

LA ARMONIZACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO EN AMÉRICA LATINA* *THE HARMONIZATION OF FINANCIAL CONSUMER PROTECTION IN LATIN AMERICAN*

Jorge Armando CORREDOR HIGUERA**

RESUMEN: A nivel global, los Estados y la arquitectura financiera internacional han buscado, mediante la regulación, la estabilidad de los mercados financieros, situación que se ha reflejado en Latinoamérica en la regulación prudencial de varios Estados. Actualmente, los procesos de integración de los mercados financieros son más dinámicos a nivel global, regional y bilateral, lo que sumado a los adelantos tecnológicos y la generación y comercialización de productos y servicios financieros transnacionales, repercute en la desaparición de fronteras en el mercado global financiero. No obstante, la protección de los consumidores financieros no ha tenido el desarrollo esperado, sino sólo una particular importancia por razón de las nefastas consecuencias de las crisis financieras. Así, los consumidores financieros de los países latinoamericanos además de contar con protección estatal deben poseer una protección regional que responda a los procesos de integración financiera.

ABSTRACT: Globally, both States and the international financial architecture have searched all the rules governing the financial markets have intended the stability of financial markets. This situation has resulted in the prudential regulation of Latin American States. The process of integration of financial markets is a dynamic global, regional and bilateral. Similarly, technological advances and the generation and marketing of products and offshore financial services have led to the disappearance of borders in the global financial markets. However, the protection of financial consumers is an issue that has not had the expected development just having a particular importance because of the dire consequences of financial crises. Thus, financial consumer of Latin American countries in addition to state protection should have a regional protection to guarantee their rights in the process of financial integration that are being developed.

Palabras clave: arquitectura financiera internacional, consumidor financiero, estabilidad financiera, integración financiera, cláusulas abusivas, información, quejas, e-banking.

Keywords: International Financial Architecture, Consumer Financial, Financial Stability, Financial Integration, Unfair Terms, Information, Complaint, e-Banking.

* Artículo recibido el 18 de diciembre de 2014 y aceptado para su publicación el 15 de mayo de 2015.

** Abogado y especialista en derecho privado económico por la Universidad Nacional de Colombia. Maestría en derecho internacional, inversiones, comercio y arbitraje impartido por la Universidad de Heidelberg-Universidad de Chile. Docente investigador del Departamento de Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia y profesor en pregrado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado
nueva serie, año XLVIII, núm. 144,
septiembre-diciembre de 2015, pp. 931-972

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Integración de los mercados financieros en los mercados globalizados*. III. *Protección al consumidor financiero en el ámbito de los mercados globalizados*. IV. *Armonización en materia de protección al consumidor financiero en el contexto latinoamericano*. V. *Mecanismo especializado de resolución de controversias*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La integración de los mercados financieros a nivel global, regional y bilateral ha tenido un acelerado desarrollo durante las últimas décadas, debido a la negociación de servicios y productos financieros transnacionales, las innovaciones tecnológicas y a la presencia de conglomerados financieros en todas las latitudes del globo.

Ahora bien, el proceso de integración se ha desarrollado a través de normas de derecho internacional público como es el caso del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y los dos protocolos adicionales en materia de servicios financieros dentro del marco de la Organización Mundial del Comercio, con el fin de buscar una integración gradual, sectorial y con excepciones. En igual sentido, en el marco de integración regional se han realizado esfuerzos de integración en los mercados financieros, como es el caso de la Comunidad Andina, en donde a pesar de existir una serie de normas comunitarias sobre comercio de servicios (decisiones 439 de 1998 y 510 de 2001) no se han desarrollado adelantos de fondo sobre comercio de servicios financieros. De igual manera, el Mercado Común del Sur (Mercosur) cuenta con un Acuerdo Marco de Servicios suscrito en 1997, dentro del cual se encuentra un anexo en materia de liberalización de servicios y productos financieros. Finalmente, los distintos países de la región han celebrado un sinnúmero de tratados de libre comercio con terceros Estados siguiendo el modelo NAFTA, en los cuales se ha buscado una mayor liberalización de los mercados financieros.

Por otra parte, la arquitectura financiera internacional ha establecido a través de *soft law* criterios sobre supervisión, regulación, administración de riesgos y criterios contables con el fin de buscar una estandarización global en materia de regulación y supervisión y, de esta manera, lograr una estabilidad financiera.¹ Se debe recalcar que los países latinoamericana-

¹ Se destacan los esfuerzos del Comité de Basilea, IOSCO, IAIS, etcétera.

nos han acogido en su mayoría dichos criterios, claro está, adaptándolos a las condiciones propias y desarrollo de cada mercado financiero.

No obstante, a pesar de los avances globales de buscar una mayor liberalización de los servicios y productos financieros y una estandarización en materia de regulación y supervisión, los esfuerzos en relación con la protección al consumidor financiero, han sido incipientes, siendo el detonante para tal desarrollo la crisis financiera internacional de 2008.² Es de resaltar los avances dentro del marco del proceso de integración de la Unión Europea, en los que se pueden recalcar la legislación comunitaria en crédito al consumo, las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, las reglas de protección de los consumidores en contratos a distancia, entre otras.

Bajo dichos antecedentes, este trabajo busca determinar la necesidad de establecer en el seno de los países latinoamericanos, ya sea a nivel de bloques de integración —Mercosur, CAN, etcétera—, o a nivel regional, una armonización normativa en materia de protección al consumidor financiero en aras de salvaguardar sus derechos y mucho más, frente a la realidad de servicios y productos financieros transnacionales, como el comercio transfronterizo de seguros, consumo de seguros en el exterior, la apertura de sucursales de establecimientos bancarios y compañías de seguros extranjeros en países dentro de las obligaciones contraídas a través de tratados de libre comercio, entre otros.

Por lo tanto, la regulación en materia de protección al consumidor debe hacer frente en los siguientes temas: protección contra cláusulas y prácticas abusivas, facultad sancionatoria de las autoridades, sistema óptimo de atención de quejas, mecanismos de resolución de disputas eficiente y especializado de tipo privado y judicial, transparencia y revelación de información, protección a los consumidores financieros por razón de fraudes, información general sobre condiciones y productos ofrecidos por cada institución financiera, así como reglas claras sobre fomento y protección de la competencia.

Es importante recalcar que en este trabajo, al hacer alusión al concepto de consumidor financiero, se está haciendo referencia a los consu-

² Se destacan el Reporte del Financial Stability Forum del 26 de octubre de 2011, los principios para la protección de los consumidores financieros de la OCDE del 18 de octubre de 2011, las buenas prácticas para la protección de los consumidores financieros del Banco Mundial de marzo de 2011, entre otros.

midores de banca de consumo, es decir, las personas naturales o morales que hacen uso de productos y servicios financieros para su consumo o para el giro ordinario de sus negocios, sin que estén incluidos los grandes conglomerados empresariales y financieros que también podrían encuadrar como clientes de los servicios financieros a nivel global en la región.

Así, en el presente trabajo se desarrollará una contextualización de la integración de los mercados financieros a nivel global, regional y bilateral, se determinarán los mecanismos de protección del consumidor financieros existentes en las legislaciones domésticas, la arquitectura financiera internacional y los bloques económicos, para finalizar con una propuesta de cuáles podrían ser los criterios mínimos de armonización en América Latina en materia de protección al consumidor financiero.

II. INTEGRACIÓN DE LOS MERCADOS FINANCIEROS EN LOS MERCADOS GLOBALIZADOS

La dinámica de los procesos de globalización de mercados de productos y servicios financieros ha traído como consecuencia una preocupación de los Estados de buscar reglas claras en materia de comercialización de estos servicios y evitar medidas proteccionistas discriminatorias. Por otra parte, además de contar con mercados en procesos de apertura de servicios financieros, es necesario que dichos Estados cuenten con criterios de regulación y supervisión financiera que den estabilidad al sector. Por tal razón, en las siguientes líneas se procederá a desarrollar una contextualización de dichos procesos de integración desde el comercio internacional y la arquitectura financiera internacional.

1. *Dinámica de los productos y servicios financieros*

La integración financiera ha generado a nivel global procesos de diversificación de riesgos, desregulación de los servicios financieros y circulación de capitales. Igualmente, las nuevas tecnologías en materia de comercialización de servicios financieros han tenido un impacto en los procesos de integración a través de: *i*) sitios web que suministran información de productos y servicios financieros pudiendo el consumidor realizar tanto solicitudes y dar instrucciones a las entidades financieras como hacer operaciones financieras de transferencia de fondos, pagos y transacciones *on-*

línea;³ ii) banca móvil que permite a los consumidores financieros acceder a sus servicios y productos financieros desde sus móviles,⁴ y iii) demás medios tecnológicos como cajeros automáticos, dinero plástico, transferencia electrónica de fondos, entre otros.

Por otra parte, la comercialización de productos y servicios financieros entre entidades financieras y consumidores ubicados en distintas latitudes se ha potencializado en la última década, destacándose la transacción de seguros y otros servicios financieros a través del comercio transfronterizo, la presencia comercial y consumo en el extranjero. Igualmente, los fondos de inversión han tenido un crecimiento sin igual, superando los 35 billones de dólares en 2012, lo cual ha llevado a que los Estados busquen reducir las restricciones que presentan la negociación de estos mecanismos principalmente en materia tributaria.⁵

Un reflejo de tal situación se materializa con la información que suministra la Organización Mundial del Comercio, la cual determinó que para 2012 la comercialización de servicios financieros en las economías desarrolladas fue de 6%, mientras que las de las economías en desarrollo, junto con las de la Comunidad de Estados Independientes aumentaron 3%.⁶

³ Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria, *Administración y supervisión de actividades de banca electrónica transfronteriza*, octubre de 2002, http://www.asba-supervision.org/dmdocuments/2010-07-18_DCB-2002-04-Esp.pdf

⁴ Ruiz, José y Srinivas, Val, *El futuro de la banca móvil en América Latina*, Delloite, 2012, [http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Mexico/Local%20Assets/Documents/mx\(es-mx\)Futuro_banca_movil2012.pdf](http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Mexico/Local%20Assets/Documents/mx(es-mx)Futuro_banca_movil2012.pdf)

⁵ Así, la OECD junto con la Unión Europea han trabajado sobre la materia. Para mayor información consultar, *OECD releases system to reduce compliance cost and facilitate cross-border investment*, <http://www.oecd.org/newsroom/system-to-reduce-compliance-cost-facilitate-cross-border-investment.htm>

⁶ Organización Mundial del Comercio, comunicado de prensa, 10 de abril de 2013, http://www.wto.org/spanish/news_s/pres13_s/pr688_s.htm. En dicho documento se estableció: “Las exportaciones de servicios financieros en términos de dólares disminuyeron en 2012 un 4% en los Estados Unidos, un 8% en el Reino Unido, un 2% en Alemania, y especialmente en Francia un 20%. Varios países más pequeños de la UE también registraron caídas de dos dígitos en el subsector de los servicios financieros, en particular Austria (-11%), Chipre (-21%), Grecia (-29%) y España (-11%). Las exportaciones totales de servicios financieros de Suiza se contrajeron un 8%. En cambio, las exportaciones de servicios financieros del Japón aumentaron un 13% y las de China un 58%. Por último, los centros financieros asiáticos de Singapur y Hong Kong, China, se mantuvieron a flote en 2012, con un crecimiento del 0% y el 4%, respectivamente”.

2. Comercio internacional de servicios financieros

Dentro del Marco de la Organización Mundial del Comercio se creó el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) —General Agreement on Trade in Services (GATS, siglas en inglés)—, con el fin de establecer los criterios básicos en materia de comercio de servicios internacionales. Así, el AGCS busca establecer un marco común de disciplinas para regular transacciones internacionales, promover la liberalización progresiva por medio de rondas de negociación y asegurar transparencia de la normatividad sobre el comercio de servicios a nivel mundial.⁷

Ahora bien, el AGCS cuenta con dos anexos que regulan lo correspondiente al comercio de servicios financieros, cuya finalidad es proteger a los consumidores y mantener la estabilidad financiera de los Estados parte del Acuerdo.⁸ Dichos anexos excluyen los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales, como funciones de banca central, actividades de seguridad social y cualquier actividad que realicen los Estados con sus recursos. Por otra parte, los Estados parte del Acuerdo están facultados para mantener su regulación en materia prudencial y hacer uso de los mecanismos de seguridad financiera en aras de proteger a los depositantes, inversionistas y ahorradores y mantener la estabilidad del sector. Igualmente, el anexo permite la protección del secreto bancario y demás información privada susceptible, sea que ésta se encuentre bajo la administración de entidades públicas o privadas.

En el marco de integración regional se han realizado esfuerzos de integración en los mercados financieros, como es el caso de la Comunidad Andina en donde a pesar de existir una serie de normas comunitarias sobre comercio de servicios (decisiones 439 de 1998 y 510 de 2001) no se han desarrollado adelantos de fondo en materia de comercio de servi-

⁷ Organización Mundial del Comercio, “*El Acuerdo general sobre el comercio de servicios introducción*”, División de Comercio de Servicios, 31 de enero de 2013, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gsintr_s.pdf

⁸ Wolfrum, Rüdiger y Stoll, Peter-Tobias, *WTO — Trade in Services— Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2008, p. 817; United Nations Conference on trade and development, “Dispute Settlement —Word Trade Organization— 3.13 GATS”, Nueva York, ONU, 2003.

cios financieros⁹ teniendo como precedente únicamente el artículo cuarto transitorio de la Decisión 439 de 1998, que busca la elaboración de un Proyecto de Decisión que contenga las normas que regulen el proceso de liberalización del comercio de servicios financieros entre los países miembros.¹⁰

De igual manera, el Mercado Común del Sur (Mercosur) cuenta con un Acuerdo Marco de Servicios suscrito en 1997 dentro del cual se encuentra un anexo sobre liberalización de servicios y productos financieros, destacándose el compromiso de armonización en relación con la regulación prudencial, la supervisión consolidada y el intercambio de información —artículo IV del anexo— lo cual no se ha podido materializar por razones políticas y la diferencia de mercados financieros entre los países del bloque.¹¹

Finalmente, los distintos países de la región han celebrado un sinnúmero de tratados de libre comercio (TLC) en los cuales se ha buscado una mayor liberalización de los mercados financieros.¹² Es de resaltar como puntos cruciales de estos TLC en materia de servicios financieros lo correspondiente a la cláusula de la nación más favorecida, trato nacional,

⁹ Véase Baquero Herrera, Mauricio, “¿Es posible la integración financiera de los países andinos dentro del contexto del Acuerdo de Cartagena?”, *Contexto Revista de Derecho y Economía*, Bogotá, núm. 19, noviembre de 2004, pp. 7-53, <http://www.mauriciobaquero.com/wp-content/uploads/2011/11/Es-possible-la-integraci%C3%B3n-bancaria-en-los-pa%C3%ADses-en-la-CAN.pdf>; Drouet, Xavier, “Diferentes enfoques de negociación sobre servicios financieros”, *Biblioteca Digital Andina*, Perú, <http://www.comunidadandina.org/BDA/docs/CAN-PAS-0002.pdf>

¹⁰ Comunidad Andina de Naciones, Decisión 439 de 1998, “Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina”, <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec439s.asp>

¹¹ Fanelli, José María, “Mercosur: integración y profundización de los mercados financieros”, en Fanelli, José María (comp.), *Mercosur: integración y profundización de los mercados financieros*, Serie Red Mercosur, núm. 9, 2008, pp. 11-38; Drouet, Xavier, “Diferentes enfoques...”, *cit.*; Abreu, Marcelo de Paiva, “Integración financiera en los países del Mercosur”, *Integración & Comercio*, Buenos Aires, serie núm. 1, enero-abril de 1997, pp. 85-102, http://www.iadb.org/intal/intalodi/integracion_comercio/e_INTAL_IYC_01_1997_dePaivaAbreu.pdf

¹² Es el caso del Tratado de Libre Comercio Colombia-Estados Unidos, <https://www.mincomercio.gov.co/tlc/publicaciones.php?id=727>; Colombia-Canadá, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-columbie/chapter11-chapitre11.aspx?lang=eng&view=d>; Chile-Estados Unidos http://www.direcon.gob.cl/sites/default/files/bibliotecas/EU_Servicios_Financieros_0104.pdf; Panamá-Estados Unidos, <http://www.mici.gob.pa/detalle.php?cid=15&sid=57&clid=133&id=3057>

transparencia, comercio transfronterizo de seguros —modos 1, 2 y 4— y de servicios diferentes a seguros —modos 1 y 4—, presencia comercial, control a los flujos de capital, administración de fondos de inversión y autorización de nuevos servicios financieros.

3. *Arquitectura Financiera Internacional (AFI)* *como mecanismo de estandarización*

El Fondo Monetario Internacional, en su informe de estabilidad financiera mundial de 2013, determinó que a pesar de una mejora global de los efectos de la crisis financiera internacional, es necesario que los Estados sigan aplicando políticas de reajuste y regulación del sector financiero, saneamiento de los balances de los bancos, mejora de los flujos de crédito, estructuración de administración de riesgos de liquidez y adecuación de capital en los términos de Basilea III.¹³

Bajo dicha premisa, es del caso proceder a realizar la siguiente pregunta: ¿cuál es el mecanismo establecido para buscar dicha estabilidad financiera? Frente a dicho interrogante, después de la Segunda Guerra Mundial y como respuesta a las graves implicaciones económicas que dejó dicha guerra, se empezó a estructurar una Arquitectura Financiera Internacional (AFI) que tuvo como antecedente al Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Así, dicha AFI buscó establecer una estabilidad monetaria internacional, creó mecanismos que favorecieran la convertibilidad de las monedas, financió países a través de empréstitos, estableció criterios de control en materia de balanza de pagos, entre otros.

Por otra parte, la necesidad de establecer una adecuada administración de riesgos financieros, al igual que la aplicación de prácticas y estándares en materia contable, capital adecuado de instituciones financieras, supervisión y regulación, así como reglas claras sobre gobierno corporativo, trajo como consecuencia la creación de una serie de instituciones de naturaleza internacional encaminadas para tal fin, dentro de las cuales se

¹³ Fondo Monetario Internacional, “Informe sobre la estabilidad financiera mundial—abril 2013. Resumen ejecutivo”, <http://www.imf.org/external/spanish/pubs/ft/gfsr/2013/01/pdf/sums.pdf>.

puede destacar el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea,¹⁴ el Banco de Pagos Internacional, la Organización Internacional de Comisiones de valores (*International Organization of Securities Commission —IOSCO—*),¹⁵ la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (*International Association of Insurance Supervisors —IAIS—*),¹⁶ entre otros.

De lo expuesto se puede concluir que la AFI está encaminada a establecer criterios globales en materia de regulación y supervisión, los cuales han sido acogidos por la mayoría de Estados entre los que se incluyen los de la región, en aras de garantizar una estabilidad financiera tanto a nivel doméstico como a nivel internacional y, de esta manera, evitar y/o mitigar los impactos nefastos de una crisis financiera.

¹⁴ Es así como el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria tuvo como génesis la generación de criterios claros por parte de las instituciones financieras en materia de solvencia, capitales mínimos y administración de riesgos —Acuerdo de Capital de Basilea I, II y III—, extendiendo su función igualmente al establecimiento de principios y reglas sobre prácticas de regulación y supervisión de los mercados bancarios internacionales —principios básicos para una supervisión bancaria eficaz—, todo encaminado a que los Estados establecieran criterios en materia de regulación prudencial y de esta manera evitar y/o contrarrestar crisis financieras. Véase Baquero Herrera, Mauricio, “Derecho financiero y globalización: la nueva propuesta del Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria”, en Ramírez Cleves, Gonzalo (comp.), *Derecho en el contexto de la globalización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 2-82, <http://www.bis.org/publ/bcbst129esp.pdf>.

¹⁵ Igualmente, la International Organization of Securities Commissions (IOSCO) en su calidad de representante global de los organismos reguladores del mercado de valores determinó una serie de principios básicos en materia de regulación y supervisión de dichos mercados en aras de buscar la reducción de riesgo sistémico, protección a los inversionistas y garantía de mercados transparentes, eficientes y justos. Véase International Organization of Securities Commissions, “Objectives and Principles of Securities Regulation”, IOSCO, mayo de 2003, <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD154.pdf>.

¹⁶ La International Association of Insurance Supervisors (IAIS) ha establecido una serie de principios encaminados a la materialización de un marco general de supervisión y regulación en materia aseguradora que sea aceptado a nivel global. La finalidad es buscar un *sistema asegurador justo, seguro y establece encaminado a la protección de los intereses de los aseguradores, sus beneficiarios y demandantes, así como para contribuir a la estabilidad del sistema financiero*. Asociación Internacional de Supervisores de Seguros, “Principios básicos de seguros, estándares, guía y metodología de la evaluación”, 1o. de octubre de 2011, <http://www.iaisweb.org/Translations-Japanese-Korean-Portuguese-Russian-Spanish-443>.

III. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO EN EL ÁMBITO DE LOS MERCADOS GLOBALIZADOS

Los Estados han tenido como criterio de intervención en los mercados financieros la protección al consumidor en aras de corregir las fallas del mercado que lo pueden afectar, en especial lo correspondiente a la asimetría de la información, falta de competencia y externalidades negativas reflejadas en crisis financieras. En este sentido, cada Estado determina una estructura institucional y diversos mecanismos de protección encaminados a tal fin.

Ahora bien, dicha intervención del Estado está dirigida a buscar una protección del consumidor financiero en los siguientes campos: *i)* negocial, en las etapas precontractuales, contractuales y post contractuales; *ii)* suministro de información y transparencia en ésta; *iii)* procesos sancionatorios en contra de entidades financieras; *iv)* mecanismos de resolución de conflictos; *v)* reglas en materia de fomento y protección de la competencia; *vi)* sistemas de atención de quejas; *vii)* protección de fraudes, y *viii)* educación financiera.

Bajo este planteamiento, a continuación se describen algunos arreglos institucionales de protección a los consumidores financieros en América sin desconocer la importancia de otros modelos en la región. Veamos:

<i>Estado</i>	<i>Mecanismo de protección</i>	<i>Forma de materialización</i>
Estados Unidos	Regulación	Ley Dodd Frank Wall Street Reform del 21 de julio de 2010, Título X con la creación de la Consumer Financial Protection Boreau. Se le concedió amplias facultades a la Consumer Financial Protection Boreau para regular en materia de protección al consumidor financiero al centralizarse las funciones en una sola agencia. Expide marcos de regulación en préstamos hipotecarios, servicios bancarios, tarjetas de crédito, <i>payday lendings</i> , ahorros. Gobierno federal: expide políticas en lo concerniente a la seguridad social. Federal Reserve Board y Department of Housing and Urban Devolpment, expiden requisitos de regulación en materia de hipotecas. Federal Deposit Insurance Commision para regular el tema de los <i>payday loans</i> .

<i>Estado</i>	<i>Mecanismo de protección</i>	<i>Forma de materialización</i>
	Definiciones	Consumidor financiero. Producto o servicio financiero en un sentido amplio.
	Supervisión	Consumer Financial Protection Bureau.
	Consumer Financial Protection Bureau	Funciones: 1. Supervisión. 2. Regulación. 3. Combatir prácticas abusivas de entidades financieras. 4. Recibir reclamos. 5. Fomentar la educación financiera. 6. Representación judicial. 7. Monitorear el mercado para identificar nuevos riesgos para los consumidores. 8. Investigar la forma de actuar de los consumidores financieros.

Se debe determinar que el modelo de protección al consumidor financiero en Estados Unidos se reestructuró en 2010 por medio de la Ley Dodd Frank. Ésta creó *The Consumer Financial Protection Bureau* (Oficina para la Protección Financiera del Consumidor) como una agencia de carácter independiente que hace parte de la *Board of Governors of the Federal Reserve System*.

Ahora bien, dentro de las principales funciones de dicha Ley está la de regular todo lo correspondiente a la oferta de productos financieros al consumidor bajo las leyes federales financieras de consumo. De esta manera, la *Consumer Financial Protection Bureau* busca que se cumplan las leyes federales financieras sobre la materia, en aras de permitirles a los consumidores tener acceso a los productos y servicios financieros y, de esta manera, buscar mercados justos, transparentes y competitivos.¹⁷

Es así como este modelo dista del implementado en Colombia en donde la supervisión de la normatividad en materia de protección al consumidor financiero está en la Superintendencia Financiera —supervisor en materia de estabilidad financiera— o del caso chileno (Sernaf) o peruano (Indecopi) en donde la supervisión sobre el cumplimiento de las normas en materia de consumidor financiero está en cabeza de la misma entidad que supervisa el cumplimiento de las normas en materia de consumidor general.

¹⁷ Ley Dodd Frank, “Sec. 1021. Purpose, Objectives, And Functions. (A) Purpose.— The Bureau shall seek to implement and, where applicable, enforce Federal consumer financial law consistently for the purpose of ensuring that all consumers have access to markets for consumer financial products and services and that markets for consumer financial products and services are fair, transparent, and competitive”.

<i>Estado</i>	<i>Mecanismo de protección</i>	<i>Forma de materialización</i>
Colombia	Definiciones	Consumidor financiero. Producto o servicio financiero en un sentido amplio.
	Regulación	Constitución Política de 1991 artículo 79; Congreso de la República: Leyes 1328 de 2009 ^a y 1480 de 2012; Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
	Supervisión	Superintendencia Financiera de Colombia.
	Definiciones	1. Consumidor financiero: usuario, cliente, potencial cliente. 2. Institución financiera. 3. Producto financiero. 4. Servicio financiero. 5. Contratos de adhesión.
	Consagración de derechos	1. Productos y servicios con estándares de calidad y seguridad. 2. Publicidad e información. 3. Recibir educación financiera. 4. Pago anticipado de créditos sin penalidades.
	Contenido mínimo de la información	1. Características de los productos o servicios. 2. Los derechos y obligaciones. 3. Las condiciones. 4. Las tarifas o precios y la forma para determinarlos. 5. Las medidas para el manejo seguro del producto o servicio. 6. Las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato.
	Cláusulas y prácticas abusivas	En contratos de adhesión, se maneja dos tipos de listas: una cerrada de conductas y una abierta, al permitírsele a la Superintendencia Financiera determinar otros tipos de estipulaciones contractuales que pueden ser abusivas.
	Defensoría del consumidor financiero	1. Decisiones obligatorias sólo en los casos en los cuales el consumidor y la entidad y lo acuerden de forma previa. 2. Funciones de conciliación. 3. Vocería de los consumidores. 4. Autonomía en relación con la entidad financiera.
	Educación financiera	Como derecho de los consumidores financieros. Debe ser protegida por parte de las instituciones financieras, las autoridades, los gremios y las asociaciones de consumidores.
	Sanciones administrativas	Por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia por infracción al régimen de protección del consumidor financiero.
Protección judicial	1. Superintendencia como autoridad administrativa tiene funciones judiciales en caso de controversias contractuales. 2. Acciones colectivas: populares y de grupo. 3. Acción de tutela. 4. Jurisdicción ordinaria.	

México	Regulación	Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (18 de enero de 1999). ^b
	Protección institucional	La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros principales funciones: 1. Resolver consultas. 2. Resolver las reclamaciones presentadas por los usuarios. 3. Conciliador. 4. Árbitro y amigable composición. 5. Representación judicial a favor de los usuarios financieros. 6. Presentación de acciones colectivas. 7. Promover y proteger los derechos de los usuarios. 8. Proporcionar información a los usuarios sobre productos y servicios al igual que la creación de programas de difusión de información a los usuarios. 9. Revisar contratos de adhesión y documentos de información que se le suministre a los usuarios. 10. Sancionar a las instituciones financieras en caso de violación de normas de protección al consumidor financiero.
	Regulación	Por parte de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros en materia de protección al consumidor financiero en el ámbito de su competencia.
	Supervisión	Por parte de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros en relación con las normas de protección al usuario de servicios financieros cuando tal atribución le esté conferida en las leyes relativas al sistema financiero.
	Sanciones administrativas	La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros sanciona a las instituciones financieras en caso de violación de normas de protección al consumidor financiero.
	Suministro de información	1. Registro de Prestadores de Servicios Financieros el cual es administrado por la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.
	Educación financiera	A cargo de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.
	Protección al consumidor por parte de las instituciones financieras	Unidad Especializada de las Instituciones Financieras para los Usuarios Financieros.

Perú	Marco normativo	1. Código de Protección y Defensa del Consumidor Financiero. Ley núm. 29571. 2. Ley complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de servicios Financieros. Ley núm. 28587. 3. Reglamento de tarjetas de crédito aprobado (Resolución núm. 264 de 2008). 4. Reglamento de Transparencia de Información y Disposiciones Aplicables a la Contratación con Usuarios del Sistema Financiero (Resolución núm. 1765 de 2005).
	Supervisión	Superintendencia de Bancos, Seguros y AFP.
	Solución de controversias	1. Indecopi “Instituto Nacional de Defensa de la competencia y de la protección de la propiedad intelectual” cuando se presenta quejas por parte de los consumidores. 2. Defensor del Consumidor Financiero. 3. Plataforma de atención al usuario ante la Superintendencia de Bancos y Seguros. 4. Jucecs.
	Educación financiera	Por parte de las instituciones financieras, el banco central y la Superintendencia de Bancos y seguros.
	Defensor del cliente financiero	Recibe los reclamos de los consumidores previa agotamiento de una reclamación ante la misma entidad financiera, siempre y cuando la reclamación no exceda 20,000 dólares.

^a Colombia cuenta con un régimen especial de protección al consumidor financiero consagrado en la Ley 1328 de 2009, el cual puede ser consultado en la página web, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2009/ley_1328_2009.html.

^b México cuenta con un régimen especial de protección al consumidor financiero consagrada en la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, la cual puede ser consultado en la página web, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/64.pdf>.

Es importante determinar que el actual modelo de protección al consumidor financiero estadounidense ha sido un referente para los demás sistemas domésticos a nivel global, no sólo por la incidencia de aquel, sino porque además éste respondió en gran medida a las fallas que se materializaron frente a los consumidores en la crisis financiera de 2008.

No obstante, los criterios generales en materia de protección al consumidor financiero —después de la crisis financiera— ya habían sido recogidos por la Arquitectura Financiera Internacional (Financial Stability Board y la OCDE) a través de una serie de recomendaciones, las cuales han sido implementadas en su totalidad o parte por algunos Estados. Así, esta es la principal razón por las cuales no se tendrá en cuenta

el esquema estadounidense de protección al consumidor financiero en este estudio.

1. *Protección del consumidor financiero en el marco del proceso de integración de la Unión Europea*

La Unión Europea ha tenido un desarrollo en materia de protección del consumidor financiero a través de su legislación comunitaria en la cual se puede destacar: i) la Directiva 87/102/CEE del 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en crédito al consumo, modificada por las directivas 90/88/CEE del 22 de febrero de 1990 y 98/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 16 de febrero de 1998; ii) la Directiva 93/13/CEE del 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y iii) las directivas 97/7/CE del 20 de mayo de 1997 y 2002/65/CE del 23 de septiembre de 2002, que contienen reglas de protección de los consumidores en los contratos a distancia.

2. *En el marco de la Arquitectura Financiera Internacional*

Por razón de la crisis financiera internacional, dentro del contexto del G-20,¹⁸ se buscó mecanismos encaminados a proteger a los consumidores financieros respondiendo de esta manera a los graves efectos que dicha crisis tuvo sobre éstos. El G-20 le encomendó al *Financial Stability Board* (Consejo de Estabilidad Financiera) un trabajo en cooperación con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) —Organisation for Economic Cooperation and Development—. Por otra parte, por petición expresa de Francia, de los directores de los bancos centrales y de los ministros de hacienda del G-20, se destacó la importancia de establecer unos principios generales con los cuales deben contar los sistemas normativos de cada país, razón por la cual, se le encomendó dicha labor a la OCDE y a la *Financial Stability Board*.¹⁹

¹⁸ El G-20 es un foro internacional en donde participan los 19 países más industrializados del mundo junto con la Unión Europea, cuya principal función es servir de espacio de discusión, cooperación y consulta sobre la economía mundial y la estabilidad financiera internacional.

¹⁹ Véase *Financial Stability Board*, “Consumer Finance Protection with Particular Focus on Credit”, *Foreword*, p. I, 2011, http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111026a.pdf.

Así, el reporte del *Financial Stability Board* de octubre de 2011 se encaminó a la protección del consumidor financiero en lo relacionado al crédito, el cual fue presentado bajo el siguiente esquema: *i*) introducción, *ii*) marco de protección de los consumidores en materia de crédito,²⁰ *iii*) estructura institucional y responsabilidades;²¹ *iv*) marco de regulación y supervisión,²² y *v*) conclusiones.

Por otra parte, en octubre de 2011 el Grupo de Trabajo sobre Protección al Consumidor Financiero de la OCDE sobre Mercados Financieros (*Task Force on Financial Consumer Protection of the OECD Committee on Financial Markets* “CMF”), desarrolló los 10 principios de alto nivel de protección al consumidor financiero²³ en los siguientes términos: *i*) marco legal, regulatorio y de supervisión; *ii*) rol de las instituciones de supervisión; *iii*) trato justo y equitativo para los consumidores; *iv*) revelación y transparencia; *v*)

²⁰ En el marco de protección a los consumidores en materia de crédito se establece que la mayoría de los Estados cuentan con mecanismos de protección al consumidor financiero, en los cuales se incluye el suministro de información, educación financiera, mecanismos de resolución de controversias y tratamiento justo y equitativo a favor de los consumidores financieros al igual que límites en materia de sobreendeudamiento en materia de créditos. Por otra parte, en dicha sección se hizo hincapié en cuáles deberían ser los mecanismos que deben adoptar los Estados para fortalecer la protección a favor de los consumidores financieros, destacándose la implementación de una autoridad de protección al consumidor financiero, de prácticas sobre responsabilidad de las instituciones financieras en el otorgamiento de créditos hipotecarios, la búsqueda de mecanismos que representen los intereses de los consumidores financieros y una intervención temprana de los servicios financieros.

²¹ En la sección de estructura institucional y responsabilidades se presenta una descripción de los distintos modelos institucionales de protección al consumidor financiero bajo la premisa de la independencia que tienen los Estados de establecer sus propias políticas en materia de protección. Así, se recomienda que cada Estado cuente con una serie de políticas claras en materia de protección al consumidor financiero, con propósitos y responsabilidades institucionales precisas, mecanismos de cumplimiento de las políticas e independencia de las funciones.

²² En la sección de marco de regulación y supervisión se desarrolla uno de los puntos más importantes del reporte. Así, se hace alusión en esta sección a la importancia de prácticas responsables en materia de otorgamiento de créditos a través de la implementación de regulación prudencial, mecanismos de evaluación de la capacidad de endeudamiento y de prevención de sobreendeudamiento, suministro de información clara sobre los productos financieros, intervención en materia de ventas desleales y poco informadas a los consumidores, regulación de los productos financieros ofrecidos y mecanismos de resarcimiento a favor de los consumidores a través de la presentación y trámite de quejas al igual que por medio de resolución alternativa de conflictos.

²³ OECD, “G20 High-level Principles on Financial Consumer Protection”, París, octubre de 2011, <http://www.oecd.org/daf/fin/financial-markets/48892010.pdf>.

educación financiera y concientización; *vi*) conducta responsable negocial por parte de los proveedores de servicios financieros; *vii*) protección por razón de fraude y uso indebido de los activos de los consumidores financieros; *viii*) protección de los datos e información privada de los consumidores; *ix*) trámite de quejas y reparaciones, y *x*) competencia en los mercados internos e internacionales de servicios y productos financieros.

En igual sentido, el Banco Mundial estableció en 2012 un documento denominado “Buenas prácticas para la protección a los consumidores financieros”,²⁴ en el cual se destaca como criterios rectores los mecanismos de resolución de conflictos, los sistemas de garantías, instituciones de protección al consumidor, divulgación y práctica de ventas, privacidad y protección de datos, protección a la competencia y manejo de cuentas de clientes.

IV. ARMONIZACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO

La propuesta gira en torno a determinar la necesidad de establecer en el seno de los países latinoamericanos, ya sea a nivel de bloques de integración o a nivel regional, una armonización normativa sobre protección al consumidor financiero en aras de salvaguardar a éstos tanto de los problemas propias de cada sistema financiero local como de las nuevas dinámicas en materia de servicios y productos financieros transnacionales. Así, la propuesta busca determinar cuáles podrían ser tanto los mecanismos como los criterios de armonización en lo concerniente a protección al consumidor financiero. Veamos:

1. *Mecanismos de armonización*

A continuación se presentarán algunas posibles propuestas encaminadas a buscar mecanismos de armonización para Latinoamérica sobre protección al consumidor financiero.

²⁴ Banco Mundial, “Las buenas prácticas para la protección de los consumidores financieros”, Washington, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, junio de 2012, <http://siteresources.worldbank.org>.

A. Ley modelo o recomendaciones en materia de protección al consumidor financiero

La armonización normativa se puede desarrollar a partir de una ley modelo que establezca los criterios básicos de protección de los consumidores financieros, la cual deje abierta una puerta para que los Estados cuenten con autonomía en razón a su propia regulación prudencial, sus políticas macroeconómicas (como es el caso del funcionamiento de la banca central) y a las necesidades propias de sus mercados financieros.

Para el caso latinoamericano, dicha ley modelo se podría materializar a través de un trabajo preparatorio por parte del Departamento de Derecho Internacional, el cual hace parte de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Igualmente, en el contexto de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), se pueden generar mesas de trabajo y algunas posibles recomendaciones por parte del Consejo de Ministros en materia de protección al consumidor financiero, las cuales estén dirigidas a todos los Estados pertenecientes a la Asociación, dentro de los objetivos del artículo 2o. del Tratado de Montevideo de 1980.²⁵

B. Decisiones dentro de los bloques de integración en la región

La legislación comunitaria sobre protección al consumidor financiero dentro de la Comunidad Andina de Naciones, sería un elemento valioso en el proceso de armonización. No obstante, los países miembros de la CAN no han ampliado su proceso de liberalización de servicios financieros, lo cual a la postre generaría cierto tipo de prevención para ampliar la integración en materia de consumidores financieros.

Ahora bien, en el seno de la Comunidad Andina se implementó, a través de la Decisión 539, la Mesa Andina de Trabajo sobre la Promoción

²⁵ Asociación Latinoamericana de Integración, Tratado de Montevideo de 1980, por medio del cual se instituye la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, artículo 2o.: “Las normas y mecanismos del presente Tratado y las que dentro de su marco establezcan los países miembros, tendrán por objeto el desarrollo de las siguientes funciones básicas de la Asociación: la promoción y regulación del comercio recíproco, la complementación económica y el desarrollo de las acciones de cooperación económica que coadyuven a la ampliación de los mercados”.

y Protección de los Derechos del Consumidor como instancia consultiva, cuya finalidad es la participación tanto de la sociedad civil como de las entidades gubernamentales en materia de protección a los consumidores. Dicha Mesa estaría facultada para realizar los distintos trabajos consultivos con las autoridades regulatorias y supervisoras financieras de los Estados miembros de la CAN, la industria financiera, las ligas de los consumidores, la academia y los sectores sociales interesados, con el fin de establecer los criterios mínimos de armonización necesarios en el bloque regional sobre protección al consumidor financiero.

Así, dichas recomendaciones y conclusiones emitidas por la Mesa Andina de Trabajo sobre la Promoción y Protección de los Derechos del Consumidor serían transmitidas al Consejo Andino de Ministros de Relaciones o a la Comisión de la Comunidad Andina, según sus respectivas competencias, con el fin que de dichos organismos emitan la legislación comunitaria sobre protección al consumidor financiero.

Sin embargo, no se debe perder de vista que en la región se han presentado adelantos en materia de legislación comunitaria que protegen a los consumidores financieros, como es el caso de la Decisión 638, la cual establece los lineamientos para la Protección al Usuario de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina.

En el caso del Mercosur, se debe partir del presupuesto según el cual, no existe un órgano supranacional que dicte la legislación comunitaria sino que dicho bloque está diseñado como una simple organización supranacional. No obstante esta situación, las decisiones del Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur son obligatorias y deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país, en los términos del artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto.²⁶

Así, en el marco del Mercosur un primer adelanto en materia de protección al consumidor financiero sería la conformación de un grupo de trabajo sobre “criterios mínimos de protección al consumidor financiero”,

²⁶ Mercosur, Protocolo de Ouro Preto: Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur, 1994, artículo 42: “Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2o. de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país”.

el cual conllevará a la expedición de una serie de decisiones por parte del Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y/o la Comisión de Comercio del Mercosur según su ámbito de competencia.

No obstante, no se deben desconocer algunos avances generales que hay en el Mercosur en materia de protección al consumidor, como es el caso del Protocolo de Santa María Mercosur 10/96 sobre jurisdicción internacional en relaciones de consumo, y las resoluciones GMC45/2006 de defensa del consumidor —publicidad engañosa— y la GMC 21/2004 sobre derecho a la información del consumidor de las transacciones comerciales efectuadas a través de Internet.

C. *Convención internacional*

En nuestro criterio no se considera la conveniencia de un mecanismo de armonización en materia de protección al consumidor financiero en la región a través de un tratado internacional por razón de la rigidez del instrumento que conllevaría a la postre a su ineficiencia.

No se debe perder de vista que los sistemas financieros de cada uno de los países de la región se diferencian por razón de su desarrollo en materia de crédito, bancarización a los sectores poblacionales e impacto de los mercados de valores como mecanismos de financiamiento empresarial,²⁷ lo cual repercute en que la regulación y supervisión bancaria de cada uno de éstos se deba acoplar a las dinámicas domésticas de sus mercados financieros.

Igualmente, si bien se han establecido a nivel global estándares en materia de bancaria y del mercado de valores que buscan ser aplicables a cualquier mercado financiero doméstico,²⁸ la implementación de éstos se ha realizado a través de normas de *soft law*, permitiendo de esta manera, que cada Estado los adecue a sus modelos económicos y a la forma como operan sus sistemas financieros.

²⁷ Jiménez, Luis Felipe y Manuelito, Sandra, “América Latina: sistemas financieros y financiamiento de la inversión. Diagnósticos y propuestas”, *Revista CEPAL*, Santiago de Chile, vol. 103, 2011, pp. 47-75.

²⁸ Como es el caso de las recomendaciones del Comité de Basilea y de la IOSCO en materia de regulación y supervisión, capitales adecuados y márgenes de solvencia, sistemas de administración de riesgos financieros, entre otros.

Así, al implementarse un sistema de armonización a través de una Convención, no se le permitiría a cada Estado tener cierto grado de autonomía en la regulación sobre protección al consumidor financiero que respondiera a las necesidades propias de sus mercados, su nivel de bancarización, su regulación prudencial y la estructura de sus instituciones financieras.

D. Recomendaciones por parte de asociaciones y/o agremiaciones financieras

Las agremiaciones y asociaciones de la industria financiera en la región²⁹ pueden tener un fuerte papel en los procesos de armonización en materia de protección al consumidor financiero. Así, a través de la expedición de recomendaciones y/o estudios se pueden establecer directivas tanto a los reguladores y supervisores de cada Estado como a la industria financiera sobre los criterios mínimos en relación a la política institucional y funcionamiento del sector financiero en aras de proteger los derechos de los consumidores financieros.

2. Criterios del proceso de armonización

A. Transparencia y revelación de información

La información es un elemento esencial en materia de protección al consumidor financiero, toda vez que es el criterio rector para romper la asimetría de la información a favor de la parte débil de la relación negocial. Dentro de la información que requieren los consumidores financieros el proceso de armonización debe consagrar como mínimo:

- Tarifas o precios de productos y servicios financieros y la forma de determinarlos.
- Consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones contractuales.
- Características de los productos o servicios financieros.

²⁹ Es el caso de la Felaban (Federación Latinoamericana de Bancos); la ASBA (Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas); la Alide (Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo), entre otras.

- Información precontractual al consumidor sobre comisiones de manejo, comisiones por uso de canales de información y medios de pagos, consulta de saldos, estudios de crédito, pago de seguros, entre otros.
- Plataformas virtuales administradas por la autoridad competente en donde los consumidores financieros accediendo a que la *website* pueda consultar y comparar los productos y servicios financieros, comisiones y tasas de interés ofrecidas por las distintas entidades financieras.
- Publicidad por parte de las instituciones financieras de los contratos estandarizados a través de medios electrónicos.

Se debe recalcar la importancia que representa para el consumidor financiero el hecho de que se le suministre información precisa y entendible para una persona del común, ya que la simple experiencia muestra que la mayor parte de las instituciones financieras le entregan al consumidor una cantidad profusa de información contenida en formularios ininteligibles y proyecciones matemáticas que sólo podrían ser entendidas por un experto de la materia. Así, se debe partir de la premisa según la cual “una mayor cantidad de información entregada al consumidor no significa una mayor protección”.

B. *Prácticas en materia de otorgamiento de créditos*

Los procesos de armonización en la región deben propender por el establecimiento en los Estados de prácticas responsables para el otorgamiento de créditos por medio de mecanismos de evaluación de la capacidad de endeudamiento y de prevención de sobreendeudamiento, suministro de información clara sobre los productos financieros, implementación de regulación prudencial e intervención sobre ventas desleales y poco informadas a los consumidores.

C. *Protección contractual y prohibición de cláusulas y prácticas abusivas*

No se debe perder de vista que por razones de las nuevas dinámicas económicas, la masificación y las condiciones uniformes son la regla general en materia de contratación contemporánea en donde la parte fuerte

de la relación contractual impone las condiciones a los consumidores. Así, existe la obligación de los Estados de intervenir en estos contratos en aras de corregir la asimetría de la información existente. No obstante, en dicha dinámica contractual se presentan abusos generados por la parte fuerte de la relación negocial, la cual impone ventajas desmesuradas, lo que conlleva un enorme desequilibrio entre las obligaciones y los derechos de las partes.³⁰

Para hacerle frente a tal situación, la mayoría de los países de la región,³¹ al pertenecer a la familia jurídica romano-germánica cuentan en sus legislaciones civiles y comerciales con mecanismos contractuales, como lo son la aplicación de la buena fe contractual³² en especial en su

³⁰ Por ejemplo, la Directiva europea 93/13 establece sobre el punto “Artículo 3o.: 1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”.

³¹ Es el caso de los códigos civiles: colombiano, en su libro IV; chileno, libro IV; argentino, libro II; hondureño, libro IV; brasileño, libro III, entre otros.

³² El contrato no quede supeditado a lo que las partes hubiesen pactado, sino que está incluido el “principio de la buena fe”, trayendo como consecuencia que tanto las obligaciones que no fueron pactadas por las partes y que son determinadas por la Ley o que emanan de la naturaleza de la obligación hagan parte de la relación contractual, lo cual es conocido tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia y laudos arbitrales como “integración del contrato”. Es de anotar que la “buena fe contractual” es un límite impuesto por el ordenamiento jurídico a la autonomía de la voluntad de las partes, con el fin de darle un sentido moral a las relaciones contractuales y de esta manera evitar cualquier abuso por parte de una de éstas. Por otra parte, es de recalcar que dicha buena fe puede ser analizada desde dos puntos de vista, a saber: una buena fe subjetiva, entendida como el “...estado de conciencia, a un convencimiento acerca de la legitimidad de nuestro derecho o de nuestra posición jurídica, el cual se funda en el propio estado de ignorancia de estar lesionando intereses ajenos tutelados por el derecho, o en la errónea apariencia de cierto acto...”; y una buena fe objetiva, como “...aquella regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado...”. Solarte Rodríguez, Arturo, *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*, Bogotá, Vniversita, Universidad Javeriana de Colombia, julio-diciembre de 2004, pp. 281-315; Herrera Osorio, Fredy y Mahecha Pulido, Alejandro, “Una revisión general de los deberes secundarios de conducta de las sociedades fiduciarias en el contrato de fiducia”, *Derecho y Realidad*, revista de la UPTC, Bogotá, núm. 18, segundo semestre de 2011, p. 54; Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Temis, 2009, p. 404;

vertiente objetiva —deberes de conducta,³³ vicios de consentimiento y reglas de interpretación contractual —por ejemplo la interpretación de cláusulas ambiguas en favor del deudor—.

Por otra parte, los Estados de la región han regulado lo concerniente a las cláusulas abusivas en la contratación ya sea de forma general o específica para los servicios y productos financieros. Así, en el caso colombiano la Ley 1328 de 2009 reguló la materia a través de cláusulas negras y grises,³⁴ y le concedió facultades al supervisor para que declarara la existencia de cláusulas abusivas.³⁵ En el caso peruano, la Ley 29571 reguló el tema distinguiendo entre contratos de adhesión y cláusulas generales de contratos no aprobados administrativamente, además de contratos sometidos a aprobación administrativa como en el caso de los contratos financieros celebrados por entidades supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.³⁶ Por otra parte, la Ley 28587 le otorgó competencia a dicha Superinten-

Neme Villarreal, Martha Lucía, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva: equívocos a los que conduce la falta de claridad en las distinciones de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, vol. 17, 2009, pp. 45-76.

³³ A través de la existencia de unos deberes de conducta cuya fuente es la buena fe objetiva. Ahora bien, es de recalcar que estos deberes secundarios de conducta no sólo se circunscriben a la etapa contractual, sino que se extienden tanto a la etapa previa del contrato, es decir a la etapa precontractual, como a la etapa poscontractual, es decir, a los efectos de la liquidación de las prestaciones originadas en el contrato. Sobre el particular, Karl Larenz establece: “Estos deberes que exceden del propio y estricto deber de prestación —cuyo cumplimiento constituye normalmente objeto de demanda— y que resultan para ambas partes bien de lo expresamente pactado, del sentido y fin de la obligación, del principio de buena fe de acuerdo a las circunstancias o, finalmente, de las exigencias del tráfico, los denominados «deberes de conducta» (Verhaltenspflichten)”, Larenz, Karl, “Derecho de las obligaciones”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1958, t. I, p. 21.

³⁴ Artículo 11 de la Ley 1328 de 2009.

³⁵ En el caso colombiano, la Ley 1328 de 2009 le otorgó a la Superintendencia Financiera de Colombia competencia para declarar de forma previa y general cláusulas abusivas, lo que a la postre rompe con un criterio según el cual dichas cláusulas sólo pueden ser decretas por un juez.

³⁶ La Ley 29571 en sus artículos 49, 50, 51 y 52 establece una serie de listas negras y grises sobre cláusulas abusivas y determina una ineficacia absoluta y relativa sobre la materia, http://portal.andina.com.pe/EDPESpeciales/especiales/2010/setiembre/codigo_consumidor.pdf.

dencia para identificar cláusulas abusivas en materia de tasas de interés, comisiones o gastos.³⁷

Bajos estos breves antecedentes normativos, se proponen los siguientes criterios de armonización en lo concerniente a cláusulas abusivas:

- Establecimiento de cláusulas negras y grises.
- Posibilidades que una autoridad administrativa —es aconsejable que sea la entidad de supervisión— pueda revisar los contratos y calificar y declarar la existencia de cláusulas abusivas.
- Aplicación de un principio de favorabilidad a favor del consumidor en materia de interpretación y aplicación de los contratos.
- Consagración y aplicación del principio de la buena fe contractual y en especial lo concerniente a la aplicación de los deberes de conducta en todas las etapas del contrato.

D. *Problemáticas en materia de contratación electrónica y e-banking*

La comercialización de productos y servicios financieros a través de medios electrónicos ha generado una serie de problemáticas que ha llevado a que tanto la Arquitectura Financiera Internacional³⁸ como los Estados a través de su legislación se pronuncien sobre el particular. Así, se pueden destacar entre dichas problemáticas los siguientes puntos para que sean tenidos en cuenta en un proceso de armonización en la región:

³⁷ La Ley 28687 también conocida como Ley complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de Servicios Financieros en su artículo 9o. regula la materia <http://www.bu.edu/bucflp/files/2012/01/Complementary-Law-No.-28587-to-the-Consumer-Protection-Law-Addressing-the-Topic-of-Financial-Services.pdf>.

³⁸ Es de destacar: Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria: “*Administración y supervisión de actividades de Banca Electrónica Transfronteriza*”, octubre de 2002, http://www.asba-supervision.org/dmdocuments/2010-07-18_DCB-2002-04-Esp.pdf; Bank for International Settlements, “*Electronic finance: a new perspective and challenges*”, *Monetary and Economic Department*, Papers, núm. 7, noviembre de 2001, <http://www.bis.org/publ/bppdf/bispap07.pdf>; Christiansen-Hans, *Electronic Finance: Economics and Institutional Factors*, OECD-Financial Affairs Division Occasional Paper, núm. 2, noviembre de 2001, <http://www.oecd.org/finance/financial-markets/2676135.pdf>.

— En materia de comercio electrónico transfronterizo de productos financieros se presentan problemáticas en relación con la jurisdicción competente, la ley aplicable y los requerimientos de protección en favor de los consumidores. Bajo estos antecedentes, en cuanto al derecho aplicable se refiere, se puede hacer uso de los postulados del derecho internacional privado, según los cuales el derecho aplicable es el pactado por las partes y a falta de tal pacto, por la ley del país en donde las partes tengan más vínculos en lo que se ha denominado como proximidad imperante. No obstante, como tal situación podría generar un detrimento en contra del consumidor financiero al establecer la institución financiera de forma unilateral la ley aplicable, sería procedente que el consumidor recibiera como mínimo la protección legal de su país de residencia, tal y como lo consagra el artículo 5.2 del Convenio de Roma de 1980 en materia de contratación.³⁹

En cuanto a la jurisdicción aplicable en estos contratos, se considera procedente que el consumidor financiero tuviese la posibilidad de escoger el lugar en donde incoar la correspondiente acción, teniendo en cuenta su lugar de residencia o el domicilio de la institución financiera a su elección.⁴⁰

³⁹ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE) 5.2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual: i) si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera cumplimentado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o; ii) si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el pedido del consumidor en ese país, o; iii) si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor hubiera ido de ese país a un país extranjero y hubiera pasado el pedido, a condición de que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con el fin de incitar al consumidor a comprar, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:ES:NOT>.

⁴⁰ Una situación similar a la regulada por el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el cual en su artículo 14 señala: “La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliada dicha parte o ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliado el consumidor”, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126:es:NOT>.

Por otra parte, se le deben brindar criterios de seguridad al consumidor financiero al realizar este tipo de transacciones financieras transnacionales, en lo correspondiente a la información y a la calidad de ésta, los mecanismos de hacer exigibles sus derechos, la forma como se presentan sus reclamaciones, entre otros.

Igualmente se deben establecer criterios de protección sobre prácticas comerciales fraudulentas y engañosas en el comercio transfronterizo electrónico de servicios financieros en donde se promueva el intercambio de información e investigación, la cooperación entre autoridades públicas y particulares, el establecimiento de sistemas nacionales que combatan este tipo de prácticas transfronterizas y la implementación de mecanismos de resarcimiento de las víctimas.⁴¹

- En lo concerniente al comercio electrónico doméstico de productos y servicios financieros, la mayoría de los Estados de la región han adoptado la Ley modelo de la UNCITRAL sobre comercio electrónico.⁴² Bajo estos antecedentes, dicha contratación se someterá a la normatividad interna sobre la materia. No obstante, es conveniente que se establezca en las legislaciones internas la recomendación de la Ley modelo de la UNCITRAL, según la cual se debe otorgar prevalencia de las leyes del consumidor sobre las leyes de comercio electrónico.⁴³

⁴¹ Un trabajo interesante sobre la materia es el realizado por la OCDE a través de las Directrices para la Protección de los Consumidores de Prácticas Comerciales Transfronterizas Fraudulentas y Engañosas de 1999, <http://www.oecd.org/sti/consumer/34012151.pdf>.

⁴² En el caso colombiano es la Ley 527 de 1999; en Perú la Ley 27269; en Panamá, Ley 51 de 2008; Chile, Ley 19.799 de 2002. Existe un trabajo interesante sobre la materia por parte de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo: “Estudio sobre las perspectivas de la armonización de la ciberlegislación en América Latina”, junio de 2009, http://unctad.org/es/Docs/webdlktcd20091_sp.pdf.

⁴³ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico Guía para su incorporación al derecho interno: “...núm. 27 Algunos países disponen de leyes especiales para la protección del consumidor que pueden regular ciertos aspectos del empleo de los sistemas de información... En la nota ** se reconoce que la legislación protectora del consumidor puede gozar de prelación sobre el régimen de la Ley Modelo. El legislador deberá tal vez considerar si la ley por la que se incorpore la Ley Modelo al derecho interno ha de ser o no aplicable a los consumidores...”.

Por otra parte, los Estados requieren la adopción de criterios mínimos de seguridad y calidad en materia de información por medio de canales de distribución electrónicos de productos y servicios financieros entre los cuales se pueden destacar:

- Criterios de calidad de la información para que ésta sea confiable, eficiente y efectiva.
- Criterios de seguridad de la información por medio de la confidencialidad, disponibilidad e integridad de la información.
- Uso de mecanismos de cifrados fuertes para la realización de la operación.
- Protección en materia de *spam*.
- Implementación por parte de las instituciones financieras de estándares de seguridad en la información como es el caso de las normas ISO 27001⁴⁴ y 17799.⁴⁵
- Uso de contraseñas diferentes para cada canal de distribución.
- Envío de información a través de mecanismos cifrados y *software* no maliciosos.

E. *Consagración de un régimen de responsabilidad objetiva en favor de los consumidores financieros*

En América Latina un postulado general en materia de responsabilidad civil es el concerniente a la consagración de un régimen de responsabilidad civil basado en la “culpa”. No obstante, en la mayoría de sistemas normativos de la región, ya sea a través de desarrollos normativos o

⁴⁴ Véase International Organization for Standardization, “Estándar Internacional ISO/IEC 27001 Tecnología de la información —Técnicas de seguridad-Sistemas de gestión de seguridad de la información— Requerimientos”, 2005, <http://mmujica.files.wordpress.com/2007/07/iso-27001-2005-espanol.pdf>.

⁴⁵ International Organization for Standardization, “Estándar Internacional ISO/IEC 17799 Tecnología de la Información —Técnicas de seguridad— Código para la práctica de la gestión de la seguridad de la información”, 2007, <https://mmujica.files.wordpress.com/2007/07/iso-17799-2005-castellano.pdf>.

jurisprudenciales,⁴⁶ se han establecido excepciones a esta regla a través de regímenes de responsabilidad sin culpa.⁴⁷

Por otra parte, en muchos estatutos de protección al consumidor en América Latina se han consagrado regímenes de responsabilidad objetiva del productor, proveedor y comerciante en las relaciones de consumo como es el caso de la Ley 1480 de 2011 en Colombia,⁴⁸ la Ley 29571 de 2010 en Perú,⁴⁹ la Ley 7472 de Costa Rica,⁵⁰ la Ley 24240 de 1993 en Argentina⁵¹ entre otros.

Igualmente, en algunas legislaciones se reconoce regímenes de responsabilidad objetiva en materia de relaciones obligaciones entre consumidores y entidades financieras como es el caso colombiano en pago de cheques falsos⁵² y la posición jurisprudencial por parte de la delegatura de funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia⁵³ en lo concerniente a la aplicación de la teoría del riesgo creado, tal y como ha sido aplicada por parte de la Corte Suprema de Justicia de

⁴⁶ En el caso colombiano, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil realizó un desarrollo sobre el régimen de responsabilidad objetiva desde la década de los treinta.

⁴⁷ Sobre el particular, en la legislación colombiana se consagró un régimen de responsabilidad objetiva por los daños causados por animales fieros, por los daños causados por los dependientes de otra persona, por actividades peligrosas, por cosas que caen desde los edificios, entre otros —Código Civil artículos 2347, 2348, 2349, 2350, 2351—. En Perú, el artículo 1970 del Código Civil consagra la responsabilidad por riesgo.

⁴⁸ Colombia, Ley 1480 de 2011 “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”, artículos 16, 22, 32 <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44306>.

⁴⁹ Perú, Ley 29571 de 2010, “Código de Protección y Defensa del Consumidor”, artículos 101, 104, http://portal.andina.com.pe/EDPEspeciales/especiales/2010/setiembre/codigo_consumidor.pdf.

⁵⁰ Costa Rica, Ley 7472, “Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor”, artículo 32, <http://www.sice.oas.org/compol/natleg/CosRica/L7472a.asp>.

⁵¹ Argentina, Ley 24240 de 1993, “Normas de Protección y Defensa de los Consumidores”, artículo 40, <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/textact.htm>

⁵² Sobre el particular, el artículo 1391 del Código de Comercio de Colombia, al igual que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de 1994 expediente 4311.

⁵³ En Colombia a la Superintendencia Financiera como autoridad administrativa se le concedió funciones jurisdiccionales. Así, desde 2012 se creó la delegatura de funciones jurisdiccionales, la cual tiene competencia para conocer de controversias contractuales entre consumidores y entidades financieras frente a las cuales ha aplicado el régimen de responsabilidad por riesgo creado.

Costa Rica.⁵⁴ En Estados Unidos se aplica dicho régimen de responsabilidad como es en el caso de la transferencia no autorizada de fondos.⁵⁵

Bajo esta situación se ha reconocido en la mayoría de los estatutos del consumidor un criterio de aplicación de responsabilidad objetiva en las relaciones de consumo, al igual que el reconocimiento de forma excepcional del régimen de riesgo creado en materia bancaria, se pone de presente la importancia de establecer un régimen de responsabilidad objetiva que se aplique a todas las relaciones que se materialicen entre los consumidores financieros y las instituciones financieras. Otra posible solución sería el uso de mecanismos de inversión de carga de la prueba que facilite la obligación procesal del consumidor, como la carga dinámica de la prueba, en la cual dicha obligación es de la parte procesal que tenga las mejores condiciones profesionales, fácticas o técnicas para aportar el material probatorio sin importar su condición de demandante o demandado.⁵⁶

F. Pagos anticipados de obligaciones

El pago anticipado de créditos sin el correspondiente reconocimiento de una prima sancionatoria rompe el criterio consagrado en los contratos de mutuo con interés según el cual, los plazos son a favor del acreedor sin que éste se vea obligado a recibir un pago anticipado de la obligación. No obstante, en algunos países latinoamericanos como Colombia, Perú y Chile,⁵⁷ se reconoce la posibilidad a los consumidores financieros de realizar pagos anticipados en créditos hipotecarios y comunes. Por tal razón, dentro de las propuestas de armonización normativa se recomienda que los consumidores pueden realizar pagos anticipados de la obligación sin el pago de una prima sancionatoria por tal razón, claro está, con el correspondiente pago a favor de la institución financiera de una suma de dinero

⁵⁴ Costa Rica, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución núm. 1333 de 2007.

⁵⁵ Estados Unidos, Ley Dood Frank, sección 1005.6.

⁵⁶ Véase Peyrano, Jorge Walter, *Cargas probatorias dinámicas*, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 638.

⁵⁷ En el caso chileno, la Circular 3511 de 2010, en Perú la Ley 27251 de 2010 y en Colombia la Ley 546 de 1999 y 1555 de 2012.

calculada de acuerdo con el caso concreto en aras de evitar problemas de descalces financieros.⁵⁸

G. *Facultad sancionatoria de las autoridades estatales*

Los Estados de la región cuentan, dentro de sus modelos institucionales, con autoridades encargadas de sancionar las conductas que afectan a los consumidores. El modelo puede variar, desde la implementación de una sola entidad encargada de velar por la protección de todos consumidores sin importar su condición,⁵⁹ hasta la creación de entidades especializadas que velen por la materialización de los derechos de los consumidores financieros.⁶⁰

Sin desconocer las implicaciones de tener una sola entidad estatal de protección a todos los consumidores o entidades especializadas para consumidores financieros, cada una de éstas debe contar con facultades sancionatorias reales y efectivas en contra de las instituciones financieras que afecten de forma flagrante a los consumidores, según lo ha reconocido y recomendado la misma arquitectura financiera internacional.

H. *Sistema óptimo de atención de quejas*

La mayoría de Estados de la región cuenta con mecanismos de atención de quejas en favor de los consumidores financieros. Una de las formas de materialización de tal situación es a través de la implementación de defensores de consumidores financieros y sistemas de atención de quejas por parte de una autoridad estatal o de la misma entidad financiera. Bajo estos antecedentes, dentro del proceso de armonización en relación con la materia se debe tener en cuenta:

⁵⁸ Tal es el caso Alemania, Estados Unidos, Francia, Italia, Países Bajos, Bélgica. Véase Schäfer, Stefan, "Early repayment of fixed-rate mortgages. There is no free lunch", *EU Monitor Financial Market Special*, Frankfurt, núm. 36, Deutsche Bank Research, julio de 2006, p. 15, <http://www.dbresearch.com>.

⁵⁹ Como en el caso chileno con el Sernaf.

⁶⁰ Como en los casos colombiano y mexicano.

- Las instituciones financieras deben contar con mecanismos de atención de quejas eficientes y que respondan a las necesidades de los consumidores financieros.
- La implementación de la figura de los defensores de los consumidores financieros, los cuales deben tener como mínimo las siguientes características: i) independencia de las instituciones financieras; ii) obligatoriedad de sus decisiones; iii) funciones de conciliación y resolución de conflictos; iv) gratuidad por la prestación de sus servicios.
- La creación de una autoridad estatal que posea competencias de atender las quejas de los consumidores financieros y que en el caso de ser procedente, dichas quejas terminen llevando a la imposición de sanciones de carácter administrativo en contra de la entidad financiera.

V. MECANISMO ESPECIALIZADO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Los consumidores financieros deben contar con mecanismos especializados de resolución de controversias contractuales, extracontractuales, precontractuales y poscontractuales través de la implementación de jueces especializados en la materia.

En la región, algunos Estados han implementado dicha figura en su legislación interna. En el caso colombiano se le concedió facultades judiciales a la Superintendencia Financiera de Colombia⁶¹ —autoridad administrativa descentralizada del gobierno central— para que actúe como juez especializado en materia de controversias contractuales entre consumidores y entidades financieras.⁶² Igualmente, en la República Bolivariana de Venezuela desde 1995 se creó una jurisdicción bancaria especial, la cual fue remplazada en 2003 por una decisión del Tribunal Supremo de Justicia que le concedió competencias en temas bancarios a los juzgados de municipio y de primera instancia civiles y mercantiles y sus superiores respectivos en todo el territorio nacional, según las reglas de competencia

⁶¹ Sin embargo, al ser la Superintendencia Financiera la entidad administrativa que se encarga de vigilar a las entidades financieras el grado de independencia e imparcialidad que requiere para actuar como juez en cierta medida se afecta.

⁶² Dichas facultades fueron otorgadas a través de las leyes 1480 de 2011 y 448 de 1996.

en razón del territorio, la materia y la cuantía.⁶³ No obstante, muy buena parte de los Estados le otorgan competencia a los jueces ordinarios —civiles o especializados comerciales— para conocer de las controversias originadas entre entidades financieras y consumidores.⁶⁴

Bajo estos antecedentes, una posible solución dentro del proceso de armonización es la creación de una jurisdicción especializada en temas financieros,⁶⁵ la cual contaría con las siguientes características:

1. Jurisdicción en todo el territorio del Estado.
2. Competencia para conocer de: i) controversias precontractuales, extracontractuales, contractuales y poscontractuales; ii) nulidades, inexistencia y demás formas de ineficacia al igual que sobre la declaración de cláusulas abusivas en contratos financieros; iii) procesos ejecutivos hipotecarios para vivienda en donde el acreedor sea una institución financiera.⁶⁶
3. La legitimación de la causa por activa para demandar la tendrían los consumidores financieros, estando las instituciones financieras legitimadas para iniciar únicamente los procesos ejecutivos hipotecarios descritos en el segundo punto de esta sección.
4. Implementación de mecanismos de colaboración judicial como prácticas de pruebas, exhortos y demás actividades procesales entre las distintas jurisdicciones especiales financieras de la región.

Otra posible solución sería la creación de tribunales de arbitramento especial en materia financiera —o el otorgamiento de dichas funciones al defensor del consumidor financiero—, por medio de los cuales cualquier

⁶³ El Consejo de la Judicatura de Venezuela creó la Jurisdicción Especial Bancaria a través de la Resolución núm. 147 del 21 de febrero de 1995, reformada parcialmente según Resolución núm. 149 de 2 de marzo de 1995, publicada en la *Gaceta Oficial*, núm. 35,663, reimpresa por error material según Resolución núm. 161 de fecha 6 de marzo 1995.

⁶⁴ Son los casos chileno, mexicano, argentino, entre otros.

⁶⁵ Se recomienda no otorgarle funciones judiciales a autoridades administrativas ni mucho menos al supervisor de las instituciones financieras, ya que se perdería la independencia e imparcialidad tanto del juez como de la autoridad administrativa de supervisión.

⁶⁶ La razón de esta competencia es que en muchos Estados de la región, los créditos hipotecarios para acceso de vivienda tienen una regulación especial incluida la forma de financiación y la forma de pago de intereses.

consumidor financiero de forma gratuita o a un bajo costo, tengan acceso a ellos con el fin de dirimir cualquier tipo de controversia que se presente con instituciones financieras.

1. *Protección de consumidores en los mercados de valores*

Para la fecha actual, cada Estado de la región cuenta con una regulación en materia de emisión de valores, intermediarios, protección a los inversionistas, negociación de valores, sistemas de negociación, mercados OTC (Over-The-Counter), infraestructura y regímenes disciplinarios. No obstante tal situación, en lo concerniente a los procesos de armonización sobre protección al consumidor financiero, se debe tener en cuenta los siguientes puntos:

- Acceso a la información a todo el público sin restricción de condiciones y discriminaciones.
- Suministro de información clara, precisa y entendible a los consumidores cuando participan de fondos de inversión en relación con los riesgos, rendimientos, formas de inversión, entre otros.
- Prospectos de información que por lo menos deban contener: *i*) un contenido mínimo de información; *ii*) control estatal de la información del prospecto; *iii*) publicidad efectiva e idónea, y *iv*) información sencilla, clara, oportuna y fácil de entender en favor de los inversionistas no profesionales o comunes.
- Información relevante de los emisores que sea: *i*) clara, entendible, actualizada y completa; *ii*) periódica, y *iii*) verídica.
- Igualdad de trato para los inversionistas en: *i*) regulación en materia de OPAS⁶⁷ con el fin de proteger a los socios minoritarios, *ii*) regulación sobre acuerdos o pactos parasociales en sociedades emisoras que generen como consecuencia bloqueos o medidas discriminatorias; *iii*) acceso a la información.
- Criterios de mitigación de conflictos de intereses en relación con: *i*) operaciones de los intermediarios de valores, y *ii*) agencias calificadoras de riesgo.

⁶⁷ Oferta Pública de Adquisición (n. del e.).

- Reconocimiento de unos deberes mínimos de conducta por parte de los intermediarios de valores en materia de lealtad, secreto, confidencialidad, asesoría, entre otros.

2. *Mecanismos de protección en los casos de pagos de bajo valor y uso de remesas*

Los sistemas de pago son mecanismos que permiten la realización de transacciones de forma segura, eficiente y oportuna siendo un medio esencial en el funcionamiento del sistema financiero.⁶⁸ Se debe recordar que los sistemas de pagos son los de alto valor, o sistémicamente importantes, y los de bajo valor,⁶⁹ siendo estos últimos los mecanismos más comunes en las transacciones de los consumidores financieros destacándose los cajeros automáticos, tarjetas de débito, tarjetas de crédito, transacciones electrónicas, entre otros.

⁶⁸ Los sistemas de pagos seguros y eficientes son vitales para que el sistema financiero funcione con efectividad. Los sistemas de pago son los medios a través de los cuales se transfieren los fondos entre bancos, y los sistemas de pago más importantes —a los cuales este informe se refiere como sistemas de pago sistémicamente importantes— son el principal canal por el cual se pueden transmitir los impactos entre los sistemas y los mercados financieros internacionales y nacionales. Los sistemas de pago sólidos son, por consiguiente, un requisito fundamental para mantener y promover la estabilidad financiera. Durante los últimos años, se ha desarrollado un amplio consenso internacional sobre la necesidad de fortalecer los sistemas de pago a través de la promoción de normas y prácticas internacionalmente aceptadas para su diseño y operación. Banco de Pagos Internacionales, *Principios básicos para los sistemas de pago importantes a nivel sistémico*, Basilea, Bank for International Settlements, 19 de enero de 2001, p. 100, <http://www.bis.org/publ/cpss43es.pdf>.

⁶⁹ El Banco de Pagos Internacionales, a través de los principios básicos para los sistemas de pago importantes a nivel sistémico, estableció sobre el punto: 3.2 Los principios básicos se aplican a los sistemas de pago sistémicamente importantes es decir, los sistemas que podrían producir o transmitir interrupciones sistémicas en el área financiera debido al tamaño o naturaleza de los pagos individuales que los mismos manejan o debido al valor agregado de los pagos procesados. Un sistema sistémicamente importante no necesariamente maneja sólo pagos de grandes volúmenes; el término puede incluir a un sistema que administre pagos de varios volúmenes, pero que tenga la capacidad de producir o transmitir interrupciones por virtud de ciertos segmentos de su tráfico. En la práctica, la frontera entre los sistemas de pago que son sistémicamente importantes y aquellos que no lo son, no siempre estará claramente delimitada y el banco central deberá considerar cuidadosamente dónde se debe trazar dicho límite.

Bajo estos criterios y siguiendo de cerca los lineamientos de la Arquitectura Financiera Internacional,⁷⁰ los Estados dentro del proceso de armonización deben implementar criterios de seguridad y protección de información de los consumidores financieros,⁷¹ al igual que protección en cuanto a transparencia de la información con el fin de evitar publicidad engañosa, comisiones ocultas o prácticas abusivas en contra de los consumidores.⁷²

En materia de remesas sería conveniente que el proceso de armonización replicará los trabajos sobre mercados de remesas de América Latina y el Caribe auspiciado por el Banco Mundial y el BID, en donde se establecieron los “Principios generales para la provisión de servicios de remesas internacionales: sus funciones relacionadas”, por medio de los cuales se consagra criterios de transparencia y protección al consumidor,⁷³ infraestructura para los sistemas de pagos, entorno jurídico y regulador, estructura y competencia del mercado, buen gobierno y gestión de riesgos.⁷⁴

3. *Protección a los consumidores financieros por razón de fraudes y prácticas desleales*

Retomando algunos puntos desarrollados en los numerales de esta sección, un proceso de armonización en la región sobre protección al consumidor por razones de fraude y prácticas desleales debe contener como mínimo:

⁷⁰ En particular, los trabajos del Banco de Pagos Internacionales a través de los principios básicos para los sistemas de pago importantes a nivel sistémico y del Banco Mundial por medio de Payments and Securities Settlement Systems Activities,

⁷¹ En el caso colombiano, la Circular 52 de 2007 de la Superintendencia Financiera de Colombia regula el tema.

⁷² Un ejemplo de tal situación es la decisión del 24 de abril de 2013 del Juzgado 10 Civil de Santiago de Chile en relación con la acción colectiva que inició el Senac financiero contra la plataforma Jumbo por razón de la modificación unilateral de las tarjetas que traía como consecuencia el aumento de la comisión sin el consentimiento del titular.

⁷³ Transparencia y protección del consumidor. Principio general 1: el mercado para servicios de remesas ha de ser transparente y debe ofrecer suficiente protección al consumidor.

⁷⁴ CEMLA, *Principios generales para la provisión de servicios de remesas internacionales: sus funciones relacionadas*, abril de 2010, <http://www.cemla-remesas.org/principios/principiosremesas.html>.

- Medidas sobre prácticas comerciales desleales por parte de los agentes de venta y en las operaciones de *marketing*.
- Protección en materia de publicidad engañosa.
- Implementación de altos estándares de seguridad en *e-banking*.
- Protección y adecuado manejo de los datos confidenciales e información por parte de las entidades financieras para evitar un uso abusivo o desleal de dicha información.

4. *Educación financiera*

La educación financiera busca que los consumidores cuenten con un conocimiento mínimo sobre el funcionamiento y dinámicas de los mercados financieros, tales como entidades que lo conforman, el tipo de productos y servicios financieros ofrecidos, principios de finanzas personales, condiciones básicas en materia contractual y mecanismos de protección al consumidor financiero.⁷⁵

Así, los criterios mínimos sobre educación financiera deben girar en torno a los siguientes puntos:

1. Educación general a los consumidores en materia de estructura general del sistema financiero, productos y servicios, tasas de interés, finanzas personales, entre otros,⁷⁶ que se inicie desde la primaria hasta terminar en la Universidad pasando por las demás formas y programas de educación.
2. Educación especializada a los consumidores financieros por parte de las instituciones financieras en relación con los productos y servicios financieros ofrecidos y adquiridos.⁷⁷

5. *Reglas claras sobre fomento y protección de la competencia*

Todos los mecanismos de protección expuestos con antelación no tendrían ninguna posibilidad de éxito si en los distintos mercados locales no

⁷⁵ Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas, *Mejores prácticas y recomendaciones para la protección del consumidor financiero*, México, ASBA, 2012, pp. 1-50.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ *Idem*.

existe una regulación y supervisión efectiva que propenda por una competencia —entre los criterios de los mercados— entre las distintas entidades financieras. Una situación distinta acarrearía la creación de monopolios y oligopolios en el sector financiero que conllevaría al encarecimiento de los servicios y productos, el cobro excesivo de comisiones e intereses, prácticas abusivas y a una mala atención al consumidor financiero, por razón de la ausencia de competidores en los mercados.

VI. CONCLUSIONES

El comercio de servicios financieros ha tenido un crecimiento exponencial a nivel global, lo cual ha llevado a que los Estados —incluidos los latinoamericanos— busquen mecanismos que permitan la liberalización de dichos servicios sin desconocer el reconocimiento y aplicación de unos principios básicos con el fin de mantener la estabilidad financiera.

Igualmente se ve una latente preocupación en el ámbito internacional sobre la suerte que corren los consumidores financieros en relación con sus obligaciones para con las instituciones financieras. En aras de buscar correctivos a tal situación se han establecido por parte de la AFI una serie de directrices generales, las cuales han sido cumplidas con algún tipo de rigor por parte de algunos Estados latinoamericanos.

No obstante, se ve la necesidad de implementar en la región una serie de criterios de armonización en materia de protección al consumidor financiero a través de leyes modelo, recomendaciones, resoluciones o normas comunitarias que puedan responder a las nuevas necesidades de los consumidores de la región.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABREU, Marcelo de Paiva, “Integración financiera en los países del Mercosur”, *Integración & Comercio*, Buenos Aires, serie núm. 1, enero-abril de 1997, http://www.iadb.org/intal/intalcdi/integracion_comercio/e_INTAL_IYC_01_1997_dePaivaAbreu.pdf.
- ASOCIACIÓN DE SUPERVISORES BANCARIOS DE LAS AMÉRICAS, *Mejores prácticas y recomendaciones para la protección del consumidor financiero*, México, ASBA, 2012.

- ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE SUPERVISORES DE SEGUROS, “Principios básicos de seguros, estándares, guía y metodología de la evaluación”, 1o. de octubre de 2011, <http://www.iaisweb.org/Translations-Japanese-Korean-Portuguese-Russian-Spanish-443>.
- BANCO DE PAGOS INTERNACIONALES, *Principios básicos para los sistemas de pago importantes a nivel sistémico*, Basilea, Bank for International Settlements, 19 de enero de 2001, <http://www.bis.org/publ/cpss43es.pdf>.
- BANCO MUNDIAL, *Las buenas prácticas para la protección de los consumidores financieros*, Washington, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, junio de 2012, <http://siteresources.worldbank.org>.
- BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *Electronic Finance: a New Perspective and Challenges*, Monetary and Economic Department, Papers núm. 7, 2001, <http://www.bis.org/publ/bppdf/bispap07.pdf>.
- BAQUERO-HERRERA, Mauricio, “¿Es posible la integración financiera de los países andinos dentro del contexto del Acuerdo de Cartagena?”, *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, Bogotá, núm. 19, noviembre de 2004, <http://www.mauriciobaquero.com>.
- , “Derecho financiero y globalización: la nueva propuesta del Comité del Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria”, en RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo (comp.), *Derecho en el contexto de la globalización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- CEMLA, “Principios generales para la provisión de servicios de remesas internacionales: sus funciones relacionadas”, abril de 2010, <http://www.cemla-remesas.org/principios/principiosremesas.html>
- CHILE, Circular 3511 de 2010 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras
- CHRISTIANSEN, Hans, *Electronic Finance: Economics and Institutional Factors*, OECD, Financial Affairs Division Occasional Paper, núm. 2, noviembre de 2001, <http://www.oecd.org/finance/financial-markets/2676135.pdf>.
- COMITÉ DE BASILEA SOBRE SUPERVISIÓN BANCARIA, *Administración y supervisión de actividades de banca electrónica transfronteriza*, octubre de 2002, http://www.asba-supervision.org/dmdocuments/2010-07-18_DCB-2002-04-Esp.pdf.
- COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES, “Marco general de principios y normas para la liberalización del comercio de servicios en la Comunidad Andina”, decisión 439 de 1998, <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec439s.asp>

- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, “Estudio sobre las perspectivas de la armonización de la ciberlegislación en América Latina”, junio de 2009, http://unctad.org/es/Docs/webdtklctcd20091_sp.pdf.
- , *Dispute Settlement —Word Trade Organization— 3.13 GATS*, Nueva York, ONU, 2003.
- DROUET, Xavier, “Diferentes enfoques de negociación sobre servicios financieros”, *Biblioteca Digital Andina*, Perú, <http://www.comunidadandina.org/BDA/docs/CAN-PAS-0002.pdf>.
- ESTADOS UNIDOS, “Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act”, *Public Law 111-203*, 111th Congress.
- FANELLI, José María, “Mercosur: integración y profundización de los mercados financieros”, en FANELLI, José María (comp.), *Mercosur: integración y profundización de los mercados financieros*, Serie Red Mercosur, núm. 9, 2008.
- FINANCIAL STABILITY BOARD, “Consumer Finance Protection with Particular Focus on Credit”, 2011, http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111026a.pdf.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, “Informe sobre la estabilidad financiera mundial, abril 2013. Resumen Ejecutivo”, <http://www.imf.org/external/spanish/pubs/ft/gfsr/2013/01/pdf/sums.pdf>.
- HERRERA, Fredy y MAHECHA, Alejandro, “Una revisión general de los deberes secundarios de conducta de las sociedades fiduciarias en el contrato de fiducia”, *Derecho y Realidad*, Bogotá, núm. 18, segundo semestre de 2011.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, “Estándar Internacional ISO/IEC 17799 Tecnología de la información – Técnicas de seguridad – Código para la práctica de la gestión de la seguridad de la información”, 2007, <https://mmujica.files.wordpress.com/2007/07/iso-17799-2005-castellano.pdf>.
- , “Estándar Internacional ISO/IEC 27001 Tecnología de la información- Técnicas de seguridad-Sistemas de gestión de seguridad de la información – Requerimientos”, 2005, <http://mmujica.files.wordpress.com/2007/07/iso-27001-2005-espanol.pdf>.
- JIMÉNEZ, Luis Felipe y MANUELITO, Sandra, “América Latina: sistemas financieros y financiamiento de la inversión. Diagnósticos y propuestas”, *Revista CEPAL*, Santiago de Chile, vol. 103, 2011.

- LARENZ, Karl, “Derecho de las obligaciones. Tomo I”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1958.
- NEME-VILLARREAL, Martha Lucía, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva: equívocos a los que conduce la falta de claridad en las distinciones de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, vol. 17, 2009.
- OCDE, “Directrices para la protección de los consumidores de prácticas comerciales transfronterizas fraudulentas y engañosas”, 1999, <http://www.oecd.org/sti/consumer/34012151.pdf>.
- , “G20 High-level Principles on Financial Consumer Protection”, Paris, octubre de 2011, <http://www.oecd.org/daf/fin/financial-markets/48892010.pdf>.
- , “OECD Releases System to Reduce Compliance Cost and Facilitate Cross-Border Investment”, <http://www.oecd.org/newsroom/system-to-reduce-compliance-cost-facilitate-cross-border-investment.htm>.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Comunicado de prensa del 10 de abril de 2013, http://www.wto.org/spanish/news_s/pres13_s/pr688_s.htm.
- , *El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios Introducción*, División de Comercio de Servicios, 31 de enero de 2013, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gsintr_s.pdf.
- OSPINA-FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Temis, 2009.
- PEYRANO, Jorge Walter, *Cargas probatorias dinámicas*, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.
- RUIZ, José y SRINIVAS, Val, *El futuro de la Banca Móvil en América Latina*, Deloitte, 2012, <http://www.deloitte.com>.
- SCHÄFER, Stefan, “Early Repayment of Fixed-Rate Mortgages. There is no Free Lunch”, *EU Monitor Financial Market Special*, Frankfurt, núm. 36, Deutsche Bank Research, julio de 2006, <http://www.dbresearch.com>.
- SOLARTE-RODRÍGUEZ, Arturo, *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*, Bogotá, VNIVERSITA, Universidad Javeriana de Colombia, julio-diciembre de 2004.
- TRATADO DE LIBRE COMERCIO CHILE-ESTADOS UNIDOS, <http://www.direcon.gob.cl>.
- TRATADO DE LIBRE COMERCIO COLOMBIA-CANADÁ, <http://www.international.gc.ca>.

- TRATADO DE LIBRE COMERCIO COLOMBIA-ESTADOS UNIDOS, <https://www.mincomercio.gov.co>.
- TRATADO DE LIBRE COMERCIO PANAMÁ-ESTADOS UNIDOS, <http://www.mici.gob.pa>.
- UNCITRAL, “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico Guía para su incorporación al derecho interno”, Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 1999, <http://www.uncitral.org>.
- UNIÓN EUROPEA, “Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *Diario Oficial*, 26 de enero de 1998, núm. C 027, <http://eur-lex.europa.eu>.
- , “Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Diario Oficial*, 9 de octubre de 1980, núm. L 266, <http://eur-lex.europa.eu>.
- VENEZUELA, Consejo de la Judicatura, *Gaceta Oficial*, núm. 35.663, resolución núm. 147, 21 de febrero de 1995, reimpresión por error material según resolución núm. 161, 6 de marzo 1995.
- WOLFRUM, Rüdiger y STOLL, Peter Tobias, *WTO – Trade in Services – Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2008.