionalización del derecho, tratan de explicar la intensidad con que la norma constitucional, así

¹⁰ Este tema ha sido desarrollado por la Corte Constitucional en sentencias T-129 de 2010, T-847 de 2010, T-1085 de 2002, T-083 de 2002, T-1592 de 2000, SU- 167 de 1999, entre otras.

¹¹ CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. “Constitucionalización del Derecho Comercial: algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia”. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario, 2007.

¹² *Ibíd.*, p. 5.

como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, influyen en la manera en que se aplica o se actualiza el derecho.

Para el caso concreto, Calderón Villegas, plantea como características de nuestro sistema las siguientes:

- ✓ *“La autoridad judicial que examina la controversia concreta de derecho privado hace parte de la jurisdicción constitucional.*
- ✓ *El trámite que debe adelantarse para definir la controversia es excepcional y nace a partir de la interposición de una acción de tutela.*
- ✓ *Dado que en los casos se aduce la violación de un derecho constitucional fundamental, la solución del problema prima facie de derecho privado, será abordada, principalmente, aunque no de manera exclusiva y excluyente, a la luz de un proceso de argumentación constitucional. Tal argumentación podrá suponer la presentación de razones procesales relacionadas con la procedencia de la acción de tutela; o sustanciales, vinculadas con la definición acerca de si ha existido o no una violación iusfundamental”*¹³

Desde ésta óptica se tiene entonces, que la constitucionalización del derecho privado colombiano se ve evidenciada en el desarrollo de las diferentes sentencias de la Corte Constitucional que, en aras de la protección de derechos fundamentales, trata de buscar una ponderación adecuada a los casos sometidos a su estudio cuando en sede de Tutela se encuentra, o cuando se encarga de realizar un control de constitucionalidad sobre una norma en específico, para que esta sea declarada, exequible o inexecutable.

El doctor Jaime Arrubla Paucar al referirse a la actividad bancaria itero: *“las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por los cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios”*.¹⁴

Para el caso de nuestro interés, es del caso traer a colación el pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional a la Ley 1555 de 2012 en su sentencia C 313 de 2013, en cuanto a las condiciones especiales de pago anticipado para los créditos adquiridos con anterioridad a su vigencia, al modularse sus efectos y permitir que la norma se aplique de manera retrospectiva. La Superintendencia

¹³ CALDERÓN VILLEGAS, Op. Cit.

¹⁴ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. La Constitucionalización del Derecho Público. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p.60.

Financiera, en reiterados conceptos,¹⁵ planteó previo a que la referida sentencia se produjera, que las condiciones de cancelación anticipada de créditos serían las acordadas en los respectivos contratos, o en defecto de estipulación, las establecidas en las normas que de manera supletiva se debieran aplicar. Esta posición se mantuvo sobre el pago de sanciones o multas cuando los deudores decidían efectuar el pago anticipado de sus obligaciones.

En razón de ello, la Superintendencia mantuvo su posición sobre mantener las condiciones de pago anticipado, de acuerdo con lo planteado en los contratos o en estipulación, sobre la base del Artículo 1554 y 2229 del Código Civil, que desarrollan los temas sobre los aspectos concernientes a cumplimiento del plazo pactado en los acuerdos de mutuo con intereses entendiendo que la aplicación se daría hacia el futuro y por lo tanto se mantendría las condiciones iniciales de esos créditos.

Las consideraciones que respaldaban su posición fungían del equilibrio de *“las contraprestaciones correspondientes al acreedor y el deudor en ese tipo de negocios de este modo: el primero no puede exigir el pago antes del vencimiento del término y el segundo no se encuentra facultado para pagar anticipadamente la obligación cuando con su proceder cause algún perjuicio a su acreedor”*.¹⁶

No obstante con la expedición de la ley 1555 de 2012 de retirar las sanciones por el pago anticipado de los créditos a favor del sector financiero, en el parágrafo 1 de la ley 1555 a partir de su entrada en vigencia, ello es desde el día 9 de julio de 2012, fecha en que fue promulgada en el Diario Oficial No. 48.486 dicha posición debía ser revaluada.

La situación ya había sido objeto de debate en la exposición de motivos del proyecto de Ley No. 178 de 2011 - Cámara, en donde se había dicho que el pago anticipado del crédito tenía como motivación *“la necesidad de lograr condiciones de equidad entre el usuario y las entidades, además de la extensión de beneficios que como ya hemos señalado se encuentran habilitados para otros créditos. Por tal motivo, se incluye esta disposición como un derecho irrenunciable del consumidor financiero. (...) Es este régimen de protección al consumidor, el que define los principios y reglas que tutelan la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre éstos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Asimismo, es de resaltar que en varios de los países en los que el prepago de créditos es permitido sin ningún tipo de*

¹⁵ SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Conceptos 2212053437-001 del 13 de julio de 2012, Concepto 2012056224-001 del 9 de agosto de 2012, Concepto 2012073410-007 del 9 de noviembre de 2012, Concepto 2012106722-001 del 31 de enero de 2013, Concepto 2013019348-001 del 24 de abril de 2013.

¹⁶ SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Concepto 2212053437-001 del 13 de julio de 2012.

*multa o sanción, es en las leyes de protección al consumidor en las que se hallan definidos estos lineamientos”.*¹⁷

Es del caso indicar que no obstante los argumentos sostenidos por la Superintendencia, en relación con dicha Ley, la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 313 de 2013, Magistrado Ponente, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, declaró exequible el parágrafo del Artículo 1º de la Ley 1555 de 2012, en el entendido que los créditos a los cuales se refiere el literal g) del Artículo 5º de la Ley 1328 de 2009 tomados antes del 9 de julio de 2012, también podrán ser pagados anticipadamente, sin incurrir en ningún tipo de penalización o compensación, ello les permitía su aplicación de manera retrospectiva, para no incurrir en la retroactividad por existir clara prohibición en la ley 153 de 1887 en su artículo 40.

¹⁷ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Concepto 2012056224-001 del 9 de agosto de 2012.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

El artículo 1 de la Constitución Política, postula que Colombia es un Estado social de Derecho, su verbo rector es el ser, es decir, que Colombia sigue la línea histórica de generar un Estado de Derecho como respuesta a la forma de dominación absolutista buscando limitar el ejercicio del poder. Este tipo de Estado, no busca simplemente reconocer derechos legalmente creados, sino que “funda el concepto de legitimidad en la eficacia, en la protección y otorgamiento efectivo de los mismos”¹⁸.

En concordancia con lo anterior, en el deber ser del funcionamiento del Estado colombiano, no se puede permitir la aplicación de prácticas que desconozcan la justicia y la equidad, ya que *“el principio de Estado social de derecho es un mandato dirigido al legislador que lo obliga a atender la justicia y la equidad en la toma de decisiones de conformidad con el marco constitucional”*¹⁹.

Cuando los jueces asumen su papel de jueces constitucionales, se vuelven protagonistas del escenario jurídico del país, cambiando la concepción del viejo paradigma, sustentado en el respeto absoluto de la ley, pasando a analizar lo que realmente está ocurriendo, generando un derecho más libre, menos atado a la regla positiva escrita, enfocado esencialmente en la justicia y el respeto de los derechos fundamentales. Esta forma de aplicación del derecho, implica hacerlo desde la interpretación normativa desarrollando el principio de la supremacía de la Constitución, aspecto del cual se ha servido la jurisprudencia para poder modular los efectos de las leyes, cuando se encarga de hacer su análisis de forma abstracta.

En Colombia, el ejercicio de la actividad financiera, puede afectar derechos protegidos por la Carta Política. En aras de proteger los derechos fundamentales, y de empezar a fusionar el derecho privado con el mandato constitucional, la Corte Constitucional, en Sentencia T-083 de 2002, determinó que la acción de Tutela procede contra personas jurídicas, y en particular al sector bancario porque *“la actividad financiera, cuyo objetivo principal es el de captar recursos económicos del público, para administrarlos, intervenirlos y obtener de su manejo un provecho de igual naturaleza, ha sido considerada por la Corte Constitucional como servicio público”*; es de esta manera, como se reconoce el relevante ejercicio de las funciones estatales en este sector especial de la economía nacional, ejercicio que demanda la intervención especial del Estado, generando la necesidad de contar

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-158 de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 1064 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica 4.1.2.

con herramientas de protección para seguir evitando desigualdades, vulneración o limitaciones en sus derechos.

Durante mucho tiempo, la forma de entender el derecho en Colombia no consideró a la Constitución como una norma; la Carta Política era una mera declaración, por lo tanto, los casos o litigios se resolvían a partir de la ley meramente formal y en consecuencia, no era tomada en cuenta como norma jurídica para tomar decisiones, es con la Constitución de 1991, cuando los derechos fundamentales, establecidos en ella, son normas de aplicación directa, y deben tomarse en cuenta para dirimir litigios y conflictos legales.²⁰ En la búsqueda de conciliar el derecho estipulado en la Constitución, con las leyes nacionales, no es sencillo obviar la necesidad de una seguridad jurídica a partir de la aplicación de la ley, en casos donde, por ejemplo, existen contratos válidamente firmados en entidades bancarias, de manera libre, so pretexto de vacíos normativos que desencadenan vulneración de derechos individuales. No obstante es propio del control que le corresponde a la Corte Constitucional verificar si esa dinámica jurídica y las realidades sociales hacen perfectamente admisible la aplicación de esa norma en los términos que ella dispone o por el contrario se hace necesario modular sus efectos.

Las entidades financieras, por el manejo económico que desarrollan, ostentan una posición privilegiada, que las convierte en verdaderas autoridades frente a los usuarios, las obliga a ejercer acciones para garantizar el libre y adecuado ejercicio de los derechos fundamentales de los mismos; en este sentido, la Corte expuso que *“si un particular asume la prestación de la actividad bancaria adquiere una posición de supremacía material con relevancia jurídica frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones y omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial. Por consiguiente, las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos”*.²¹

De manera es que dicha actividad financiera no puede estar lejos del control que se requiere debe hacerse por parte de la Corte Constitucional en aras de alcanzar esos objetivos, de ahí que se vea justificado la modulación de normas cuando estas no alcanzan dicha finalidad, como en el caso de la sentencia C 313 de 2013 se hizo a través de un test Intermedio a efecto de modular la norma que solo permitía la aplicación de la misma hacia el futuro y no hacia el pasado.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica 2.1

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 083 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

3. LA VIGENCIA DE LA LEY EN EL TIEMPO

Para el desarrollo de la temática planteada, es necesario tratar el tema de la vigencia de la ley en el tiempo y la diferencia entre las leyes procesales y sustanciales.

La ley 153 de 1887 determina que las leyes procesales (de sustanciación y ritualidad) rigen desde su vigencia, son de aplicación inmediata y por tanto prevalecen sobre las anteriores, las excepciones a ésta regla general se desarrolla en su artículo 40. La claridad de dicha norma, permite concluir que las normas sustanciales, deberían aplicarse a partir de su promulgación, y que las situaciones que no son reguladas por leyes de procedimiento, se regulan por la ley vigente al momento en que ocurra el hecho.

De lo anterior, se desprende entonces que la regla general es la de irretroactividad de la ley y que la excepción nace de la indicación expresa del legislador sobre retroactividad o cuando en materia penal y disciplinaria aparece el principio de favorabilidad. Así lo consideró la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 3 de junio de 2003, en la cual también se reiteraron los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional²². Esta regla general de la aplicación de la Ley, desarrolla conjuntamente los principios de seguridad jurídica y legalidad, estipulados en el artículo 29 de la Constitución Política.

Por otro lado, la Ley 153 de 1887²³ establece que todo contrato se origina en las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo las referidas al modo de reclamar los derechos contractuales y las penas en caso de infracción de las estipulaciones. La ley rige los actos que se produzcan después de su vigencia. Es decir, como regla general, no hay efecto retroactivo.

Las leyes, al no tener efecto retroactivo, no pueden influir sobre actos anteriores a su vigencia, ni sobre derechos precedentemente adquiridos. En esa medida, los jueces tienen la prohibición de aplicar retroactivamente una norma a un caso que se fundamenta en hechos previos a la entrada en vigencia de ésta.

Sin embargo, sobre este tema, la Corte Constitucional ha planteado la posibilidad, en cabeza del legislador, de establecer una fecha diferente a la de la promulgación para iniciar la vigencia de la Ley:

“(...) la potestad del legislador para establecer la fecha en que comienza la vigencia de la ley está limitada únicamente por los requerimientos del principio de

²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-922 de 2001, T- 438 de 1992, C- 769 de 1998 y C-214 de 1994.

²³ Ley 153 de 1887. Arts. 38 y 39.

*publicidad, y de la otra, el deber de señalar la vigencia de la ley después de su publicación es un mandato imperativo para el Congreso y el Presidente de la República, cuando éste ha sido facultado por el legislador para cumplir esta tarea. Bien puede ocurrir que una ley se promulgue y sólo produzca efectos algunos meses después, o que el legislador disponga la vigencia de la ley a partir de su sanción y su necesaria promulgación, en cuyo caso, una vez cumplida ésta, las normas respectivas comienzan a regir, es decir, tienen carácter de obligatorias”.*²⁴

En este sentido, la doctrina ha señalado que “(...) una ley es retroactiva cuando modifica o restringe las consecuencias jurídicas de hechos realizados durante la vigencia de la anterior. Podría también decirse: cuando modifica o restringe las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación del precedente. La forma de expresión es diversa, pero la idea expresada es la misma, ya que la aplicación de una ley supone siempre la realización de su hipótesis.

*Observe el lector que hablamos de realización del supuesto y nacimiento de las consecuencias normativas, no de ejercicio de éstas. Los derechos y deberes expresados por la disposición de la ley nacen en el momento en que el supuesto se realiza, aun cuando sean posteriormente ejercitados y cumplidos o no lleguen nunca a ejercitarse ni a cumplirse. Habrá que tomar también en cuenta la posibilidad de que las obligaciones derivadas de la realización de un supuesto no sean exigibles desde el momento en que nacen. Incluso en esta hipótesis, tales obligaciones existen, aun cuando su cumplimiento no pueda reclamarse desde luego. Si una ley nueva las suprime o restringe, es necesariamente retroactiva, aun cuando al iniciarse su vigencia no sean exigible todavía.”*²⁵

En Colombia, la irretroactividad de la ley, se reglamenta en la misma ley, en aras de proteger la seguridad jurídica, pero “el legislador, por razones de orden público, puede hacer retroactividad de la ley. La fórmula es dada por la jurisprudencia francesa: “Que el legislador puede, en verdad, derogar la regla ordinaria de la irretroactividad, **con miras a un interés superior del orden público** (...)”²⁶. La explicación del orden público como única excepción radica en la necesidad de buscar el interés general que soportan los principios constitucionales y la existencia misma de la sociedad democrática.; en conclusión, para que se aplique una norma nueva a los efectos de un hecho previo a su vigencia, se debe tener la autorización expresa del legislador. (Las negrillas fuera de texto)

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 251 de 1999. M.P Martha Victoria Sáchica Méndez.

²⁵ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. México: Porrúa, 2002. Pp. 398 - 399.

²⁶ MONROY CABRA, Marco G. Introducción al derecho. Décimo cuarta edición. Bogotá: Temis, 2006. Pp. 475 - 476.

4. JUSTIFICACIÓN DE LA SUPRESIÓN DE LAS SANCIONES DERIVADAS DEL PAGO ANTICIPADO DE LOS CRÉDITOS

Fue el ánimo de aumentar el nivel de competitividad de las entidades bancarias, y junto con él, la necesidad de fomentar el desarrollo y la eficiencia social del mercado financiero, lo que se constituyó como razón principal del establecimiento del prepago de créditos de consumo exonerado de penalización o compensación por lucro cesante, es decir, de la posibilidad de realizar el pago anticipado de los mutuos concedidos por las entidades de crédito pero sin la obligación de responder por los perjuicios proyectados anticipadamente por éste tipo de instituciones mercantiles con ocasión de dicha forma de satisfacción de la obligación.

Se concluyó que las sanciones derivadas del pago anticipado genera una especie de fidelidad forzada del usuario o consumidor financiero a favor de la entidad bancaria que realiza el crédito, que lo obliga, en consideración a la onerosidad de la pena o simplemente por la falta de deseo de incurrir en ella, a permanecer en un contrato que pueda ir muy posiblemente en contra de sus intereses, impidiéndole de esa manera acceder a otra negociación que le pudiese brindar una forma de crédito más favorable, lo que en consecuencia afecta el dinamismo, desarrollo y el nivel de competencia de ese sector del mercado financiero porque al retener las entidades que lo integran a los usuarios mediante el riesgo de la efectividad de la sanción se obstruye las condiciones de ofrecimiento beneficioso del crédito por parte de las demás.

De manera que la penalidad del prepago por constituirse en atadura para los usuarios de sistema bancario sobre las formas de crédito, impide la colocación de los activos en el flujo económico del mercado financiero para ser tomados por los usuarios y consumidores financieros, pese a que resulten más favorables para los intereses, y de ese modo restringe y afecta la libre competencia que debe caracterizar al mercado en general, al cuartar precisamente el ofrecimiento de mejores condiciones de préstamos por la permanencia obligatoria en un contrato de mutuo celebrado con anterioridad. Y siendo la sanción de pago anticipado una de las principales fuente del trauma de la competencia del mercado financiero, entonces la deducción lógica sugiere que supresión de la penalización del ordenamiento jurídico sea una vital solución a ese problema.

Entonces, al maximizar los niveles de competitividad del mercado financiero, la ausencia de la sanción enrostrada es de interés público, porque el sector bancario con aquellas características alimenta y conduce a la prosperidad general, que por demás, es auténtica finalidad estatal de acuerdo a la fórmula jurídica contenida en el Artículo 2 de la Carta Política. Evidentemente, el ánimo de obtener la mayor cantidad de usuarios o consumidores financieros conlleva directamente a la proliferación de una multiplicidad de ofertas emanadas de las investigación de

aquellas situaciones coherentes con los intereses de las personas que necesitan de los créditos, entre ellas, la reducción ostensible de las tasas de interés, lo que inexorablemente genera un estímulo al acceso formal de los créditos para las personas que en un principio ostentaban una posición renuente frente a ese tipo de préstamos, a fin de que accedan a la consecución de recursos, bienes y servicios que elevan la calidad de vida material, obteniendo con ello un factor que viabiliza la realización del fin estatal referido.

Y como un efecto práctico de los estímulos puestos en el mercado financiero se tiene la bancarización del crédito, naturalmente por constituirse en atractivos eficaces para aquella fracción poblacional que se resistía a la incursión en el sector bancario con ocasión de las exigencias desgastante que aquel mercado le imponía para obtener sus inherentes beneficios. No puede esperarse situación diferente al desplazamiento del crédito informal causado por la preferencia masiva del préstamo formal, dadas las flexibilidades, la minimización de los requisitos, la reducción en el cobro de los intereses etc, en el crédito bancario, lo que se suyo reduce en el margen de acción de aquellas formas de préstamos que se otorgan por personas que actúan por fuera del control legal y que abusan de los derechos que le proporciona su posición jurídica.

Se avizora también que la flexibilización de éste tipo de mercado ayuda en el mejoramiento de las relaciones en las negociaciones que se presentan entre los usuarios del crédito y las entidades que conforman la esfera bancaria, facilitándose de esta manera, la movilización de los primeros en el sector donde se ubican los segundos, en aras de hallar el ofrecimiento que mejor se adapte a las conveniencias del consumidor. De ahí que se diga que la posibilidad del mejoramiento de las citadas relaciones negócias también sea un efecto material de la medida en estudio, como también lo es la refinanciación del crédito a través de la compra de cartera para remediar los efectos adversos que pudieran surgir de una crisis financiera.

De ahí que la eliminación de la citada sanción sea tratada como un elemento directamente proporcional a) al incremento del nivel de competencia de las entidades bancarias que componen el mercado financiero, b) al mejoramiento del bienestar general como al incremento social de la calidad de vida material, c) a la bancarización y formalización del crédito, d) al mejoramiento de las relaciones surgidas entre el consumidor financiero y las entidades bancarias y e) a la refinanciación de los créditos a través del mecanismo de la compra de cartera para suprimir efectos adversos de las crisis financieras.

5. SOBRE LA SENTENCIA C-313 DE 2013

El perfeccionamiento de la constitucionalización del derecho privado, se ve reflejado en el pronunciamiento que hace la Corte Constitucional especial sobre los aspectos atinentes a la Ley 1555 de 2012, en cuanto a las condiciones especiales de pago anticipado para los créditos adquiridos con anterioridad a su vigencia. La situación que generó la controversia es la que devino por el parágrafo 1 de la mentada ley, que permitía el pago anticipado de los créditos a partir “*de la entrada en vigencia de la ley*”, ello es desde el día 9 de julio de 2012, fecha en que fue promulgada en el Diario Oficial No. 48.486.

La Superintendencia Financiera, en reiterados conceptos,²⁷ planteó que las condiciones de cancelación anticipada de créditos serían las acordadas en los respectivos contratos, o en defecto de estipulación, las establecidas en las normas que de manera supletiva se debieran aplicar. Esta posición se mantuvo sobre el pago de sanciones o multas cuando los deudores decidían efectuar el pago anticipado de sus obligaciones.

Esta compleja situación legal muestra cómo le correspondió a la Corte Constitucional realizar un juicio de ponderación en el marco de la existencia de derechos constitucionales en pugna, sin que por esta razón se niegue la autonomía de la voluntad contractual, pero sí tratando de mantener el núcleo esencial de los derechos fundamentales en riesgo. Sobre este tema, la Sentencia T- 763 de julio 21 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, hace un pronunciamiento relevante en torno a la constitucionalización del derecho privado, porque precisa cuándo el ejercicio de la libertad contractual de las entidades bancarias constituye un bloqueo financiero, vulnerando derechos fundamentales a la personería jurídica, a la igualdad, en relación con el acceso al servicio bancario, y en conexidad, el derecho a la libertad económica, fijando las siguientes reglas:²⁸

- ✓ *“Cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos. Por lo tanto, no constituye una situación de bloqueo financiero si existen medios administrativos o jurídicos que le permitan acceder al sistema financiero.*
- ✓ *También se presenta bloqueo financiero cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario. Por consiguiente,*

²⁷ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Conceptos 2212053437-001 del 13 de julio de 2012, Concepto 2012056224-001 del 9 de agosto de 2012, Concepto 2012073410-007 del 9 de noviembre de 2012, Concepto 2012106722-001 del 31 de enero de 2013, Concepto 2013019348-001 del 24 de abril de 2013.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-763 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Julio 21 de 2005.

trasgreden desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer uso de la banca.

- ✓ *Cuando la decisión de las entidades financieras produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público.*
- ✓ *Cuando la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión.”.*

El punto central de esta decisión muestra cómo, hoy en día, y a partir de la aplicación de la Constitución, se formulan modelos de articulación que permiten materializar el vínculo de la Constitución y la ley, aplicando en la interpretación los valores, principios y finalidades desplegados a lo largo de la Carta. Con estos postulados, se puede tomar decisiones legales, sin desconocer la Constitución, interpretándola de acuerdo con las circunstancias existentes, recurriendo a la argumentación, con el fin de realizar la justicia sin aferrarse a la aplicación literal del texto normativo, pero sin desconocer la protección necesaria de los derechos fundamentales.

Frente a este punto, la Corte Constitucional manifestó que²⁹: *“La Constitución no puede sin recurrir a la ley, concretar en la realidad el principio de la libre competencia económica. Corresponde a la ley no solamente delimitar el alcance de la libertad económica, sino, además, disponer que el poder público impida que se obstruya o se restrinja y se evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado”.*

Frente a la controversia generada, La Corte Constitucional mediante sentencia C-313 de 2013 decide la exequibilidad del artículo 1° (parcial) de la ley 1555 de 2012, que adiciona el literal g) del artículo 5 de la Ley 1328 de 2009; en esta decisión la Corte extiende los efectos de la norma a créditos financieros adquiridos antes de la entrada en vigencia de la misma, generando la aplicación retrospectiva de la Ley.

Específicamente el apartado que se demanda es del artículo 1°, en su *Parágrafo 1°*. *La posibilidad de pago anticipado de los créditos anteriormente especificados, aplica a los créditos otorgados a partir de la entrada en vigencia de esta ley*³⁰.

Las motivaciones de la demanda, se sustentan en la vulneración de los artículos 1°, 6°, 13° y 29° de la Constitución Política Colombiana. Respecto del primero,

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 425 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

³⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1555 de 2012. Por medio de la cual se permite a los consumidores financieros el pago anticipado en las operaciones de crédito y se dictan otras disposiciones. Bogotá, Diario Oficial 48486 de julio 9 de 2012.

considera que el Estado mantiene una posición legalista en favor de las entidades financieras, dejando de lado su función social frente a la población, que se encuentra en estado de subordinación respecto de las entidades bancarias; el segundo, porque la sanción por pago anticipado de crédito, aplicada a personas cuyas obligaciones hayan sido adquiridas antes de la entrada en vigencia de la Ley, desconociendo de esta manera el principio de legalidad; el tercero por considerar que una distinción entre usuarios del sistema financiero de antes y después de la expedición de la Ley 1555 de 2012, vulnera el derecho a la igualdad; y finalmente, el artículo 29 de la Carta se ve quebrantado con tal distinción desconociendo el principio de legalidad y de retrospectividad de la Ley.

Bajo estos argumentos y teniendo en cuenta los evidentes avances que la Corte había realizado respecto a la defensa de los derechos de los usuarios del sistema bancario, en particular frente a las instituciones financieras; en esta ocasión asumió la responsabilidad de establecer si con la expedición de la Ley 1555 de 2012, se estaba vulnerando el derecho a la igualdad, al permitir el pago anticipado de créditos a los usuarios del sistema, limitando dicho acto sólo a los usuarios posteriores a la expedición de la referida ley, asimismo si esta diferenciación atentaba contra los postulados del Estado Social de Derecho y contra el principio de legalidad.

Para resolver esta problemática, entre mantenerse al margen en el desarrollo de las libertades contractuales, o intervenir para restablecer, proteger o permitir el ejercicio de los derechos fundamentales, la Corte inicia su análisis haciendo un recorrido minucioso por los fallos que esa misma corporación ha emanado en pro de los consumidores; refiriendo que son estos la parte “débil” de la relación contractual entre entidades financieras y particulares, en tal sentido y refiriéndose a la necesidad de intervención estatal en la regulación, control y limitación de dichos contratos, expresó:

Dada la capacidad de las organizaciones económicas, el consumidor se hace no solo presa, sino víctima de frecuentes abusos en el mercado. La idea de autonomía, propia del liberalismo e incrustada en el derecho privado, resulta insuficiente para prestar protección a este nuevo titular de derechos. La referida circulación masiva de bienes y servicios hizo exigibles nuevas formas de contratación que superaban el viejo molde del contrato tradicional. La presencia de cláusulas predispuestas por el contratante más fuerte se tornó en necesidad y, frente a una situación de sumisión por parte del adquirente de bienes y servicios, se hizo imperativa la intervención del Estado.³¹

Este punto es un claro llamado de atención a la necesidad de un control estatal a la actividad financiera y a la promoción de la democratización del crédito con el objeto de defender al consumidor financiero. Este emplazamiento que la Corte le

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-313 de 2013. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

hace al Estado, ya se había presentado en la sentencia C-1141 e 2000, postura reiterada en la sentencia C-313 de 2013, donde la Corte expresa que, en la Ley y el ordenamiento jurídico no deben desconocerse los derechos de los consumidores; éstos deben ser coherentes con los principios constitucionales, generando así un marco de protección de derechos:

La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría 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 determina 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. Con el derecho del consumidor se presenta algo similar de lo que se observa con otros derechos constitucionales. 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. El significado de un determinado derecho y su extensión, por consiguiente, no se establece sólo por la Constitución a priori y de una vez para siempre.³²

Concluye la Corte éste aparte estableciendo que, en efecto se está frente a derechos cambiantes y condicionados a las mutaciones del mercado; pero que en cualquier situación éstos, por encontrarse el particular en una relación de desigualdad frente al agente financiero, son derechos sociales, propios del Estado Social de Derecho y que es deber de éste defenderlos y establecer garantías para su ejercicio en un plano de igualdad. Desdibujando de esta manera el concepto clásico de contrato en el Estado liberal, basado en la libertad y la igualdad formal entre las partes, buscando el constructo de una igualdad material y efectiva.

En segunda instancia la Corte se ocupa de analizar la significación contractual del mutuo como negocio jurídico realizado por las entidades financieras. En principio se ocupa por definir dicho contrato citando a Guillermo Cabanellas:

“...en tanto que adjetivo, recíproco; con correspondencia o igualdad entre las partes” y seguidamente agrega “como sustantivo, contrato real en que una de las partes, el mutuante o prestamista, transmite a la otra, el mutuario o prestatario, la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles (como granos o

³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1141 de 2000. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*caldos), con la obligación de devolver igual cantidad, especie y calidad, con abono de intereses tan solo si se han pactado*³³

A partir del citado concepto se puede establecer ciertas características del contrato de mutuo, como la de ser un contrato real, que configura su tradición con entrega del bien, la de ser recíproco; y especialmente la de la igualdad de las partes contratantes, que como ya se dijo anteriormente dentro del concepto clásico se apreciarían equiparables en la relación, pero que a partir del desarrollo industrial y el consiguiente devenir histórico evidentemente se pueden tornar desiguales cuando uno de los contratantes es una entidad financiera, con notoria posición dominante. Así manifiesta la Corte: *“Se trataría, de reconocer el cambio de contexto histórico, poniendo una institución contractual a tono con las necesidades de una sociedad mercantil en la cual la entidad financiera se evidencie como dominante frente a un usuario que de querer acceder a los servicios del sistema bancario, habrá de someterse a las condiciones que le imponga el mismo.*”³⁴

La presentación de la vulneración de los derechos que requerían protección constitucional, se inicia con el derecho a la igualdad, donde se establece diferencias entre la igualdad formal, donde todos somos iguales ante la Ley; y la igualdad que reconoce en las personas diferencias de distinta índole:

(...)Estos dos contenidos iniciales del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.(...)³⁵

En este sentido se establece la necesidad de realizar un test de igualdad, que principalmente debe establecer: sujetos, la situación o ventaja que se reclama; y el criterio de diferenciación. Test de igual que encaja dentro de estas características para el caso concreto:

³³ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2003, p. 499. Citado por: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-313 de 2013. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

³⁴ *Ibíd.*, p. 2.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C- 250 de 2012, C- 1021 de 2012, C- 629 de 2011 entre otras. Citado por: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-313 de 2013. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

“(...) el juicio intermedio se ha aplicado por la Corte para analizar la razonabilidad de una medida legislativa, cuando, por ejemplo, la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental o cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia.

El juicio intermedio entraña que el examen de la norma sea más exigente. Así, en estos casos se requiere no solamente que el fin de la medida sea legítimo, sino que también sea importante, por cuanto promueve intereses públicos reconocidos por la Constitución o responde a problemas cuya magnitud exige respuestas por parte del Estado. Además, en este nivel del juicio de igualdad es preciso que el medio no sea solamente adecuado, sino que sea efectivamente conducente para alcanzar el fin que se persigue con la norma que es objeto del análisis de constitucionalidad.”³⁶

En el análisis que realiza la Corte, se pueden ver tres puntos en conflicto:

- ✓ Los sujetos de la desigualdad que son los usuarios del sistema financiero;
- ✓ El beneficio que se busca es el pago anticipado de créditos sin que se aplique sanción;
- ✓ El parámetro de diferenciación es la temporalidad, respecto de aquellos que adquirieron el crédito antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 1555 de 2012.

Para lograr su objetivo, la Corte aplica el juicio intermedio en razón de que la problemática versa sobre derechos no fundamentales y a que se vislumbra un indicio de inequidad, y lo desarrolla así:

- ✓ La Corte inicia su análisis con una pregunta: *¿El trato desigual tuvo un objeto?*, la respuesta es clara, Si, el logro de mejoras en las relaciones entre usuarios y entidades, refinanciamientos de crédito, reducción de fidelización forzosa, formalización del crédito, entre otros.
- ✓ La Corte analiza la constitucionalidad del objeto: todos los objetivos de la norma buscan el logro del derecho constitucional de libre competencia económica; además del propósito de legislar con claridad y transparencia del órgano colegiado, que también atañe a un fin constitucionalmente razonable.
- ✓ Luego la Corte se pregunta: *¿La medida se adecua al fin propuesto? ¿la eliminación de la multa por el pago anticipado de créditos bancarios, a partir de la Ley 1555 de 2012, logra el fin propuesto?*

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 227 de 2004 M.P. Cepeda Espinosa. Citado por: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-313 de 2013. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

- ✓ ¿Se debía comprometer derechos para alcanzar dicho fin? ¿Era necesario, para lograr los fines propuestos, privar del beneficio concedido en el párrafo del artículo 1º (parcial) de la Ley 1555 de 2012, a quienes habían contraído créditos del tipo de los descritos en el literal g) del artículo 5 de la Ley 1328 de 2009, antes del 9 de julio de 2012?³⁷

Frente a estas preguntas, la respuesta de la Corte, es que la medida no era necesaria para el cobro de los fines trazados, es más, la Corte encuentra que:

(...) en nada contribuye a varios de los objetivos propuestos por el principio democrático, la exclusión del beneficio de pago anticipado sin sanción para los usuarios de créditos contraídos antes del 9 de julio de 2012. Por el contrario, si se trataba de reducir la fidelización forzosa, resultaba más adecuado extender las bondades de la prescripción a los créditos excluidos. La ampliación de la cobertura a un mayor número de obligaciones, implicaba un mayor número de usuarios liberados de la fidelización forzosa.³⁸

En este entendido la Corte asume que los fines que se buscan con la norma, corresponden a postulados del Estado Social de Derecho y que la aplicación retroactiva de la norma no constituye violación del principio de legalidad, asimismo considera que no fue vulnerado el derecho al debido proceso constitucional.

La Corte adujo razones de seguridad jurídica y respeto de la libertad contractual para extender el beneficio de no multa al pago anticipado a deudores que constituyeron su crédito antes de la vigencia de la Ley demandada, dichas razones constitucionales se fundan en la cláusula del Estado social de derecho (art. 1), el logro de la promoción de la prosperidad general (art. 2º), la defensa de los derechos de los consumidores (art. 78), el derecho a la libre competencia (art. 333), el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes (art. 334), el derecho a que se promueva la democratización del crédito (art. 335), con lo cual se configura la vulneración del principio de igualdad.

Por último, la Corte advirtió que en el presente caso no se puede calificar como situación jurídica consolidada o derecho adquirido, afirma la Corte que el carácter de situaciones jurídicas consolidadas se presentaría solo en aquellos eventos en los cuales ya se hizo el pago anticipado y se ha generado el derecho de hacer efectiva la sanción. Pero en aquellos casos en los que el supuesto fáctico no ha acontecido, es válida la afectación por parte de la nueva ley.

En este entendido la Corte Constitucional decide declarar la exequibilidad condicionada de la norma acusada, en el entendido que se extiende a quienes hayan adquirido créditos antes de la entrada en vigencia de la Ley 1555 de 2012,

³⁷ Ibíd.

³⁸ Ibíd.

puesto que el pago anticipado del crédito induce la positivización de los derechos de los usuarios del sistema frente al abuso que se exponen por su condición de subordinación.

Frente a esta decisión, se podría pensar que la aplicación retroactiva de la Ley 1555 de 2012, puede generar vulneración del principio seguridad jurídica, la misma Corte reconoce que la seguridad Jurídica es uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho y que afirmar tal consecuencia de su decisión es erróneo, pues ello sería dar por hecho algo que puede no suceder, al respecto expresó:

Advierte el Tribunal Constitucional que, en el razonamiento encaminado a afirmar en este asunto, el detrimento de la libertad contractual y más ampliamente de la seguridad jurídica, subyace un equívoco. Tal inexactitud, consiste en calificar como situación jurídica consolidada o derecho adquirido la posibilidad de cobrar una penalidad cuando se presentan pagos anticipados en materia de créditos. Recuerda en este asunto la Sala, la importancia de los elementos que estructuran la norma jurídica, como lo son, el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Entiende la Corporación que la aplicabilidad de la última, depende del cumplimiento del primero. En la situación en estudio, el supuesto a cumplir para predicar la consecuencia, es el pago anticipado. Es frente a este suceso, que tiene lugar la exigibilidad de la penalidad por prepago. En tanto, no se dé el pago anticipado, se está frente a una mera expectativa.³⁹

Se trata de una mera expectativa que tiene la posibilidad de ser modificada y por lo tanto al extender los efectos de la norma no se vulnera ni la libertad contractual, ni la seguridad jurídica; y se defienden los derechos de los consumidores en armonía con el Estado Social de Derecho.

En concordancia con todo lo expuesto anteriormente, si bien la Corte Constitucional vuelve a intervenir la esfera privada que subyace en los Negocios Jurídicos bilaterales, obligando a los contratantes a privilegiar derechos fundamentales; generando nuevamente una crisis para el concepto de Contrato; y reiterando la Constitucionalización del Derecho Privado; su decisión es muy adecuada pues conforme a la cláusula de Estado Social de Derecho, el Estado debe controlar el sistema financiero en procura de generar mayores ventajas a los usuarios del mismo. En tal sentido la Ley 1555 de 2012, establece facilidades de negociación de cartera, mayor reconocimiento de la libertad de los consumidores, mayor armonía con el Sistema y ventajas para formalizar las transacciones crediticias.

³⁹ Ibíd.

6. CONCLUSIONES

Además de las justificaciones prácticas de la eliminación de las sanciones del pago anticipado de los créditos descritos en el Artículo 1 de la Ley 1555 de 2012, también se acompañan las de tipo jurídico, las cuales fueron resumidas en el pronunciamiento judicial que efectuó la Corte Constitucional en Sentencia C-313 del 2013 al estudiar la exequibilidad del parágrafo 1 del anterior artículo mencionado, entre ellas, preciso “...*la cláusula del Estado social de derecho (art. 1), el logro de la promoción de la prosperidad general (art. 2º), la defensa de los derechos de los consumidores (art. 78), el derecho a la libre competencia (art. 333), el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes (art. 334), el derecho a que se promueva la democratización del crédito (art. 335)...*”

Manifestó en aquel pronunciamiento que la despenalización del prepago es considerada como una forma de protección de los derechos del consumidor financiero, los cuales orbitan en el eje de los intereses públicos que caben al interior de un Estado Social de Derecho y que en consecuencia le impone diversas obligaciones que le permiten intervenir en las actividades económicas del mercado a fin de garantizarlos material y eficazmente. Así puede el Estado a través del congreso, inmiscuirse en el ámbito de las relaciones privadas para proteger a aquel que se encuentra en una situación de debilidad y subordinación en la contratación financiera frente al otro que posea la posición dominante, para así dar garantía real a los principios de libertad contractual y autonomía de la voluntad que en la esfera formal dan apariencia de cumplimiento, no obstante en la material se pueden ver cuartados con ocasión de las capacidad económica y la disponibilidad de recursos del agente comercial frente a la necesidades de obtenerlos del consumidor, intervención que es propia de un estado social de derecho y no de régimen puramente liberal de finales del siglo XVIII y principios del XIX.

Así mismo sostuvo que la medida que se estudia también propicia la prosperidad general y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes por fomentar la realización de los niveles máximo de competencia de las instituciones que participan en el mercado financiero al extinguir la fidelidad forzada mediante la posibilidad del pago anticipado sin la aplicación de la respectiva sanción. De ahí que dijera que la despenalización del prepago posibilite la satisfacción de las obligaciones primigenias adquiridas con entidad bancaria con ofertas crediticias más beneficiosas planteadas con posterioridad por parte de otra, generándose así una carrera de atracción del mayor número de consumidores financieros que involucra el planteamiento de condiciones financieras más atractivas para las conveniencias de aquellos y que permiten a la población al acceso favorable del crédito para la obtención de los recursos que permite elevar la calidad de vida.

También entendió la Corte que la liberación del usuario frente a las obligaciones de créditos que permiten el pago anticipado sin aplicación de algún tipo de sanción, implica indefectiblemente la liberación del mercado para poner el activo económico por las entidades financieras con atractivos para los consumidores, de manera que la libertad del consumidor conlleva a la libertad de la competencia de tipo empresarial. Y con libre competencia empresarial rebosante de ofertas de créditos favorables para los usuarios del crédito, se llega aun más a la democratización del crédito, que por demás resulta como derecho constitucional de los asociados, puesto que la favorabilidad del préstamo hará que el mismo se extienda a la mayor parte de la población en razón a su accesibilidad dadas las facilidades y los beneficios de su adquisición que surgen precisamente de ese auge competitivo de las entidades que conforman el sector bancario.

Pero si bien mediaron todos los anteriores soportes constitucionales que sirvieron de base para la permanencia de la supresión de la sanción del pregrado de créditos financieros dentro del ordenamiento jurídico, lo cierto es que la misma resistió el juicio de exequibilidad tan solo de forma condicionada, por lo que hubo necesidad de precisar los alcances de su interpretación para modular los efectos de su aplicación en aras de conservar la constitucionalidad de esa medida legal. En su argumento, sostuvo la Corte que el parágrafo del Artículo 1 de la Ley 1555 de 2012 desaprobó el test de igualdad intermedio al no lograrse desvirtuar en indicio de inequidad que se avizoraba desde su contenido, consistente en el trato diferenciado de aquel sector de deudores que habían adquirido acreencias financieras con anterioridad a la 09 de julio de 2012, es decir a la entrada en vigencia de la mentada ley, frente a los que los habían adquirido con posterioridad a esa fecha.

En soporte de lo anterior, manifestó el Alto Tribunal que la privación del beneficio del prepago sin penalización en contra de quienes se había constituidos como deudores de créditos financieros con anterioridad a la vigencia de la ley, en nada resultaba necesaria para la consecución de los referidos fines de la misma norma, y por el contrario, se trataba de una exclusión que evidentemente los reducía hasta el desconocimiento, de manera que la limitación de los derechos de ese tipo de deudores no ostenta justificación constitucional, y así el criterio temporal que resultaba determinante para asignar el beneficio de la supresión de la sanción del pago anticipado únicamente a los deudores de créditos posteriores al 09 de julio de 2012 con privación de aquellos que los habían adquirido anteriormente, no se ajustaba al precepto constitucional de igualdad de la Carta Política.

Pero como quiera que la inconstitucionalidad advertida orbitó únicamente en el factor temporal de determinación de la asignación del beneficio referido sin extender a los objetivos perseguidos con la Ley que lo implementó, la Corte decidió dejar la norma acusada de exequibilidad en el ordenamiento jurídico, pero con entendimiento diferente al inicialmente proyectado a fin de subsanar la enrostrada inconstitucionalidad, siendo entonces imperiosa la ampliación de la

despenalización del pago anticipado sobre créditos que se hubieran adquirido de manera previa a la vigencia de dicha Ley 1555 de 2012, de donde surgió precisamente la referida constitucionalidad condicionada.

En dicho pronunciamiento también precisó que la extensión del beneficio de la eliminación del pago anticipado en beneficio de los deudores cuyos créditos fueron adquiridos con anterioridad a la citada fecha, no debe concebirse como la aplicación de los unos efectos retroactivos que el legislador no le asignó a la norma, que por demás resultan violatorios de la seguridad jurídica que permeó situaciones contractuales efectivamente consolidadas. De manera que tal beneficio no es de aplicación sobre aquellos créditos que ya fueron objeto del pago anticipado, pues tal situación de facto, genera un derecho adquirido a favor del acreedor financiero que lo facultad a hacer efectiva la sanción, respetándose así el principio de seguridad jurídica que deviene de situaciones consumadas.

Así, la despenalización se estableció solamente para aquellos créditos adquiridos en cualquier momento, pero que en todo caso no hubieren sido objeto de pagos anticipados, pues la ausencia de este supuesto de hecho crea únicamente una expectativa del cumplimiento de la sanción que puede ser intervenida por el legislador.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALEXI, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España: s.n. 2002.

ALMONAVID S, Juan Jorge y GARÍA L, Nelson G. Derecho de la competencia. Bogotá: Legis Editores S.A. 1998.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. La Constitucionalización del Derecho Público. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000

BASTIDAS, Patricia. La Constitucionalización del proceso. En: Revista Pensamiento Jurídico No. 24. Bogotá, s.f.

CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. "Constitucionalización del Derecho Comercial: algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia". Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario, 2007.

Corte Constitucional Sentencia C-823/11 Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.

_____. Sentencia T-083 de 2002.

_____. Sentencia C- 425 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

_____. Sentencia C- 1064 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica 4.1.2.

_____. Sentencia C-131 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica 2.1

_____. Sentencia C-158 de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

_____. Sentencia T- 083 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Tribiño.

_____. Sentencia T- 389 de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica 25.

_____. Sentencia T-763 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Julio 21 de 2005.

_____. Sentencias C-475 de 1997; C-406 de 1992; C-225 de 1995.

Corte Suprema Americana. Sentencia del 24 de febrero de 1803. Chief Justice. Marschall.

DANE. Informe sobre Medición del Empleo Informal. Trimestre móvil mayo- julio de 2010.

Disponible en: www.asobancaria.com/portal/pls/portal/docs/1/780076.PDF

Disponible en: <http://actualicese.com/actualidad/2011/09/13/el-nuevo-metodo-de-medicion-dice-que-viviendo-con-190-000-no-se-es-pobre/>

GOSTA ESPING-ANDERSEN. Los tres mundos del estado del bienestar edicions alfons el magnanim institució valenciana d'estudis 1 investigació generalitat valenciana diputació provincial de valencia 1993. Disponible en: <http://www.conviteac.org.ve/admin/publicaciones/libros/GOSTA%20ESPING-ANDERSEN-%20de%20bienestar-1993.pdf>

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Bogotá: Legis, Ediciones UNIANDÉS, 2002.

MEJÍA QUINTANA, Oscar. Justicia y democracia consensual (La teoría neocontractualista en John Rawls). México: Siglo del Hombre Editores, 1997.

RAWLS, John. Teoría de la Justicia (traducción de María Dolores Gonzáles). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 19.

_____. Unidad social y bienes primarios. En Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia. (MA. Rodillatr) Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

Superintendencia Bancaria. Concepto 2012056224-001 del 9 de agosto de 2012.

Superintendencia Bancaria. Concepto 2212053437-001 del 13 de julio de 2012.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Conceptos 2212053437-001 del 13 de julio de 2012, Concepto 2012056224-001 del 9 de agosto de 2012, Concepto 2012073410-007 del 9 de noviembre de 2012, Concepto 2012106722-001 del 31 de enero de 2013, Concepto 2013019348-001 del 24 de abril de 2013.

Superintendencia Financiera de Colombia, Informe de Transacciones y Operaciones- Resumen General del Sistema a Diciembre de 2010.

TORRERO MAÑAS, Antonio. Liberación. Diferencias entre el sector Financiero y el Sector Real. España: Universidad de Málaga de CC EE y EE No. 50-51, 2006. Pp. 85-101.