



AUTORIDAD DE DEFENSA DEL CLIENTE FINANCIERO: LA PIEZA QUE FALTA PARA COMPLETAR EL SISTEMA

Authority for the Protection of Financial Customers: the missing piece to complete the system

FERNANDO ZUNZUNEGUI

Universidad Carlos III de Madrid

Revista de Derecho del Sistema Financiero 6
<https://doi.org/10.32029/2695-9569.02.05.2023>
Septiembre 2023
Págs. 171–206

RESUMEN: La falta de un sistema extrajudicial de resolución de controversias de las entidades financieras con sus clientes perjudica la confianza necesaria para crear un Mercado Único de Capitales en la Unión Europea. La red FIN-NET creada para resolver las controversias transfronterizas y crear unos estándares de calidad no ha tenido el resultado esperado. El presente trabajo analiza las razones de este fracaso y las más recientes novedades normativas. El proyecto de ley español para la creación de una Autoridad de Defensa del Cliente Financiero (ADCF) encargada de gestionar el sistema de resolución de controversias financieras (ADR) es un proyecto vanguardista que podría servir de modelo a una futura armonización de los ADR financieros en la Unión Europea. Por esta razón se estudia la naturaleza de la Autoridad proyectada, su estatuto como gestor de un sistema sectorial de resolución de litigios y su encaje en la arquitectura financiera, con algunas propuestas a considerar de lege ferenda. El objeto de este trabajo es justificar la creación de un ADR

ABSTRACT: The lack of an out-of-court dispute resolution system between financial institutions and their clients undermines the trust needed to create a Capital Markets Union. The FIN-NET network created to resolve cross-border disputes and raise quality standards has not had the expected result. This paper analyses the reasons for this failure and the most recent regulatory developments. The Spanish bill for creating an Authority for the Protection of Financial Customers in charge of operating the financial alternative dispute resolution (ADR) system is a cutting-edge project that could serve as a model for a future harmonisation of financial ADR in the European Union. For this reason, the nature of the planned Authority, its role as manager of a sectoral dispute resolution system, and its integration into the financial architecture are studied, with some proposals to be considered de lege ferenda. The purpose of this paper is to justify the creation of a financial ADR as a component that completes the system. It is a doctrinal paper based on

financiero como pieza que completa el sistema. Es un trabajo doctrinal que parte del mapa de la red FIN-NET y del análisis del reciente proyecto de Ley tramitado por el Congreso español para aclarar conceptos, justificar la creación de un ADR financiero y proponer las vías para su mejor implementación.

PALABRAS CLAVE: Autoridades Financieras – Sistema alternativo de resolución de litigios – ADR – Mediación – Arbitraje – Servicios de reclamaciones – Defensor del cliente – ADCF – Educación financiera – Inclusión financiera.

the map of the FIN-NET network and the analysis of the recent draft bill passed by the Spanish Congress in order to clarify concepts, justify the creation of a financial ADR and propose ways for its better implementation.

KEYWORDS: Financial Authorities – Alternative Dispute Resolution System – ADR – Mediation – Arbitration – Complaints services – Ombudsman – ADCF – Financial education – Financial inclusion.

Fecha de recepción: 3-7-2023

Fecha de aceptación: 11-8-2023

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES. III. SISTEMA DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LITIGIOS (ADR FINANCIERO). 1. *Naturaleza y funciones*. 2. *Sobre la distinción entre el sistema ADR y la autoridad que lo gestiona*. 3. *Resoluciones de Derecho en el mejor interés del cliente*. 4. *Ámbito de la reclamación*. 5. *Resoluciones vinculantes y recurribles*. IV. AUTORIDAD DE DEFENSA DEL CLIENTE FINANCIERO. 1. *Naturaleza y funciones*. 1.1. SOBRE LA INDEPENDENCIA DE LA AUTORIDAD. 1.2. SOBRE LA CONVENIENCIA DE CREAR LA AUTORIDAD. 2. *Organización*. 2.1. CONSEJO RECTOR. 2.2. COMITÉ CONSULTIVO. 2.3. SECCIONES. 2.4. VOCALES. 3. *Recursos económicos*. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo aborda la necesidad de crear un sistema independiente de resolución de las controversias que surgen entre las entidades financieras los clientes y sus clientes como pieza que falta para completar el sistema financiero. La regulación financiera por su objeto tiene un complejo sistema de fuentes¹. Las autoridades financieras actúan como supervisores, pero también como reguladores. Tienen la pretensión de crear doctrina. Utilizan sus servicios de reclamaciones para orientar la conducta de las entidades financieras. Pero lo hacen en conflicto de intereses. Su mandato sobre estabilidad, solvencia o transparencia entra en conflicto con la protección del cliente. Por esta razón resulta conveniente y necesario crear una nueva autoridad administrativa independiente cuyo mandato principal sea la protección del cliente al margen de los supervisores financieros. Esta autoridad quedaría encargada de resolver las reclamaciones de los clientes, creando una doctrina destinada a reforzar la seguridad jurídica en el mercado financiero.

Los mecanismos alternativos de resolución de controversias conocidos por sus siglas en inglés «ADR» son habituales en el Derecho del consumo. En la Unión Europea, los Estados miembros deben desarrollar este tipo de mecanismos de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2013/11/

1. GRANIER, C., *Les sources du droit financier: étude sur la singularité de la production de la norme financière*, 2023, passim.

UE². Sin embargo, su recepción en el sector financiero aconseja previsiones especiales atendiendo a la naturaleza de la actividad financiera, una actividad basada en la confianza y caracterizada por su complejidad técnica y globalidad.

Las debilidades del marco armonizado de ADR³, con falta de sensibilización y conocimiento de los consumidores de este tipo de herramientas se agravan en el sector financiero.

En 2001, la Comisión Europea lanza la red FIN-NET de ADR financieros. Es en 2016 cuando esta red toma como marco de referencia la Directiva 2013/11/UE⁴. El objetivo de FIN-NET es garantizar la cooperación entre sus miembros para que las reclamaciones relativas a litigios transfronterizos se traten con eficacia. Al escribir estas líneas, la red tiene 57 miembros. Todos los Estados miembros de la Unión Europea cuentan con al menos un ADR registrado en la red. Si bien, 5 Estados han registrado ADR generales, no específicos del sector financiero. Su eficacia es limitada. Según el último informe anual publicado, correspondiente al 2019, se tramitaron 3759 casos transfronterizos, de los 441.600 casos que los miembros abordaron en total en dicho ejercicio.

En este trabajo vamos a utilizar como fuente de información las fichas de cada miembro de FIN-NET, con referencias a su naturaleza y al correspondiente procedimiento de reclamación⁵. Estas fichas reflejan la diversidad de soluciones que van desde la mediación al arbitraje, con organismos *sui generis* basados en el poder disuasorio de la autoridad que se encarga de gestionar el ADR. En la Unión Europea no hay un modelo de ADR financiero que sea independiente de las autoridades financieras y que sea capaz de imponer sus decisiones a las entidades financieras.

Con vistas a armonizar los ADR financieros en la Unión Europea, hay una novedad normativa digna de atención. Más allá de la mediación o el

2. Cfr. Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. En el informe de seguimiento de la aplicación de esta Directiva la Comisión Europea reconoce que el nuevo marco de ADR «sigue infrutilizado» [COM (2019) 425 final, Bruselas, 25.9.2019]. Cada Estado miembro debe nombrar un punto de contacto de resolución de litigios en línea a tenor del art. 7.1 del Reglamento (UE) 524/2013, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. La Comisión Europea tiene la intención de derogar este Reglamento dado el escaso número de casos que se resuelven a través de la plataforma gestionada por la Comisión (Minutes FIN-NET plenary meeting 24 november 2022).
3. Puestas de manifiesto en el informe de seguimiento de la Comisión Europea [COM (2019) 425 final, Bruselas, 25.9.2019].
4. Cfr. Memorandum of Understanding on a Cross-Border Out-of-Court Complaints Network for Financial Services, de 12 de mayo de 2016.
5. Disponibles en https://finance.ec.europa.eu/consumer-finance-and-payments/retail-financial-services/financial-dispute-resolution-network-fin-net/members-fin-net-country_en.

arbitraje, en España, por mandato legal, el gobierno ha tramitado un proyecto de ley que crea un ADR financiero a cargo de una administración independiente⁶. La tramitación de este proyecto ha abierto un rico debate sobre la oportunidad de crear una autoridad *ad hoc* dedicada a la protección del cliente financiero, de interés para la futura regulación financiera en la Unión Europea. Abordaremos esta evaluación desde la perspectiva del Derecho comparado y nos centraremos en los temas que han sido objeto de debate parlamentario, con el objetivo de formular algunas recomendaciones de *lege ferenda*.

El objeto de este trabajo es justificar la creación de un ADR financiero *ad hoc* como pieza que completa el sistema. Es un trabajo doctrinal que parte del mapa de la red FIN-NET y del análisis del reciente proyecto de Ley tramitado por el Congreso español para aclarar conceptos, justificar su creación y proponer las vías para su mejor implementación.

II. ANTECEDENTES

En la Unión Europea el cliente de las entidades financieras carece de una adecuada protección⁷. Es habitual que la banca aproveche su poder de mercado y la asimetría informativa para colocar productos que no satisfacen las necesidades de los ahorradores⁸. Como consecuencia de estas malas prácticas se agrava la desconfianza y se compromete la creación de un Mercado Único de Capitales. Siempre es difícil enfrentarse a contratos novedosos no contemplados por los códigos, pero más cuando surgen en el seno de otros ordenamientos como los anglosajones y con elevada complejidad

6. Proyecto de Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes, aprobado por el Congreso, el 18 de mayo de 2023, publicado en el BOCD de 25 de mayo de 2023, aunque se trate de un proyecto decaído ante la disolución de las Cortes Generales por convocatoria de elecciones generales (Real Decreto 400/2023, de 29 de mayo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones). Actualmente, no se sabe si el gobierno resultante de las elecciones retomará esta iniciativa para cumplir con el mandato legal de 2017. No obstante, esta pausa electoral brinda una excelente oportunidad para valorar el Proyecto de Ley aprobado en el pleno de Congreso. Proyecto comentado por Benito ARRUÑADA, «La protección administrativa de las relaciones financieras», *Apuntes Fedea 2023/1*, mayo 2023 (Versión revisada de 5 de junio de 2023: «La protección administrativa de las relaciones financieras», *Apuntes FEDEA 2023/1*, mayo 2023 <https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2023/ap2023-11.pdf>).
7. Como quedó acreditado por los cinco estudios publicados en junio de 2018 por el Parlamento Europeo sobre «mis-selling of financial products»: Pierre-Henri CONAC, *Subordinated Debt and Self-placement*; Fernando ZUNZUNEGUI, *Mortgage Credit*; Kern ALEXANDER, *Marketing, Sale and Distribution*; O. O. CHEREDNYCHENKO, J.-M. MEINDERSTMA, *Consumer Credit*; V. COLAERT, Drs. T. INCALZA *Compensation of Investors in Belgium*.
8. Cfr. Propuesta de Directiva por la que se modifican las Directivas 2009/65/CE, 2009/138/CE, 2011/61/UE, 2014/65/UE y (UE) 2016/97 por lo que respecta a las normas de protección de los inversores minoristas en la Unión, de 24 de mayo de 2023.

técnico-financiera. En muchos casos son diseñados por las tesorerías de los grandes bancos, en equipos multidisciplinares integrados por juristas, economistas, matemáticos, psicólogos y otros profesionales.

En España, la relación de los bancos con sus clientes está judicializada. Decenas de miles de demandas colapsan el sistema judicial y dañan la reputación de la banca. Las medidas específicas no han resuelto el problema⁹ Las cláusulas suelo, los gastos hipotecarios, las tarjetas *revolving* y un sinfín de casos multiplican los contenciosos¹⁰ A su vez, los servicios de reclamaciones de los supervisores no cumplen su función preventiva de la judicialización¹¹. Falta una pieza en el sistema financiero que resuelva las controversias, aporte seguridad jurídica y permita a la banca recuperar su reputación.

En una medida vanguardista, el capítulo quito de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, creó los «Comisionados para la protección de los derechos del usuario de servicios financieros», que pese a haber contado con

9. Como los arbitrajes ficticios ensayados para las participaciones preferentes o las cláusulas suelo. Véase para las participaciones preferentes el Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero, que además de regular este arbitraje ficticio controlado por auditoras de las entidades de crédito, creaba una Comisión de seguimiento que debía haber analizado «los factores que han motivado la presentación de reclamaciones judiciales y extrajudiciales por los titulares de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada frente a las entidades», régimen comentado por el autor en «Comercialización de participaciones preferentes entre clientela minorista», *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 130, 2013, pp. 264-265. El primer informe de la Comisión de seguimiento dio lugar a un voto particular de la presidenta de Consejo de Consumidores y Usuarios por negar el problema al considerar que se trata de una materialización de los riesgos del instrumento por la crisis «cuando la raíz del problema no deriva del instrumento, sino de su incorrecta comercialización entre clientela minorista» <https://consumo-ccu.consumo.gob.es/pdf/VotoPresidentaPreferentesCNMV.pdf> En relación con las cláusulas suelo, véase el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, destinadas a facilitar «la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor». Respecto a estas medidas se han publicado siete informes de seguimiento, el último de diciembre de 2020, en el que según voto particular de Vicente PASCUAL evidencia una «estabilización del número de asuntos pendientes de resolver en el entorno de los 250.000 asuntos, y con ello el fracaso de la especialización de los juzgados provinciales de condiciones generales de contratación, como pretendida solución al problema planteado» https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/economia/ficheros/pdf/Septimo_informe_Comision_Clausulas_Suelo.pdf.
10. El CENDOJ, sin incluir la primera instancia, a 10 de junio de 2023, recoge 45.485 sentencias de cláusulas suelo, con 1.825 del Tribunal Supremo; 17.976 sobre intereses hipotecarios, 205 del Tribunal Supremo; 7.090 de tarjetas bancarias, 17 de Tribunal Supremo; y 17.886 sobre protección de inversor, 482 del Tribunal Supremo. Creciente litigiosidad que también alcanza al seguro, con 34.753 sentencias sobre este contrato, 821 del Tribunal Supremo.
11. Ineficacia destacada en las Alegaciones del Consejo de Consumidores y Usuarios al Anteproyecto de Ley, p. 3.

su correspondiente desarrollo reglamentario¹², por rebeldía de los supervisores nunca llegaron a designarse¹³. Un precedente desaprovechado, pues de haber sido nombrados se podrían haber prevenido las malas prácticas bancarias germen de la actual judicialización.

Tras la crisis de 2008, la creación de una autoridad de protección del cliente financiero fue la principal respuesta en el sistema estadounidense para recuperar la confianza en la banca. Se crea entonces el *Consumer Financial Protection Bureau* con el fin de proteger a los consumidores financieros de prácticas desleales, engañosas o abusivas y proporcionarles información y educación para que puedan tomar buenas decisiones financieras¹⁴. Pero este diseño no es exportable a otros países. Responde a la singular arquitectura financiera y cultura de los Estados Unidos.

En la Unión Europea, la creación de una autoridad de protección del cliente financiero se ha enmarcado entre los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, conocidos como «ADR» de sus siglas en inglés. La Directiva 2013/11/UE obliga a los Estados miembros a garantizar a los consumidores la posibilidad de resolver sus litigios con empresarios mediante la intervención de «entidades de resolución alternativa» que ofrezcan procedimientos que sean independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos. La Ley 7/2017, de transposición al Derecho interno español de la Directiva 2013/11/UE, recoge en su primera disposición adicional que para la resolución «de litigios de consumo en el sector financiero, será creada por ley, y comunicada a la Comisión Europea, tras su acreditación por la autoridad competente, una única entidad». Con este fin, dio al Gobierno un plazo de ocho meses para remitir a las Cortes Generales «un

12. Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, que «se conciben con caracteres de independencia y autonomía y a los que se dota de los medios profesionales y operativos necesarios para asegurar la eficacia en su actuación».
13. Manuel CONTHE, presidente de la CNMV, en comparecencia en el Congreso de 1 de diciembre de 2004 manifestaba «le he recomendado al actual vicepresidente del Gobierno y ministro de Economía, que yo no veía ninguna necesidad de dotar esa plaza de comisionado para la defensa del inversor», pues vendría a ser «una suplantación de funciones que por ley tengo encomendadas». Sin embargo, añadía: «en el caso del Banco de España y seguros la situación es muy distinta. Su preocupación primordial es ver la salud financiera de las entidades de crédito y de seguros, y por eso, a lo mejor, ahí sí que puede tener sentido un comisionado que tome la otra perspectiva, la del inversor, la del cliente de a pie, porque eso no está suficientemente incardinado dentro de la función». Es decir, CONTHE se mostraba partidario de nombrar comisionados para la defensa del depositante y del asegurado, pero no lo consideraba necesario para la defensa del inversor. Este planteamiento del supervisor, contrario a ceder competencias sobre la defensa del cliente financiero, se han reproducido en el debate que ha acompañado la creación de la Autoridad de defensa del cliente financiero.
14. Creado por *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 7 de julio de 2010. Véase Adam J. LEVITIN, «The Consumer Financial Protection Bureau: An Introduction», *Review of Banking and Financial Law*, 32, núm. 2 (Spring 2013), pp. 321-370.

proyecto de ley que regule el sistema institucional de protección del cliente financiero, así como su organización y funciones». Con más de cuatro años de retraso¹⁵, el 16 de diciembre de 2022, el Gobierno remitió a las Cortes el Proyecto de Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes. Este retraso demuestra que la protección del cliente financiero no es una prioridad política. Tras su aprobación por el Congreso, pendiente de su tramitación en el Senado, decae el Proyecto al disolverse las Cortes por convocatoria de elecciones. Una vez más, se frustra la creación de un organismo público encargado de velar por la protección del cliente financiero. En consecuencia, en España sigue sin garantizarse la posibilidad de resolver sus litigios financieros mediante la intervención de un ADR¹⁶. De hecho, en el listado de este tipo de entidades que lleva la Comisión Europea no existe ninguna entidad dedicada a resolver en España litigios con las entidades financieras¹⁷, que por mandato legal debe ser una única entidad. Aunque formen parte de la red FIN-NET, los sistemas de reclamaciones de los supervisores españoles no cumplen las exigencias de independencia y neutralidad requeridas por la Directiva 2013/11/UE¹⁸. El resto de entidades acreditadas que figuran en el listado y que dan cobertura a reclamaciones de consumo de todos los sectores económicos «podrán conocer igualmente de este tipo de litigios, siempre que ambas partes se hayan sometido voluntariamente al procedimiento»¹⁹. Pero la banca sistemáticamente se niega a aceptar esta vía extrajudicial.

15. Tras la correspondiente audiencia pública del anteproyecto de 5 de abril de 2022. Previamente había circulado un borrador de 7 de marzo de 2019.
16. Nos encontramos ante una falta de trasposición de la Directiva 2013/11/UE, fijado para el 9 de julio de 2015, en relación con el consumidor financiero.
17. Accesible en <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.adr.show>.
18. Según el tercer apartado de la Disposición adicional primera de La Ley 7/2017, de 2 de noviembre que traspuso la Directiva, hasta que entre en vigor la Ley que regule el sistema de resolución alternativa de conflictos en el ámbito de la actividad financiera, «los servicios de reclamaciones regulados en el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, acomodarán su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la presente ley y, en especial, se garantizará su independencia organizativa y funcional en el seno del organismo donde están incardinados con el fin de poder ser acreditados como entidad de resolución alternativa de litigios financieros.» Pero nunca han quedado acreditados como entidad de resolución alternativa de litigios como se deduce de que no estén inscritas como tales en el listado que mantiene la Comisión Europea. Las entidades a las que se refiere el art. 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, según confirma el art. 31 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, son los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, cuyas resoluciones son de cumplimiento voluntario. En junio de 2013 la Comisión Ejecutiva del Banco de España acordó la creación Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones.
19. Inciso final del apartado primero de la Disposición adicional primera de La Ley 7/2017.

III. SISTEMA DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LITIGIOS (ADR FINANCIERO)

1. NATURALEZA Y FUNCIONES

Tener a disposición de los consumidores financieros sistemas de reclamación y resarcimiento es un principio de la OCDE, al que se ha adherido la Unión Europea²⁰. Debe existir la posibilidad de recurrir a un proceso de reparación independiente de aquellas reclamaciones que no se resuelvan a través de los servicios internos de los intermediarios financieros.

La Unión Europea carece un ADR financiero armonizado. Como se observa al analizar las fichas de los miembros de la red FIN-NET, no hay un modelo compartido. La mayoría de los ADR, 32 de los 57 registrados, han sido creados por ley. Algo más de la mitad son públicos, 27 de los 57. Y algo menos de la mitad, 21 de los 57, son de adhesión voluntaria. En 12 Estados miembros hay más de un ADR adherido a FIN-NET. La mayoría están gestionados o dependen de las autoridades financieras. Hay miembros de FIN-NET que son ADR generales, no especializados, esta opción debería descartarse, por carecer de los conocimientos y competencias sobre contratos financieros necesarios para poder fundar sus resoluciones. En suma, en la Unión Europea no hay un modelo de ADR financiero, de carácter público, independiente de las autoridades financieras y específico para el sector financiero.

En este ámbito resulta de especial interés detenernos a comentar la iniciativa española, de crear un ADR financiero a cargo de una autoridad administrativa independiente. Se trata de un Proyecto de Ley que actualiza y da nueva configuración al sistema de protección de clientes de servicios financieros, previsto en el capítulo V de la Ley 44/2002. Crea un «sistema institucional de resolución extrajudicial de conflictos» compuesto por un sistema privado y otro público. Mantiene como «sistema privado» los servicios de atención al cliente y los defensores de la clientela de las entidades financieras, regulados en el art. 29 de la Ley 44/2002²¹. El «Sistema público» queda a cargo de la Autoridad de Defensa del cliente financiero. Es un Sistema complementario a la vía jurisdiccional y previene la judicialización de los litigios. Es la pieza que falta en el sistema financiero que debería explorarse con ocasión de la futura armonización de los ADR financieros en la Unión Europea. Los litigios judiciales en masa perjudican la

20. *Principle 12 Complaints Handling and Redress, High-Level Principles on Financial Consumer Protection* de la OCDE de 12 de diciembre de 2022, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0394>, de actualización de los principios de 17 de julio de 2012, que ya recogía este principio.

21. Desarrollado por Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras. La mayoría de los ADR adheridos a FIN-NET contempla como formalidad previa la previa presentación de la reclamación ante la entidad financiera para darle la oportunidad de atender al cliente. Es un sistema de intervención mínima en que solo se admiten las reclamaciones que no han recibido una respuesta satisfactoria en el primer escalón.

reputación de la banca y quiebran la confianza del cliente en la intermediación financiera.

La Autoridad proyectada admite y tramita reclamaciones de clientes contra entidades financieras para restituir o reparar sus intereses o derechos. Más que litigios, son «controversias» sobre la aplicación de las normas de conducta²², en las que cliente y banco tienen posiciones enfrentadas que no han conciliado de forma interna²³. Son cuestiones controvertidas que el cliente puede plantear ante la Autoridad para su resolución a través del Sistema público de resolución de controversias. Este cumple la función de prevenir el juicio. El Proyecto no define el término «litigio» de forma específica, sino que lo utiliza de forma genérica, más amplia que pleito o proceso judicial. En sentido estricto, ante la Autoridad no se litiga, pues no hay disputa en juicio. De hecho, si el litigio ha sido planteado ante un órgano jurisdiccional, queda excluido de su ámbito.

El Sistema público proyectado no puede encuadrarse en una categoría ya existente. Es único en su género²⁴. No es un arbitraje, con decisiones basadas en la autonomía de la voluntad de las partes. Pero tampoco es una mediación en que las partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador. Es una forma *sui generis* de resolución de litigios.

El Sistema se diseña como mecanismo de «acceso a la justicia», entendiendo esta expresión en un sentido amplio como «acceso a los procedimientos jurisdiccionales y extrajudiciales»²⁵. Nace de la Ley con organización y garantías que no son comparables a las jurisdiccionales²⁶. Pero la Autoridad no es juez, ni está dotada de funciones jurisdiccionales²⁷, lo cual sería

22. Este es el término utilizado en la traducción italiana de la Directiva 2013/11/UE, «sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori». Término utilizado por el Consejo de Estado en su informe sobre el Anteproyecto, p. 34.
23. Que deberá acreditarse en la forma prevista en el art. 32 del Proyecto de Ley, como condición necesaria para acceder al Sistema público.
24. Véase respecto a la singularidad del *Arbitro Bancario Finanziario* G. LIACE, *Diritto dei mercati finanziari*, 2023, p. 172.
25. Según recoge la Comunicación de la Comisión Europea: «Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior» (COM (96)0013 – C4-0195/96).
26. No obstante, el procedimiento se debe ajustar a los principios de igualdad, equidad, imparcialidad, independencia, transparencia, contradicción, legalidad, libertad de prueba, eficacia y celeridad (art. 35.1 Proyecto de Ley). Se aplica supletoriamente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
27. Aunque el *Arbitro Bancario Finanziario* tenga fisonomía diferente, resulta de interés la Sentencia de la Corte Constitucional italiana 4 de julio de 2011, que descarta la naturaleza jurisdiccional de este organismo, entre otras razones porque la suerte de sus resoluciones, que califica de «*stragiudiziale*», depende de la facultad de recurrir a la autoridad judicial. Véase MAUREGUI, M.R., «ADF e legittimazione a sollevare quesiti costituzionali», en Giuseppe CONTE (Dir), *Arbitro bancario e finanziario*, 2021, pp. 28-32.

invadir el poder judicial²⁸. Es un mero intérprete técnico deflactor de los contenciosos bancarios y financieros, con efecto conformativo de la conducta bancaria orientándola hacia las mejores prácticas²⁹. Es además un mecanismo impulsor el cumplimiento normativo.

La jurisdicción está saturada con miles de demandas porque el actual sistema de reclamaciones no cumple su función preventiva de garantizar el acceso a una resolución conforme a Derecho. Con la nueva Autoridad no se trata de crear una jurisdicción de nivel inferior, sino de ofrecer un complemento a la función jurisprudencial³⁰. Sus decisiones deben servir de guía técnica de los contratos bancarios y financieros para las entidades y para el mercado en su conjunto. En cuestiones técnicas de gran complejidad como las que se discuten en la mayor parte de los litigios financieros, es muy probable que los tribunales sigan los criterios de la Autoridad administrativa independiente especialista en la materia. De tal modo que ante la alta probabilidad de que los jueces ratifiquen las resoluciones de la Autoridad los bancos no tendrán incentivos en prolongar el litigio ante los tribunales.

El Sistema proyectado está diseñado para que resuelva los litigios creando una doctrina que oriente las resoluciones judiciales y la conducta de las entidades. Su objetivo es crear doctrina con el fin de dotar al mercado financiero de seguridad jurídica. Se trata de proteger al cliente frente a las malas prácticas bancarias, fortaleciendo la confianza en el sistema financiero. De este modo contribuiría a superar la crisis reputacional que afecta a la banca.

28. Según el Informe al Anteproyecto del Consejo General del Poder Judicial de 17 de noviembre de 2022: «la Administración no puede crear instancias administrativas para resolver coactivamente controversias entre particulares regidas por el derecho privado, ya que ello comporta la invasión del espacio que la Constitución reserva en exclusiva al Poder Judicial» (p. 48).

29. Cfr. Laura ALBANESE y Michael LECCI, *Report: ABF e ACF: deflattori o interpreti tecnici? Giurisprudenze a confronto*, 2019, p. 3, citando Fernando GRECO: «punto di riferimento, non in funzione sostitutiva della giurisprudenza, ma con un ruolo di specificazione della complessa attività di interpretazione e forse anche come deflattori del contenzioso, in considerazione della capacità conformativa delle loro decisioni, rispetto al comportamento degli intermediari». *Ibidem*, p. 9. Efecto conformativo tendente a neutralizar de forma preventiva el riesgo de incumplimiento de las normas de conducta. Véase MAIMERI, F. «La definizione delle controversie concernenti i contratti dei risparmiatori davanti all'ABF» en F. CAPRIGLIONE (dir.), *I contratti dei risparmiatori*. 2013, p. 574; CANDIAN, A., «Tutela del consumatore nei rapporti bancari», en LLAMAS POMBO, E., MEZZASOMA, L., RANA, U., y RIZZO, F. (dirs.) *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria*, 2020, pp. 35-50.

30. Cfr. Laura ALBANESE y Michael LECCI, *Report: ABF e ACF: deflattori o interpreti tecnici? Giurisprudenze a confronto*, 2019, p. 2, citando a Riccardo FUZIO. Sobre la relación entre ADR y jurisdicción, véase Andrea TUCCI, «L'Arbitro Bancario Finanziario fra trasparenza bancaria e giurisdizione», *Banca Borsa Titoli di Credito*, vol. 72, núm. 5, 2019, pp. 623-649.

El Sistema proyectado aplica las normas de conducta a la resolución de litigios. De este modo, crea y desarrolla el Derecho regulatorio privado³¹. Las normas de conducta que proceden de directivas comunitarias forman parte del Derecho público y su incumplimiento constituyen infracciones administrativas. Son normas minuscuamperfectas que carecen de sanción civil. En servicios de inversión, el Tribunal Supremo ha comenzado a construir una rica doctrina jurisprudencial sobre los efectos civiles del incumplimiento de las normas de conducta, empezando por el incumplimiento de las obligaciones de información³². Esta jurisprudencia descarta la nulidad radical por contrariar el orden público económico y admite que pueda dar lugar a la nulidad por error vicio en el consentimiento o a responsabilidad contractual por daños. El Sistema público de resolución de litigios está llamado a desarrollar esta doctrina³³, una función cuasi-regulatoria³⁴, laboratorio sobre el grado de cumplimiento de la regulación financiera. Cumpliría cierta función nomofiláctica, de depuración de las normas de conducta, que se ejercitaría a través de sus propuestas de modificación de este tipo de normas³⁵.

El Sistema debe funcionar con independencia e imparcialidad. Su función principal es resolver los litigios en el marco del sistema extrajudicial aplicando las normas de conducta. En ejercicio de esta función tiene conocimiento de los casos de incumplimiento que dan lugar a los litigios. Esta información es muy relevante para los supervisores. Por esta razón, la Autoridad quedaría obligada a comunicarles aquellos hechos que pudieran constituir infracciones de normas de conducta³⁶. La pérdida de esta fuente de información fue esgrimida como argumento en contra de su creación. En principio, conocer a través de esta vía las posibles infracciones a las normas de conducta facilita a los supervisores incoar expedientes sancionadores.

31. Véase MICKLITZ, H.-W., «The public and the private-European regulatory private law and financial services», *European Review of Contract Law*, 2014, vol. 10, núm. 4, pp. 473-475; DELLA NEGRA, F., *MiFID II and Private Law: enforcing EU conduct of business rules*, Bloomsbury Publishing, 2019.
32. Con sus altibajos. Véase AGÜERO ORTIZ, A.: *La evolución de la normativa de protección a los inversores y los remedios aplicados a los contratos de inversión*, 2020; y, del autor, «Remedios contractuales a la mala conducta bancaria», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, marzo 2021, pp. 63-114.
33. Cfr. Pietro SIRENA: «“Translating” market regulation into individual rights and duties» («ADR systems in the banking and financial markets», en *Le tritement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières. Approche croisée*. 2017, p. 147).
34. *Ibidem*, p. 140.
35. Si bien esta potestad no se recoge de forma expresa en el Proyecto de Ley que se limita a facultar a la Autoridad para instar a los supervisores propuestas de mejores prácticas financieras (cfr. art. 50.2 *in fine*).
36. Art. 51 Proyecto de Ley. Este deber está recogido en los *High-Level Principles on Financial Consumer Protection* de la OCDE en los siguientes términos: «La información relativa a las reclamaciones de los consumidores debe estar a disposición de los organismos de supervisión para apoyar sus funciones de supervisión o de aplicación de la ley» (Principio 12, § 35).

Pero lo cierto es que el modelo de gestión de las reclamaciones a través de los supervisores no ha logrado disciplinar la conducta de las entidades³⁷.

También le competaría al Sistema proyectado la declaración del carácter abusivo de cláusulas contractuales o más bien constatarlo ante la reclamación de un cliente cuando dicha cláusula u otra idéntica haya sido declarada nula por el Tribunal Supremo, conste inscrita como abusiva en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación o el carácter abusivo resulte de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La ampliación del ámbito objetivo del Sistema a las cláusulas abusivas sometidas a la disciplina consumerista se justifica por la masa de este tipo contenciosos. La mayor parte de los litigios contra la banca son por abusividad. En esta materia, la protección solo alcanza a los clientes que tengan la condición de consumidor. Para cumplir esta función de depuración de la abusividad, la Autoridad proyectada además de ser experta en regulación financiera debería contar con conocimientos y competencias en Derecho de los consumidores.

Quedan excluidas del ámbito objetivo del Sistema proyectado las reclamaciones por litigios distintos a los que surgen de la aplicación de las normas de conducta o de la abusividad. El Proyecto de Ley recoge una larga lista de exclusiones que la práctica irá delimitando³⁸. Algunas son claras como las relativas a litigios en materia de competencia, de protección de datos o seguros de grandes riesgos. Otras son más problemáticas como la exclusión de las reclamaciones «de daños y perjuicios causados por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del clausulado del contrato financiero, sin perjuicio del régimen de compensaciones previsto en la Ley».

2. SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE EL SISTEMA ADR Y LA AUTORIDAD QUE LO GESTIONA

El ADR financiero es un sistema que debería quedar a cargo de una autoridad administrativa distinta a los supervisores financieros. Una vez diseñado y regulado el sistema habría que crear la autoridad va a encargarse del mismo.

En la Unión Europea, lo habitual es encuadrar los sistemas de reclamaciones en la actividad del supervisor financiero. Así ocurre en Francia,

37. La mala conducta bancaria acreditada por miles de reclamaciones administrativas y condenas judiciales a los bancos no se ha visto acompañada de las correspondientes sanciones administrativas. El Banco de España, según sus Memorias de supervisión, incoó en materia de normas de conducta 6 expedientes en 2018, 6 en 2019, 1 en 2020, 5 en 2021 y un expediente en 2022. A su vez, la CNMV según sus informes anuales incoó en materia de normas de conducta 4 expedientes en 2018, 5 en 2019, 2 en 2020 y 6 en 2021. La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones no desglosa los expedientes incoados por incumplir normas de conducta.

38. Art. 3.

donde la AMF gestiona un sistema de mediación entre las entidades financieras y sus clientes³⁹, o en Portugal, donde por mandato legal es la CMVM la encargada de gestionar el sistema público de reclamaciones. Por el contrario, en Italia el *Arbitro Bancario e Finanziario* está dotado de cierta autonomía aunque se haya criticado que su secretaría quede a cargo del Banco de Italia⁴⁰.

En España, los vigentes sistemas públicos de reclamaciones son gestionados por los supervisores financieros. Carecen de autonomía. A su vez, el Proyecto de Ley no tiene una buena sistemática⁴¹. Tras una amplia exposición de motivos que el Consejo de Estado ha pedido simplificar⁴², el Proyecto tiene por objeto la creación de una Autoridad administrativa encargada de gestionar un sistema público de resolución extrajudicial de litigios. Diseña y regula un «sistema público de resolución de litigios» al que nos vamos a referir como «el Sistema», de un lado; y crea una Autoridad encargada de la gestión del Sistema, de otro. Pero comienza por crear la Autoridad para luego regular el Sistema, cuando hubiera resultado preferible diseñar primero el Sistema y luego crear la Autoridad encargada de gestionarlo. Este es el orden seguido al regular otros sistemas del mercado financiero, como el de pagos o el de anotaciones en cuenta⁴³.

La opción del Proyecto lleva a mezclar en el estatuto de la Autoridad aspectos que pertenecen a la organización del Sistema. Con vistas a una

39. El Mediador de la AMF fue aprobado por la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (CECMC) el 13 de enero de 2016 como mediador público. Cuenta con un equipo de 6 juristas con dedicación exclusiva. Interviene en todos los litigios financieros que son competencia de la AMF. El importe de las indemnizaciones obtenidas por los clientes es testimonial. En 2022 ascendió a 864.519 euros. Véase *Rapport 2022 du médiateur de l'AMF* <https://rapportsannuels.amf-france.org/rapport-annuel-2022>.
40. Cfr. LIACE, G., «Il supporto della segreteria tecnica», en Giuseppe CONTE (dir.), *Arbitro bancario e finanziario*, 2021, p. 160.
41. Para una aproximación crítica, véase RABANETE MARTÍNEZ, I., «Comentario al Anteproyecto de Ley de creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero: Posibles problemas jurídicos y de aplicación de la norma», *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, núm. 5, 2023, pp. 201-222, quien considera que la norma proyectada «no parece que solucione la problemática actual», alineándose con el criterio del Comité Consultivo de la CNMV que no considera necesaria una modificación legal de tanto calado (p. 220).
42. Véase Dictamen Consejo de Estado núm. 1637/2022, de 17 de noviembre de 2022, relativo al Anteproyecto de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero, pp. 34 y 35, que la juzga excesivamente extensa y farragosa.
43. Véase la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, que primero regula estos sistemas y después la Sociedad Española de Sistemas de Pago; o el Real Decreto 116/1992, de 14 de febrero, sobre representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles, que primero regula el sistema de registro, compensación y liquidación de valores y luego la organización y funcionamiento de Iberclear como sociedad encargada de gestionarlo, conforme a la sistemática de la vigente Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (LMVSV).

nueva tramitación del Proyecto se podría mejorar la sistemática, distinguiendo con mayor claridad el estatuto de la nueva Autoridad administrativa del Sistema de resolución de litigios que está llamada a gestionar. Incluso se podría cambiar el orden bajo una nueva sistemática bajo el título que propone el dictamen del Consejo de Estado: «Ley por la que se establece el Sistema de resolución de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes y se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero»⁴⁴.

3. RESOLUCIONES DE DERECHO EN EL MEJOR INTERÉS DEL CLIENTE

Los ADR adheridos a la red FIN-NET deben fundar sus decisiones en equidad o en Derecho. Pudiera parecer contradictorio pero no lo es. En el mercado financiero, la equidad se incorpora al contrato a través del deber de actuar en el mejor interés del cliente.

La Autoridad proyectada en España debe decidir en Derecho sobre los litigios, con resoluciones motivadas⁴⁵. Entendiendo «Derecho» en un sentido amplio que comprende el *Hard Law* como el *Soft Law*⁴⁶. La Autoridad debe aplicar las normas de conducta y las buenas prácticas y usos⁴⁷ financieros que deben compendiar los supervisores, anexando los protocolos de autorregulación⁴⁸. No puede decidir *contra legem*. Pero hay que tener en cuenta que las resoluciones de la Autoridad no son jurisprudencia. Son resoluciones de un organismo administrativo que aplica el Derecho conociendo la técnica financiera. En esas decisiones motivadas puede apartarse de la jurisprudencia, sobre todo en cuestiones novedosas y con el fin de contribuir al desarrollo jurisprudencial. Por supuesto, son los tribunales

44. Dictamen Consejo de Estado, p. 34.

45. Luego la equidad no es el principal criterio para resolver. Véase Véase G. LIACE, «Cap. XI L'Arbitro Bancario Finanziario», en F. ARATARI-G. ROMANO (dirs.), *Il diritto bancario oggi: aspetti sostanziali e processuali*, 2023, p. 1408, quien lo justifica por el fuerte contenido técnico de las cuestiones objeto de resolución.

46. Este enfoque responde al sistema de regular el mercado financiero en la Unión Europea. Véase, por todos, Marnix WALLINGA, «EU Investor Protection Regulation and Liability for Investment Losses», *Studies in European Economic Law and Regulation*, Volume 20, 2020, para quien «soft law's influence on the financial markets can be considered to be considerably stronger than its formally non-binding nature suggests» (p. 66).

47. El art. 12 del Reglamento del Consejo Superior Bancario, de 16 de octubre de 1950, impuso al citado Consejo la obligación de recoger los usos mercantiles bancarios, sin que esta misión fuera cumplida. Función que corresponde realizar a la Asociación Española de Banca, al haber asumido las competencias del Consejo por Orden Ministerial de 13 de mayo de 1994, función también incumplida.

48. Art. 53. Esta función de transparencia de la normativa aplicable de la normativa aplicable es función de los reguladores que debería separarse de la publicación por la Autoridad de sus resoluciones y doctrina. Estas dos funciones las mezcla el Dictamen del Consejo Económico y Social, de 26 de octubre de 2022, al Anteproyecto de Ley, como si fueran propias de la Autoridad (p. 9).

quienes tienen la última palabra, creando y actualizando la jurisprudencia al resolver sobre los recursos que se presenten contra resoluciones de la Autoridad.

4. ÁMBITO DE LA RECLAMACIÓN

En los ADR adheridos a FIN-NET hay disparidad de procedimientos de reclamación. La mayoría se rigen por las normas de los supervisores a los que quedan adscritos. Cada sistema determina quien puede reclamar y si existen límites a las indemnizaciones que se pueden reclamar.

Está proyectado que la nueva Autoridad resuelva conflictos de clientes contra entidades financieras, habitualmente bancos. Estamos ante reclamaciones de clientes contra profesionales del mercado financiero⁴⁹. Conviene recordar que las entidades financieras están sometidas a relaciones de especial sujeción. Viven del ahorro del público. Sus servicios son de interés general. Solo hay 48 bancos establecidos en España con poder de mercado de la gran banca⁵⁰. En caso de crisis son objeto de resolución, con ayudas públicas si resulta necesario. La crisis de un banco puede contagiarse y generar una crisis económica. Estas características de la actividad bancaria de la que participa el resto de las actividades financieras justifican que se atribuyan las funciones de resolución de conflictos a una Autoridad administrativa independiente. Hay un interés público en crear un Sistema que resuelva los conflictos con la clientela, que de convertirse en conflictos en masa comprometen la reputación de la banca y el buen funcionamiento del sistema financiero.

La Autoridad proyectada en España tiene competencia para resolver reclamaciones de clientes frente a entidades financieras⁵¹, incluidas las entidades prestadoras de servicios en el mercado de criptoactivos⁵². A estos efectos, las grandes empresas no son consideradas clientes⁵³. En un

49. La Ley clasifica al banco de contraparte elegible, más allá del profesional a quien se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos (Art. 196.1 LMVSI). Desde luego no es un cliente minorista ni un consumidor. Asimetría de conocimientos y medios de análisis que diferencia al banco del cliente.

50. La presidenta de la CNMC ha calificado de «colusión tácita» la actuación concertada de la grana banca para no remunerar los depósitos pese a los elevados tipos de interés en el crédito bancario. Cfr. <https://www.infobae.com/espana/agencias/2023/06/23/la-cnmc-considera-que-existe-colusion-tacita-en-la-falta-de-remuneracion-de-depositos/>.

51. Art. 1 Proyecto de Ley.

52. Con remisión al Reglamento 2023/1114, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos (MiCA), cuyo art. 1 (16) define como «servicio de criptoactivos» los siguientes: a) custodia y administración; b) gestión de una plataforma de negociación; c) canje de criptoactivos por fondos; d) canje de criptoactivos por otros criptoactivos; e) ejecución de órdenes; f) colocación de criptoactivos; g) recepción y transmisión de órdenes; h) asesoramiento; i) gestión de carteras; j) prestación de servicios de transferencia de criptoactivos.

53. En lugar de utilizar las categorías de la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID II), que distinguen

mecanismo que se basa en la tutela del consumidor se consideró adecuado excluir a quien no está necesitado de protección. Las grandes empresas tienen medios y recursos para proteger sus intereses sin necesidad de acudir a un mecanismo judicial alternativo. Esta exclusión de los clientes profesionales es habitual en los ADR adheridos a FIN-NET. La mayoría restringe la legitimación activa a los consumidores ampliada en algunos de ellos a las pymes⁵⁴. Aunque también hay sistemas abiertos a todos los clientes.

El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ, en adelante) cuestiona la legitimación activa del Proyecto por extenderla al «cliente financiero», ámbito subjetivo más extenso que el de «consumidor», al que se circunscribe la Directiva 2013/11/UE⁵⁵. Pero hay precedentes de este tipo de extensión de normas de protección del consumidor a otros sujetos. En el préstamo hipotecario se protege a toda persona física, sea o no consumidor⁵⁶.

Aunque el Sistema proyectado se encuadre en la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, su régimen específico lo sitúa en la regulación financiera. Se transpone de forma específica la Directiva 2013/11/UE en el sector financiero, atendiendo al requerimiento en diversas directivas a la implementación por parte de los Estados miembros de mecanismos de resolución alternativa de litigios, así en crédito al consumo⁵⁷, servicios de pagos⁵⁸, contratación a distancia⁵⁹, servicios de inversión⁶⁰, y distribución de seguros⁶¹. Mecanismos de resolución que deben mencionarse en el libro blanco que acompañe la emisión de criptoactivos⁶². Conciliando este

entre cliente minorista y profesional, se ha preferido utilizar la definición de grandes empresas como aquellas que no se consideren microempresas o pequeñas y medianas empresas conforme al Anexo I del Reglamento (UE) 651/2014, de 17 de junio de 2014.

54. Con facturación inferior a 3 millones de euros, respecto al *Financial Services and Pensions Ombudsman*, de Irlanda.
55. Conclusión cuadragesimosexta del Informe sobre el Anteproyecto. Para resolver este problema, el Consejo de Estado propone restringir a los consumidores el carácter vinculante de las reclamaciones siempre que sean de pequeña cuantía (*Cfr.* Dictamen al Anteproyecto de Ley, p. 32). Desde otra perspectiva, el Dictamen del CES critica el recurso al «masculino genérico» en la expresión «cliente financiero» (p. 8), pero sin indicar como quedaría el nombre de la Autoridad.
56. Véase la transposición de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, mediante la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.
57. Art. 24 Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo.
58. Art. 102 Directiva 2015/2366/UE, de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago (PSD2).
59. Art. 14 Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros.
60. Art. 75 MiFID II.
61. Art. 15 Directiva 2016/97/UE, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (IDD).
62. Anexo II y III MiCA.

doble mandato, el del Derecho del consumo y el del Derecho del mercado financiero, el Proyecto de Ley adapta una figura propia del Derecho del consumo a las especificidades del mercado financiero⁶³. Crea un sistema único, gestionado por una autoridad administrativa, de defensa del cliente financiero, sea o no consumidor.

La legitimación activa se extiende a lo «clientes potenciales» que hayan tenido un contacto directo con la entidad para obtener la prestación de un servicio financiero⁶⁴. En contra del criterio del CGPJ, quien considera que el objeto de la Directiva son los litigios sobre obligaciones contractuales, luego «sólo el incumplimiento de verdaderas obligaciones contractuales podría, en su caso, dar lugar al nacimiento de responsabilidad». Para aclarar este aspecto de la legitimación activa conviene determinar cuándo nace la relación de clientela, de un lado, y desde cuando surge la responsabilidad de la entidad financiera, de otro. «Cliente» según el Proyecto de Ley es todo usuario de un servicio financiero que haya sido debidamente identificado, por ejemplo, por haber suscrito un contrato marco de servicios financieros o de pagos. Es en el marco de la relación de clientela en el que se da crédito o se dan órdenes de pago o de adquisición de instrumentos financieros. La condición de cliente precede a la realización de concretas operaciones financieras. Las normas de conducta que aplica la autoridad comprenden la evaluación del cliente, la información y, en su caso, el asesoramiento, servicios previos a que el cliente decida operar en el mercado. La responsabilidad de la entidad financiera surge desde el momento en que el cliente se pone en contacto con la entidad y desde ese momento surgen deberes de cuyo incumplimiento nace una responsabilidad. Aun considerado que nos encontremos en una relación precontractual, del incumplimiento de la entidad en estos deberes precontractuales también surge una responsabilidad que puede ser objeto de reclamación ante la Autoridad.

El Sistema proyectado es obligatorio para la entidad y voluntario para el cliente. Es opción del cliente activar el procedimiento. Es un derecho

63. Según dice la Exposición del Proyecto de Ley «la importante asimetría de información con respecto a los clientes, así como la desproporción del poder económico de las entidades financieras frente a los ciudadanos individuales, explica la existencia de normas de conducta específicas para el sector y de un marco de protección de los consumidores que va más allá del generalmente aplicable en las operaciones económicas».

64. Cuestión criticada en el debate parlamentario. Según María MUÑOZ, de Grupo Parlamentario Ciudadanos. «es complicado que exista un daño directo causado por una entidad que pueda ser objeto de resarcimiento por parte de un cliente que es potencial y no existe» (DSCD, Comisiones, núm. 857, 22 febrero 2023, p. 15). Dudas compartidas por Miguel Ángel PANIAGUA, del Grupo Parlamentario Popular, pues «sobre el cliente potencial tenemos muchas dudas, como tienen muchos de los grupos, porque, claro, imagínense que incluso una persona, porque le deniegan una operación de crédito o un préstamo, plantea una reclamación y pueda forzar a las entidades a concederla. Esto va absolutamente contra el crédito responsable, y me parece un ataque clarísimo a la solvencia de las entidades. Creo que el tema de los clientes potenciales debería desaparecer» (*Ibidem*, p. 30).

irrenunciable⁶⁵. Si bien hay muchas disuasorias de 50 a 500 euros a los clientes que presenten de mala fe reclamaciones temerarias⁶⁶. Estas multas pueden tener el efecto de disuadir a los clientes de acudir a la Autoridad, y, en este sentido, pueden resultar contrarias al Derecho comunitario de defensa de los consumidores⁶⁷.

El ámbito objetivo del Sistema proyectado lo constituyen reclamaciones de clientes «para que restituyan o reparen sus intereses o derechos, por considerar que estos han sido vulnerados en la prestación de un servicio financiero», sin limitación por la cuantía⁶⁸. El Sistema proyectado admite incluso reclamaciones de cuantía indeterminada que pueden dar lugar a una compensación resarcitoria entre los 100 y 2.000 euros⁶⁹.

La mayor parte de los ADR adheridos a FIN-NET carecen de límites en relación con la cuantía. Solo 13 de los 57 sistemas fijan un límite máximo⁷⁰. A su vez, 4 excluyen los asuntos que no superan una cuantía mínima⁷¹. Con esta medida se trata de evitar que se abuse del sistema con reclamaciones de valor irrisorio. Esta solución debe descartarse pues se trata de un sistema pensado para mejorar el funcionamiento del mercado. Reclamaciones de escasa cuantía si tiene su origen en prácticas

65. No constituye renuncia la transacción con la entidad para evitar o poner fin al litigio en el mecanismo interno de reclamación (art. 4.2 Proyecto de Ley).

66. Aunque el Proyecto de Ley califique esta multa de «sanción pecuniaria», no tiene naturaleza de sanción, por lo que no requiere para su imposición un procedimiento sancionador. Véase ESTEBAN RÍOS, J., «El largo camino hacia la creación de una autoridad independiente para la protección del cliente financiero necesidad, funciones y cuestiones controvertidas», *Revista de derecho del mercado de valores*, núm. 30, 2022, IV.3.

67. Multa que el Dictamen del CES considera innecesaria al tratar de supuestos excepcionales que podrían ser detectados por la Autoridad en la fase de instrucción previa (p. 11).

68. En Italia las reclamaciones ante el ABF se limitan 200.000 euros, tras la actualización de 12 de agosto de 2020, dispuesta por el Banco de Italia.

69. Art. 41.1.III Proyecto de Ley.

70. Fija una cuantía máxima de 12.500 euros el *Center for Alternative Dispute Resolution «Consensus»* de Bulgaria; de 10.000 euros para que la resolución vincule a la entidad en el *Real Asset Investment Arbitration Board* y en el *Ombudsman Scheme of the Private Commercial* y de 5.000 euros en el *Banks Insurance Ombudsman*, de Alemania; de 500.000 euros en el *Financial Services and Pensions Ombudsman*, de Irlanda; de 200.000 euros en el *Arbitro Bancario Finanziario*, de 10.000 euros en el *Banking Ombudsman* y de 50.000 euros en el ACF, de Italia; de 14.000 euros en la *Commission for Solving the Consumer Disputes* de Latvia; de 250.000 euros en la *Office of the Arbitrator for Financial Services* de Malta; de 1.000.000 euros en el *Financial Services Complaints Institute* (Kifid) de Holanda; de 1850 euros en el *Banking Ombudsman* de Polonia; de 5.000 euros en el *Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo* de Lisboa; y de 2000 SEK en el *National Board for Consumer Disputes* de Suecia.

71. Fija una cuantía mínima de 30 euros el *National Association for Out-of-Court Settlements – NAIS* de Bulgaria; de 20 euros el *Commission for Solving the Consumer Disputes* de Latvia; de 120 euros la *Arbitration Court at the Polish Financial Supervision Authority* de Polonia; y 30 euros el *Mediation Centre of Slovenian Insurance Association* de Eslovenia.

masivas pueden dar lugar a un grave perjuicio a la clientela que socave su confianza. Luego incluso en caso de que se reclamen pequeñas cantidades carentes de un perjuicio significativo puede estar justificada su tramitación⁷².

En el Sistema proyectado las resoluciones tienen el valor de informe pericial en el caso de que cualquiera de las partes decida acudir a la jurisdicción civil⁷³. Luego con independencia de la cuantía, la estrategia de los abogados de los clientes puede pasar por reclamar ante la Autoridad con el fin de obtener dicho informe pericial y aportarlo con la demanda judicial en apoyo de sus pretensiones. Hay que tener en cuenta que en ADR consolidados como el italiano más de la mitad de las reclamaciones se presentan a través de abogado⁷⁴.

5. RESOLUCIONES VINCULANTES Y RECURRIBLES

En los ADR adheridos a FIN-NET, solo 9 de los 57 dan lugar a resoluciones vinculantes solo para la entidad financiera. Los demás son sistemas de mediación o arbitrales cuya vinculación se hace depender del previo acuerdo de las partes.

En España, como importante novedad respecto al sistema anterior gestionado por los supervisores, el Proyecto de Ley contempla que las reclamaciones inferiores a 20.000 euros sean vinculantes para las entidades financieras⁷⁵. Lo cual se acompaña del correspondiente régimen sancionador.

72. En Italia, el ABF considera contrario a la buena fe pretender reclamar cantidades irrisorias. Véase G. LIACE, «Cap. XI L'Arbitro Bancario Finanziario», en F. ARATARI-G. ROMANO (dirs.), *Il diritto bancario oggi: aspetti sostanziali e processuali*, 2023, p. 1407.

73. Es una resolución «pro veritate» fundada en Derecho de una Autoridad experta en la materia. Véase MAIMERI, F. «La definizione delle controversie concernenti i contratti dei risparmiatori davanti all'ABF» en F. CAPRIGLIONE (dir.), *I contratti dei risparmiatori*. 2013, p. 572.

74. Véase Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario, *anno 2021*, p. 20. En contraste con el Sistema proyectado, desde la Abogacía Española se ha manifestado que «deja en la indefensión más notable a la ciudadanía» al dibujar la figura de los abogados «como obstáculo para el efectivo ejercicio de los derechos de reclamación» <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/victoria-ortega-la-autoridad-de-defensa-del-cliente-financiero-deja-en-la-indefension-mas-notable-a-la-ciudadania/>.

75. En el borrador de Anteproyecto de 7 de julio de 2019 estaba previsto que fueran vinculantes las reclamaciones hasta 50.000 euros, lo cual era más adecuado para dotar de efectividad a las resoluciones de la autoridad, disponible en <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2019/06/Proyecto-de-ley-de-creaci%C3%B3n-de-la-Autoridad-Administrativa-Independiente-de-Protecci%C3%B3n-del-Cliente-Financiero.pdf>. La rebaja a 20.000 euros deja fuera del carácter vinculante a buena parte de las reclamaciones por incumplimientos de las normas de conducta en materia de seguros. No obstante, conviene señalar que la mayor parte de los litigios bancarios son de cuantía inferior a 20.000 euros, por ejemplo, la mayoría de los contenciosos por gastos hipotecarios o por comisiones abusivas. En referencia a datos proporcionados por el Banco de España, el secretario general de la AEB, Javier RODRÍGUEZ PELLITERO, sugiere que

En este sentido, cuando las entidades no cumplan en el plazo de 30 días las resoluciones de condena podrán ser sancionadas con una multa de un importe máximo de 2 millones de euros, a la que puede añadirse una multa de hasta un millón al alto cargo responsable. No son multas muy elevadas, pero pueden tener cierto efecto disuasorio.

El carácter vinculante de las reclamaciones de cuantía inferior a 20.000 euros no es una exigencia de la Directiva 2013/22/UE, ni es habitual en la red FIN-NET⁷⁶. Es una de las cuestiones más debatidas del Proyecto de Ley. La patronal bancaria española considera que el Sistema proyectado entraña un riesgo de inconstitucionalidad por traspasar el límite de la competencia reservada al Poder Judicial. A su vez, el informe del CGPJ considera que «supone una suerte de vulneración de la exclusividad de la Jurisdicción consagrada en el art. 117.3 CE y de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE». Según su criterio, estamos ante resoluciones vinculantes de contratos entre particulares reservadas a los jueces. Pero el Sistema proyectado no invade las competencias del poder judicial. El sector del transporte aéreo sirve de precedente para justificar la admisión de resoluciones vinculantes en el sector financiero. La disposición adicional segunda de la Ley 7/2017 crea un sistema de resolución de litigios para los usuarios del transporte aéreo vinculante para la compañía aérea⁷⁷.

El dictamen del Consejo de Estado acepta el carácter vinculante de las reclamaciones citando Carta de Derechos Digitales de 14 de julio de 2021, que en el marco del moderno Derecho público, admite este tipo de tutela administrativa siempre que «se cumplan tres condiciones: la existencia de un proceso establecido en la ley para solucionar el conflicto, el posterior control de dichas decisiones por la autoridad judicial y que la competencia jurisdiccional atribuida por la ley sea compatible desde el punto de vista sustancial con el campo de actividad de la autoridad administrativa, atendiendo al principio de especialidad». El Sistema proyectado cumple estos tres requisitos. Está diseñado por una norma de rango de Ley, sus resoluciones son recurribles ante el juez y la función que cumple responde al principio de especialidad sin que se solape con la que desempeñan los supervisores.

la cifra de los 1.000 euros cubriría el 90% de las reclamaciones (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones*, 2023, Núm. 857, p. 24).

76. Véase Marcello STELLA, «LABF nel panorama europeo», en Giuseppe CONTE (dir.), *Arbitro bancario e finanziario*, 2021, pp. 43-71, con referencias a las resoluciones vinculantes del Gemeinsame Schlichtungsstelle der österreichischen Kreditwirtschaft austriaco hasta 4.000 euros (p. 48), *Financial Services Ombudsman* irlandés (p. 63) y, fuera de FIN-NET, del *Financial Ombudsman Service* (FOS) del Reino Unido hasta 150.000 libras, aunque sobre la base de un «contrato de las partes a favor de tercero» (p. 69), lo cual lo sitúa en un sistema cuasi-arbitral.
77. Cuyas resoluciones pueden ser recurridas por parte de la compañía aérea ante el juzgado de lo mercantil competente, tras haber sido modificado este precepto por la disposición final 6 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre.

Se trata de resoluciones vinculantes que ponen fin a la vía administrativa. Tanto la entidad financiera como el cliente pueden reclamar contra dichas resoluciones ante la jurisdicción civil. Son recurribles antes los juzgados de primera instancia de la capital de la provincia del domicilio del cliente, sea o no consumidor⁷⁸. Se podrá pretender la nulidad de la resolución por no ser conforme a Derecho o el restablecimiento de la situación jurídica individualizada. Por supuesto, si la resolución vinculante fuera revocada mediante sentencia firme, y el cliente financiero resultare deudor, deberá devolver la cantidad anticipada.

En la redacción original del proyecto, las resoluciones vinculantes eran recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero siendo la aplicación de las normas de conducta materia contractual, los recursos deben corresponder a la jurisdicción civil⁷⁹. Así se recoge con buen criterio en el texto aprobado por el Congreso, evitando el riesgo de disparidad de criterios entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa. Mejora técnica que recoge la opinión compartida por grupos parlamentarios, Consejo de Estado⁸⁰, CGPJ⁸¹, patronal bancaria⁸², y otros interlocutores⁸³.

IV. AUTORIDAD DE DEFENSA DEL CLIENTE FINANCIERO

1. NATURALEZA Y FUNCIONES

La creación de una administración independiente encargada del ADR financiero con poder de imponer sus resoluciones a la banca sería una novedad en la Unión Europea.

Según el Proyecto de Ley, la Autoridad de Defensa del Cliente Financiero es una administración independiente con funciones de mecanismo alternativo de resolución de litigios entre clientes y entidades financieras, encargada de velar por la educación financiera y evitar la exclusión financiera⁸⁴. No es ni un regulador del mercado ni un supervisor de las entidades financieras. Es en esencia una administración independiente encargada de

78. Se decidirán por el juicio verbal con algunas especialidades recogidas en la disposición final segunda del Proyecto de Ley, entre las que destaca que para las reclamaciones de cuantía inferior a 2.000 euros se podrá formular demanda sucinta en impresos normalizados.

79. Cuestión constitucional por afectar al reparto de competencias entre jurisdicciones, como puso de relieve el dictamen del CGPJ.

80. Informe Consejo de Estado, p. 54.

81. Dictamen CGP, p. 64.

82. Véase comparecencia de Javier RODRÍGUEZ PELLITERO, secretario general AEB, BOCD, Comisiones, núm. 857, 22 de febrero de 2023, p. 25.

83. Véanse las manifestaciones en este sentido del juez José María FERNÁNDEZ SEIJO, BOCD, Comisiones, núm. 857, 22 de febrero de 2023, pp. 6 y 12.

84. En la red FIN-NET hay ADR que tienen encomendadas funciones complementarias de guía y educación financiera, en algunos casos en desarrollo de su labor mediadora.

gestionar un ADR, con resoluciones vinculantes para la banca cuando sen inferiores a 20.000 euros.

La Autoridad se rige por la Ley de su creación y por su estatuto orgánico que debe ser aprobado por Real Decreto. Dicho estatuto debe desarrollar su organización y funcionamiento interno, en particular del Consejo Rector, del Comité Consultivo y de las Secciones. Además, debe contar con un reglamento de régimen interior aprobado por el Consejo Rector, relativo a la organización y funcionamiento de las Secciones y de las direcciones generales. El marco legal de la Autoridad forma parte de las «bases de la ordenación de crédito, banca y seguro» que la Constitución española atribuye al Estado⁸⁵.

La Autoridad se crea para fortalecer la seguridad jurídica en el mercado financiero con una protección efectiva de los clientes a través de un Sistema de resolución de reclamaciones. Con esta finalidad, le corresponde proponer las «mejores prácticas financieras» para su valoración e incorporación por los supervisores al Compendio de buenas prácticas y usos financieros⁸⁶. En su informe anual debe recoger las prácticas reiteradas o problemas sistémicos, por ser sistemáticos o significativos, publicando las resoluciones de unificación de criterio⁸⁷. Esta doctrina constituye su principal contribución a la seguridad jurídica⁸⁸. De esta forma formula su criterio técnico en la aplicación de las normas de conducta⁸⁹. Así contribuye a la mejor regulación financiera y orienta la conducta de las entidades⁹⁰. Desde luego, los criterios de la Autoridad no vinculan a los jueces, pero pueden ser de

85. La Disposición final vigésima sexta del Proyecto de Ley recoge los siguientes títulos de la competencia exclusiva del Estado del art. 149.1 de la Constitución: legislación mercantil y procesal (6.ª), bases de la ordenación de crédito, banca y seguro (11.ª), y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (13.ª), bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (18.ª).

86. Art. 50.2 LDCF.

87. La publicación de las resoluciones de los ADR ha sido impulsada por los expertos. Cfr. Stefaan VOET, Sofia CARUSO, Anna D'AGOSTINO y Stien DETHIER, *Recommendations from academic research regarding future needs of the EU framework of the consumer Alternative Dispute Resolution (ADR)*, junio 2022. (JUST/2020/CONS/FW/CO03/0196), pp. 67-70.

88. Con buen criterio el Dictamen del CES considera que la publicidad de la doctrina contenida en las resoluciones de la Autoridad tendría efectos positivos sobre el conjunto del sistema (p. 9). En Italia, la ABF publica todas sus resoluciones. Función que SICLARI califica de «virtuosa» al darle soporte técnico sin comprometer su imparcialidad (SICLARI, D., «La tutela stragiudiziale in ambito bancario, finanziario e assicurativo: problemi e prospettive», *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2022, vol. 4, p. 404).

89. Para que sean claras y efectivas. La doctrina del ABF es un buen precedente. Véase G. CONTE (dir.), *Arbitro bancario e finanziario*, 2021, que en sus 1382 páginas recoge una buena síntesis de esta doctrina.

90. Véase Giuseppe FAUCEGLIA, «L'esperienza dell'ABF manifestazione di una "pedagogia"», *Banca, Borsa Titoli di Credito*, vol. 74, núm. 6, 2021, pp. 857-872, quien encuadra la actividad del ABF en el derecho «flexible» o «elástico» (p. 864).

indudable utilidad para fundamentar sus sentencias⁹¹. También tiene una función pedagógica para los clientes que podrán saber con mayor claridad cuando su expectativa de ser reparados ante una conducta financiera que consideran impropia tiene base para prosperar.

La importancia creciente de la educación financiera se ha puesto de relieve al incluirse como un mandato a los Estados miembros en la propuesta de Directiva sobre normas de protección del inversor minorista⁹². Este mandato justifica que la Autoridad proyectada pase a ser el organismo público que centralice y gestione las políticas públicas sobre educación financiera, asumiendo como competencia propia el Plan nacional de educación financiera, en una concentración natural de las potestades relacionadas con la defensa del cliente financiero⁹³. En este ámbito deberá suscribir un convenio con los supervisores, previendo su colaboración en la elaboración de recursos pedagógicos y guías informativas, en particular en las del mercado hipotecario. También queda habilitada para celebrar otros convenios con entidades públicas y privadas para promover la educación financiera con especial preocupación por la inclusión financiera de los más vulnerables. Además podrá colaborar con las autoridades educativas en la elaboración de contenidos sobre educación financiera.

La nueva Autoridad informará a los supervisores y a los ministerios competentes de aquellas reclamaciones que aquellas prácticas que afecten a personas en riesgo de exclusión financiera. Asume por tanto funciones de vigilancia y prevención de la exclusión financiera, en cooperación con otras administraciones. En España, los supervisores carecen del mandato expreso de hacer frente a la exclusión financiera⁹⁴. No obstante, el Banco de España, como supervisor, está encargado de coordinar el Plan de medidas para favorecer la inclusión financiera que debe promover el Gobierno⁹⁵. Pero el Banco de España, centrado en la solvencia de las entidades, no está dando respuesta al problema de la exclusión financiera, ni siquiera ha adoptado criterios que garanticen el acceso de los mayores al efectivo y a

91. En Italia, donde las resoluciones del *Arbitro Bancario Finanziario* no son vinculantes, son muy pocos los casos resueltos que dan lugar a procedimientos judiciales y la mayoría confirman el criterio del ABF (*Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario, anno 2021*, p. 27).

92. Publicada por la Comisión Europea el 24 de mayo de 2023.

93. Véase, Banco de España, CNMV y el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, *Plan de Educación Financiera 2022-2025*, https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/PlanEducacion/Planeducacionfinanciera_22_25es.pdf

94. En el Reino Unido se ha propuesto ampliar el mandato de la Financial Conduct Authority (FCA) para incluir entre sus objetivos la inclusión financiera (HOUSE OF LORDS, *Tackling Financial Exclusion: A country that works for everyone? Follow-up report*, 24 April 2021, p. 31).

95. Disposición adicional tercera de la Ley 4/2022 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

los servicios de pagos⁹⁶. Por esta razón, debería ampliarse el objeto de la Autoridad para asignarle de forma expresa las competencias sobre la inclusión financiera en términos similares a las potestades que tiene atribuidas sobre educación financiera, con facultades para tutelar un Observatorio de Inclusión Financiera. En su norma de creación, debería preverse como tarea fundamental de la nueva Autoridad, la publicación de unos criterios de buenas prácticas para prevenir la exclusión financiera, y, en particular, para superar la brecha digital que afecta a los mayores.

1.1. Sobre la independencia de la Autoridad

La autoridad encargada del ADR financiero debe ser una autoridad administrativa independiente, dotada de *auctoritas* y creadora de doctrina. La percepción del cliente sobre la nueva Autoridad es importante. Hay que lograr que se perciba como un organismo cuasi-judicial que no depende de las entidades financieras. Estudios empíricos reflejan que la atención al cliente y la información sobre el procedimiento son relevantes en el diseño del ADR financiero⁹⁷.

En España, la Autoridad se proyecta como una administración independiente, con personalidad jurídica y capacidad de obrar. Es cierto que tendrá vinculación ministerial⁹⁸, pero a sólo a efectos organizativos y presupuestarios. Esta vinculación no debería comprometer el ejercicio autónomo e independiente de sus potestades. Sin embargo, el Proyecto diseña una autoridad vinculada y dependiente de los supervisores financieros. Este es el punto más delicado del Proyecto que debería mejorarse. La mayoría del Consejo Rector corresponde a representantes de la Administración económica, con presencia de los tres supervisores financieros, del Tesoro, del Ministerio del ramo económico, a lo que se añade uno del Ministerio de consumo. En suma, seis de los diez consejeros representan a otras administraciones. El presidente, acompañado del vicepresidente y de los dos consejeros electos están en minoría. A su vez, la función principal del organismo de crear doctrina sobre la aplicación de las normas de conducta en las relaciones contractuales queda subordinada a la actuación de los supervisores a quienes se atribuye la potestad de elaborar y mantener actualizado el

96. Véase del autor, «Exclusión financiera: actuaciones y propuestas», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 169, 2023; MARTÍNEZ NADAL, A., «Soluciones jurídicas para la inclusión financiera de la tercera edad (más allá de los protocolos voluntarios)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 326, octubre-diciembre 2022, quien considera «mejorable» el papel del Banco de España en esta materia, «obligado a conjugar papeles contradictorios», y apunta para asignar esta competencia a la Autoridad de defensa del cliente financiero (Conclusiones y recomendaciones, 3).

97. HERTOIGH, M, WEVER, M. y MARSEILLE, B., «It's All About the Money. Or Is It?», *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2023, pp. 19-20, quien propone desarrollar una sociología de los ADR.

98. Al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, a través de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (art. 8.1 *in fine* LDCF).

Compendio anual de buenas prácticas y usos financieros. Hasta los programas de formación del personal de la Autoridad se someten al seguimiento de los supervisores financieros. Se diseña así una Autoridad débil, como un apéndice de los supervisores, carente de potestades para marcar y ejecutar sus propias políticas. Este diseño no cumple el requisito de independencia exigido por la Directiva 2013/11/UE para quedar inscrita como «entidad de resolución de litigios». El Sistema dispone de garantías de imparcialidad, pero la Autoridad carece de independencia.

1.2. Sobre la conveniencia de crear la Autoridad

La tramitación parlamentaria ha servido para poner de relieve la incompreensión general sobre la naturaleza y funciones de la nueva figura. No se acaba de comprender la necesidad de su creación. Ya sea por considerarla superflua o por contar con otras alternativas más adecuadas. Se ha calificado la figura proyectada de «organismo de supervisión»⁹⁹, de «sistema de arbitraje»¹⁰⁰, o de «mamotreto administrativo»¹⁰¹. Desde estas posiciones se mantiene que los supervisores ya ofrecen servicios de reclamaciones y que con una ventanilla única y dotando a sus resoluciones de carácter vinculante se podría alcanzar la eficiencia que se busca, sin necesidad de crear una nueva autoridad. Pero no se trata de fusionar los servicios de reclamaciones ni de crear una autoridad que supervise el cumplimiento de las normas de conducta, sino de crear una Autoridad independiente de los supervisores encargada de aplicar las normas de conducta.

De la lectura de las comparecencias y del debate parlamentario podría deducirse que no se llega a ver con claridad la conveniencia de crear una Autoridad que asuma la función que hasta ahora venía siendo desempeñada con diligencia por los supervisores financieros. Pero lo cierto es que los servicios de reclamaciones de los supervisores no cumplen las funciones de un ADR. Los actuales servicios de reclamaciones no son independientes. Sus resoluciones están mediatizadas al primar la estabilidad frente a la protección del cliente. De hecho, es frecuente que los bancos demandados las acompañen a las contestaciones judiciales como escudo frente a sus pretensiones. Si bien, estos criterios sesgados no suelen ser atendidas por los tribunales. Lo cual resta *auctoritas* a sus informes. Esta situación contrasta con el mayoritario seguimiento judicial de las resoluciones en sistemas independientes, como sucede en Italia con las resoluciones del *Arbitro Bancario Finanziario*¹⁰².

99. Pedro Casares, del Grupo Parlamentario Socialista, BOCD, 18 mayo 2023, p. 15.

100. Edmundo Bal, del Grupo Parlamentario Ciudadanos, BOCD, 18 mayo 2023, p. 7.

101. Miguel Ángel. Castellón, del Grupo Parlamentario Popular, BOCD, 18 mayo 2023, p. 12.

102. Donde en el 82% de los casos el juez confirma la resolución del ABF (*Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario 2021*, julio 2022, p. 27).

En suma, en estos momentos no hay en España una autoridad protectora del cliente financiero. Existen supervisores de solvencia y de conducta con servicios de reclamaciones subordinados a la estabilidad, conforme a su mandato principal: el Banco de España, la protección de la solvencia de las entidades, y la CNMV, la transparencia necesaria para garantizar el buen funcionamiento del mercado de valores. Los supervisores subordinan la protección del cliente a la estabilidad¹⁰³. Hay casos concretos que ponen de relieve esta subordinación. Por ejemplo, cuando el Banco de España conminó en el Senado a no actuar frente a las cláusulas suelo, pues en su opinión se trata de una práctica comercial de las entidades «consecuente con la prudencia que debe caracterizar la actividad de las entidades de crédito y constituye, además, un factor que favorece la estabilidad financiera, elemento de interés público»¹⁰⁴; o cuando Banco de España y CNMV acordaron considerar la mayor parte de los swaps contratados por la clientela minorista como productos vinculados por lo que les resultaría de aplicación la legislación bancaria, centrada más en la solvencia que en la transparencia¹⁰⁵.

La falta de un sistema que ofrezca un procedimiento de resolución alternativa de litigios independiente y justo, ha ocasionado que cientos de miles de consumidores financieros hayan tenido que acudir a un procedimiento judicial para ejercitar sus derechos¹⁰⁶. De haber existido una Autoridad de

103. Subordinación que ha recibido sustento en la polémica sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de mayo de 2022, según la cual «si bien existe un claro interés general en garantizar en toda la Unión una protección fuerte y coherente de los inversores, no puede considerarse que ese interés prevalezca en todo caso sobre el interés general consistente en garantizar la estabilidad del sistema financiero». Aunque matizada por la STJUE de 15 de junio de 2023, según la cual «el argumento relativo a la estabilidad de los mercados financieros no es pertinente en el marco de la interpretación de la Directiva 93/13, cuyo objetivo es proteger a los consumidores» concluyendo que «corresponde a las entidades bancarias organizar sus actividades de conformidad con dicha Directiva».

104. Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, BOCG, Senado, SERIE I, 7 mayo 2010, NÚM. 457, p. 22, según el cual «las obligaciones de información al cliente que la normativa vigente impone a las entidades de crédito que incorporan estas cláusulas a sus contratos, su normalización y, en particular, la advertencia notarial sobre su contenido, pueden considerarse garantía adecuada para que el cliente pueda conocer con suficiente precisión el alcance de este elemento del coste financiero que asume» añadiendo que «la vía que se revela como más adecuada para compatibilizar la estabilidad financiera antes mencionadas con la protección de los intereses de los consumidores, es la de concienciar a la clientela de los riesgos que representa la contratación de productos a largo plazo a tiempo de interés variable y de la consecuente necesidad de incorporar a las mismas instrumentos que favorezcan la mitigación de ese riesgo» (p. 23).

105. Bajo la supervisión del Banco de España, quién se encargaría de atender las reclamaciones. Véase la Comunicación sobre delimitación de competencias de la CNMV y del Banco de España en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura, 20 abril 2010 <https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t={01870bf4-55c8-4760-9182-19f00f217e79}>.

106. Prueba de ello es que solo en los años 2017 a 2021 ingresaron un total de 713.129 asuntos relacionadas con cláusulas abusivas, según datos del Poder Judicial, *vid.*

defensa del cliente financiero, habría prevalecido la protección del cliente ante las prácticas abusivas y se habría podido prevenir la judicialización de este tipo de controversias, creando seguridad jurídica y evitando un grave daño reputacional a la banca¹⁰⁷.

El proyecto de crear una Autoridad de defensa del cliente no es solo una cuestión de calidad y eficiencia de los actuales servicios de reclamaciones, es una cuestión sustancial sobre la naturaleza de organismo. Se trata de crear una Autoridad administrativa independiente que no subordine la protección de cliente al interés de la estabilidad de la banca. Lo cual no está reñido con la necesaria colaboración entre la Autoridad y los supervisores, según contempla el Proyecto al recoger el deber de facilitar a los supervisores la información pertinente para el ejercicio de sus funciones¹⁰⁸.

Se ha defendido desde los supervisores y desde la patronal bancaria como mejor alternativa el modelo *Twin Peaks*¹⁰⁹. Según este modelo se asignaría la supervisión de solvencia al Banco de España y la de conducta a la CNMV. Es además un modelo que cuenta desde hace años con el consenso político¹¹⁰. Pero la alternativa *Twin Peaks* siendo una buena solución para repartir el trabajo de los supervisores, no es una alternativa a la creación de una autoridad de defensa del cliente, por la sencilla razón de que esta autoridad no es un supervisor financiero. Su función es aplicar las normas de conducta para reparar al cliente cuando sus derechos hayan sido vulnerados no vigilar su cumplimiento.

2. ORGANIZACIÓN

El régimen proyectado no distingue con claridad entre la organización de la Autoridad como parte organismo público y la organización del Sistema de resolución de litigios que constituye su principal actividad. El Consejo Rector y el Comité Consultivo extienden su competencia tanto al funcionamiento

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-Juzgados-de-clausulas-abusivas-han-resuelto-ya-el-71-6-por-ciento-de-los-713-129-asuntos-ingresados-desde-su-puesta-en-marcha--en-junio-de-2017>.

107. En noviembre de 2017 el Fondo Monetario Internacional advirtió en su Programa de Evaluación del Sector Financiero Español la siguiente recomendación: «*El enfoque del impacto prudencial del riesgo de conducta y de la protección de los consumidores debe seguir desarrollándose en una dirección proactiva. Los problemas de conducta y de protección del cliente pueden repercutir en la reputación y la rentabilidad de los bancos (a través de reclamaciones y/o multas) y, en última instancia, también su solvencia*».

108. Art. 50.1 Proyecto de Ley.

109. Criterio compartido por J. ESTEBAN RÍOS, J., *ob. cit.*, III.3 y conclusiones.

110. Desde que fuera presentado por Gonzalo GIL y Julio SEGURA, «La supervisión financiera: situación actual y temas para debate», *Estabilidad financiera*, núm. 12, 2007, pp. 9-40, con la siguiente formulación: «la reforma fundamental es la pérdida de competencias supervisoras de la DGSFP y su distribución entre BE y CNMV, aprovechando para redistribuir entre ambos las tareas de supervisión prudencial que todavía hoy quedan en manos de la CNMV, que pasarían al BE, y las de conducta con los clientes bancarios, que pasarían a la CNMV» (p. 39).

general como a los específicos del Sistema de reclamaciones. Otros órganos como las Secciones o los Vocales son propios del Sistema reclamaciones. Vamos a describir la organización interna de la nueva Autoridad por su relevancia para una futura armonización de europea de los ADR financieros.

2.1. Consejo Rector

Según el Proyecto, el Consejo Rector es el órgano de gobierno de la Autoridad, con algunas funciones específicas sobre el Sistema de reclamaciones como las relativas a organizar las Secciones o establecer el turno de reparto de las reclamaciones. Está compuesto por diez consejeros, cuatro electos, entre ellos, presidente y vicepresidente, entre expertos de reconocido prestigio, y seis de la Administración, ya sean natos o designados. Composición que reiteramos no garantiza la independencia del Sistema. La mayoría del Consejo Rector corresponde a cargos de la Administración. Para asegurar su independencia se debería ampliar el número de consejeros electos, al menos a seis, teniendo en cuenta que el presidente tiene voto de calidad.

El Proyecto marca los criterios de selección del Consejo Rector. Hay consejeros natos por ser altos cargos de los supervisores o de la Administración, y otros electos. La presidencia es de libre elección y la decide el Congreso a propuesta ministerial oídos los supervisores, entre personas honorables y expertas con conocimientos y experiencia de 10 años en el ámbito jurídico, económico o financiero. No basta con ser un académico o con ser un profesional de las finanzas. La persona que ocupe la presidencia debería combinar el conocimiento del Derecho con la experiencia profesional en el mercado financiero. Además, para prevenir los conflictos de intereses no debería ser un representante de la banca ni de las asociaciones de consumidores. Tan importante es impedir la banca capture la Autoridad, como dejar claro a los clientes que la Autoridad no es su abogado. Tampoco debería ser presidente un alto cargo del Banco de España o de los demás supervisores. En el Consejo de la Autoridad ya están presentes, como consejeros natos, un representante de cada uno de los supervisores. Además, conviene recordar que la Autoridad nace ante el fracaso de los servicios de reclamaciones de los supervisores de cumplir la función preventiva de evitar la judicialización en masa de los litigios bancarios. El nombramiento como presidente de una persona procedente del Banco de España o de la CNMV generaría el riesgo de no cambiar de modelo y de volver a fracasar en el intento de pacificar las relaciones contractuales en el mercado financiero. Por supuesto, el presidente de la Autoridad debe tener intendencia de criterio y no puede depender o estar vinculado a un partido político. La Autoridad es un organismo técnico que debe funcionar al margen de la política¹¹¹.

111. En el estatuto del ABF italiano se establece expresamente que: «Las personas que ejerzan cargos políticos no podrán ser nombradas miembros» (Banca d'Italia, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, 2 noviembre 2016, p. 12).

2.2. Comité Consultivo

Está proyectado que el Comité Consultivo sea el órgano de asesoramiento de la Autoridad. Lo integran, además del presidente y vicepresidente de la Autoridad, doce miembros nombrados en representación de asociaciones sectoriales, consumidores, mayores, discapaces y comunidades autónomas, junto a dos académicos¹¹². Su informe es preceptivo para la elaboración de anteproyectos de normas de conducta y para las iniciativas de buenas prácticas que se propongan a los supervisores para su inclusión en el Compendio de buenas prácticas y usos financieros¹¹³; así como para aprobar el reglamento de régimen interior y el informe anual.

2.3. Secciones

En el régimen proyectado, las Secciones son los órganos colegiados competentes para resolver las reclamaciones. Tienen la consideración de «entidad de resolución alternativa de litigios»¹¹⁴. Esta previsión debe conciliarse con el mandato de crear para el sector financiero una única entidad para la resolución de litigios de consumo¹¹⁵. Luego hay que entender que la condición de «entidad de resolución alternativa de litigios» la asume la Autoridad que deberá quedar registrada como tal en el listado que lleva la Comisión Europea para este tipo de entidades.

Las Secciones se agrupan en las tres áreas sectoriales: banca, valores y seguros, con la posibilidad de crear unidades transversales, como pudiera ser la dedica a cryptoactivos y otros productos de las finanzas tecnológicas (Fintech)¹¹⁶. Existirá una Sección Especial dedica a las cuestiones previas de unificación de criterio y a las recusaciones de vocales que puedan solicitarse por falta de independencia e imparcialidad.

Las reclamaciones se podrán elevar a «cuestión previa de unificación de criterio» por el presidente, cuando afectando a diversos servicios financieros razones técnicas, jurídicas o de interés público justifiquen la unificación de criterio, o por las Secciones, cuando ante hechos, pretensiones y fundamentos similares existieran resoluciones distintas. También las partes pueden plantearlo ante el vocal instructor. La «cuestión previa de unificación de criterio» constituye un mecanismo esencial para crear doctrina en asuntos que pueden derivar en un riesgo sistémico.

112. No se entiende que las asociaciones de la industria tengan tres representantes frente a uno de los consumidores (a través del Consejo de Consumidores y Usuarios), desentendiendo la recomendación del Consejo de Estado (Informe al anteproyecto, p. 44).

113. Compendio previsto en el art. 53 LADCF.

114. A los efectos previstos en la Ley 7/2017, de transposición de la Directiva 2013/11/UE.

115. Disposición adicional primera Ley 7/2017.

116. Como dice J. ESTEBAN RÍOS «sería deseable que las áreas no adoptasen un enfoque puramente subjetivo, atendiendo al tipo de operador financiero contra el que se presenta una reclamación, pues ello supondría la continuidad con el modelo sectorial previo» (*op. cit.*, IV.2 *in fine*).

2.4. Vocales

En el Sistema proyectado, los vocales instruyen los expedientes de las reclamaciones y elevan las propuestas de resolución a la correspondiente Sección. Deben contar con conocimientos y competencia para ejercer sus funciones en relación con los expedientes, acreditando experiencia y conocimientos jurídicos especializados en normas de conducta y buenas prácticas financieras ya sea por el ejercicio jurisdiccional, en arbitraje o mediación o por haber participado en la protección del consumidor o la prestación de servicios financieros. Lo que no excluye que puedan cumplir estos requisitos abogados o académicos.

3. RECURSOS ECONÓMICOS

Los ADR adheridos a FIN-NET tienen la más variada financiación. Los hay con financiación pública como sucede en Malta o Suecia, aunque lo habitual es que las entidades financieras contribuyan a su sostenimiento como en el holandés Kifid. Siendo preferible la financiación por la industria, hay que cuidar que esta opción no de lugar a una pérdida de independencia del organismo.

El Proyecto de Ley español, especifica los recursos económicos de la nueva Autoridad. Esta proyectado que sus gastos se sufragen con una tasa cuyo sujeto pasivo sean las entidades financieras. Tasa que según el Consejo de Estado reúne las exigencias de la jurisprudencia constitucional de reserva de ley y coactividad, pues «cuenta con el rango suficiente e impone coactivamente a las entidades financieras el pago de una prestación patrimonial con un fin de interés público»¹¹⁷.

El diseño de la tasa fue objeto de intenso debate parlamentario. La previsión inicial de una cuota fija de 250 euros por reclamación fue criticada por falta de equidad y por no incentivar la buena conducta de las entidades¹¹⁸. El texto final aprobado por el Congreso recoge una mejora técnica al fijar que el 60% de la tasa se fije atendiendo a las resoluciones desfavorables a la entidad¹¹⁹. De este modo, se penaliza la mala conducta reflejada en resoluciones que estiman la reclamación del cliente.

Por otro lado, se esgrime que la banca termina por repercutir este tipo de tasas en el precio de sus servicios y al final la tasa la acaban pagando

117. Dictamen al Anteproyecto, pp. 57 y 58, identificando el interés público en la protección del consumidor, pero también en la corrección de fallos de mercado. Muy crítico con la tasa y su diseño se muestra el CGPJ, por desconocer el principio de igualdad al recibir los clientes la prestación gratuitamente y las entidades financieras, no beneficiadas por el servicio, hacer frente a su coste (Informe el Anteproyecto, p. 70), en línea con el voto particular de los consejeros de CEOE y CEPYME al Dictamen al Anteproyecto del Consejo Económico y Social, según el cual cabe legítimamente dudar de una tasa que grava a quien no es el beneficiario (p. 9).

118. El Gobernador del Banco de España propuso «hacer la tasa proporcional a las reclamaciones desfavorables» (DOCD, Comisiones, 23 de febrero de 2023, p. 16).

119. En los términos recogidos en la disposición adicional primera del Proyecto de Ley.

todos los clientes sean o no reclamantes¹²⁰. Como mal menor, desde esta posición se propone que se repercuta la tasa al cliente cuando se desestime su reclamación¹²¹.

En la red FIN-NET, 11 de los 57 ADR fijan tarifas a pagar por los consumidores a pagar cuando reclamen¹²². Tarifa que en algunos casos es reembolsable cuando la reclamación es estimada¹²³. En el sistema Kifid de Holanda el cliente que ve desestimada su reclamación debe pagar 50 euros, cantidad no disuasoria pero suficiente para que reflexione sobre la motivación de la reclamación antes de presentarla, pues algo le puede costar¹²⁴.

Con buen criterio, el Proyecto de Ley descarta cobrar una tasa a los clientes, medida que podría desincentivar la presentación de reclamaciones en contra de las bases del Derecho del consumo asentadas por la jurisprudencia europea. El cobro de las costas en los ADR es una cuestión debatida, pero como sistema público de interés general debe ser gratuito para los clientes. Pero que sea gratuito para el consumidor no significa que no tenga costes accesorios. Los clientes pueden servirse de abogados y peritos cuyo coste les debería ser reembolsado en caso de ser estimada la reclamación¹²⁵.

V. CONCLUSIONES

Una vez analizadas las ventajas e inconvenientes de crear una autoridad de protección del cliente financiero que se encargue de gestionar un sistema de resolución de controversias a partir del Proyecto español podemos formular unas sucintas conclusiones y recomendaciones para su diseño y puesta en marcha.

120. Véase ARRUÑADA, B., «Comentario sobre la nueva Autoridad de Defensa del Cliente Financiero», *Apuntes Fedea* 2023/11, mayo 2023, quien propone antes de crear otra burocracia revisar la organización del sistema judicial (p. 3).

121. ARRUÑADA, B., *ob.ul. cit.*, p. 7. Incluso hay voces que postulan que sean los clientes quienes paguen el servicio de reclamaciones pues son sus beneficiarios.

122. Fija una tarifa de 150 euros el *Mediation Centre at the Croatian Chamber of Economy* de Croacia; de 20 euros el *Cyprus Consumer Center for Alternative Dispute Resolution*, de Chipre; de 27 euros los tres ADR de Dinamarca; de 20 euros el *Arbitro Bancario Finanziario* de Italia; de 50 euros en la *Commission for Solving the Consumer Disputes* de Liechtenstein; de hasta 12 euros en el *Banking Ombudsman* y de 60 euros en la *Arbitration Court at the Polish Financial Supervision Authority*, de Polonia; y de 20 euros en el *Mediation Centre of Slovenian Insurance Association*.

123. Supuesto contemplado por el *Arbitro Bancario Finanziario* de Italia.

124. Cfr. STELLA, M., «EABF nel panorama europeo», en Giuseppe CONTE (dir), *Arbitro bancario e finanziario*, 2021, p. 52.

125. En los términos y ferrencias del *Financial Ombudsman Service* australiano está previsto pagar a los consumidores hasta 3.000 dólares para compensar los costes en que haya podido incurrir el consumidor, que se pueden elevar a 5.000 dólares por la *Australia Financial Complaints Authority*. Cfr. PONDEL, C., «Legitimacy in Australia's financial system external dispute resolution framework: New and improved or simply new?». *UNSELD*, 2019, vol. 42, p. 370.

La regulación financiera se ha concentrado en los objetivos de estabilidad y transparencia para garantizar el buen funcionamiento del mercado. A través de normas de Derecho administrativo protege la solvencia y disciplina la conducta con un régimen sancionador y de excepción en caso de crisis. Falta una regulación de Derecho privado que tutele el cliente financiero más allá de las normas de protección del consumidor. En la Unión Europea se deja a los Estados miembros la regulación de la responsabilidad civil. Si bien hay una importante corriente doctrinal favorable a un Derecho contractual regulatorio del mercado financiero. La creación de un mercado único de capitales atractivo para los ahorradores requiere armonizar los remedios contractuales ante el incumplimiento de las normas de conducta¹²⁶. Pero lo cierto es que la complejidad de la contratación financiera dificulta su codificación. Todavía hay países como España en los que la mayor parte de los contratos bancarios y financieros son atípicos. Ante las dificultades de armonizar los remedios civiles, la creación de una autoridad administrativa independiente encargada gestionar un sistema de resolución de controversias constituye un paso esencial para lograr seguridad jurídica en el mercado financiero.

La diversidad de sistemas que en la Unión Europea se encargan de resolver las reclamaciones financieras es un obstáculo a la creación de un Mercado Único de Capitales. La red FIN-NET es un buen ejemplo del fracaso de una medida política. De hecho es una red desentendida que desde 2019 no publica su informe anual. Es una buena idea mal implementada. Los clientes de las entidades financieras carecen de la adecuada protección. Como refleja propuesta de la Comisión Europea de inversión minorista, los ahorradores no tienen acceso a la información relevante y los conflictos de intereses les perjudican. Hacer efectivo el cumplimiento de los contratos, en su caso con remedios civiles ante los incumplimientos de las entidades, contribuye a mejorar la confianza de los ahorradores en el mercado financiero. Ser atendido y resolver una pronta reparación mejora la confianza en el sistema. La forma de hacerlo es a través de ADR financieros, expertos en finanzas y regulación financiera, a cargo de autoridades independientes, tanto de la industria como de los supervisores. La existencia de ADR financieros dotados de efectividad es una herramienta fundamental para una mejor gobernanza de los productos¹²⁷. Es una herramienta de seguimiento que permite adecuar los productos a las necesidades de los clientes y mejorar el bienestar financiero. La mejor doctrina defiende la existencia

126. Cfr. Filippo ANNUNZIATA, Retail Investment Strategy – How to boost retail investors' participation in financial markets, European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs (ECON), junio 2023, p. 27, para quien: «efforts to develop a uniform corpus of private law for financial law are highly encouraged and deemed crucial for the development of the CMU and the enhancement of efficiency and trust of investors in markets» (p. 43).

127. Véase respecto a la gobernanza de productos en la distribución de seguros MONTEMAGGIORI, F., «Considering the IDD Within the EU Legal Framework on ADR Systems», en *Insurance Distribution Directive: A Legal Analysis*, 2021, p. 343.

de un único ADR financiero, como autoridad experta capaz de orientar la conducta de las entidades¹²⁸. Constituye la pieza que falta en la regulación financiera para garantizar la protección del ahorrador.

La iniciativa legislativa española dirigida a crear una autoridad independiente encargada de gestionar un ADR financiero aporta un precedente de interés para una futura armonización europea. FIN-NET debería prestar atención a esta propuesta para mejorar su memorándum de cooperación transfronteriza. El carácter técnico y global de las finanzas permite avanzar en este camino, sin perjuicio de respetar las diferencias culturales y la evolución histórica de cada jurisdicción. En el sector financiero la maleabilidad de la figura constituye más una debilidad que una fortaleza¹²⁹.

Siendo un proyecto vanguardista, hay aspectos susceptibles de mejora. Tras haber analizado la gestación del Proyecto de Ley de creación de la Autoridad de Defensa del Cliente Financiero y el amplio debate que ha generado podemos llegar a unas sumarias conclusiones de *lege ferenda*.

- La aprobación de un Sistema único de resolución de litigios en el sector financiero es un mandato del legislador que se encuadra en la transposición de la Directiva 2013/11/UE. España puede ser sancionada por falta de trasposición de esta directiva en el sector financiero.
- El Sistema de resolución de litigios llena una laguna en Derecho interno en relación con la protección del cliente financiero, dado que los servicios de reclamaciones de los supervisores carecen la independencia requerida por la Directiva 2013/11/UE, como demuestra su falta de efectividad en la protección del cliente financiero. No han evitado la judicialización en masa de las controversias financieras.
- La creación de un Sistema de resolución de litigios en el sector financiero forma parte de la regulación financiera, de ahí que la protección se extienda a todos los clientes financieros, sean o no consumidores. Esta extensión de la legitimación activa para reclamar no supone un incumplimiento a la dispuesto en la Directiva 2013/11/UE.
- El modelo de *Twin Peaks* que distingue entre un supervisor de solvencia y otro de conducta, no es una alternativa al Sistema de resolución de litigios dedicado a aplicar las normas de conducta.

128. Cfr. A. BIARD, «Impact of Directive 2013/11/EU on Consumer ADR Quality: Evidence from France and the UK», *Journal of Consumer Policy*, 2019, núm. 42, p. 134.

129. Desde una perspectiva general y funcional se ha defendido que la flexibilidad y maleabilidad constituye una fortaleza de la figura que le ha permitido mantenerse en el tiempo. Cfr. CREUTZFELDT, N., «The role of ombuds – a comparative perspective», en PALMER, M., MOSCATI, M. and ROBERTS, M. (ed.), *Research Handbook in Comparative Law: Comparative Dispute Resolution*, 2020, p. 390.

- Se debería mejorar la sistemática del Proyecto de Ley, para regular primero el Sistema de resolución de litigios y después la Autoridad que se crea para gestionarlo.
- Se diseña así una Autoridad débil, como un apéndice de los supervisores, carente de potestades para marcar y ejecutar sus propias políticas. El Sistema dispone de garantías de imparcialidad, pero la Autoridad carece de independencia. Para asegurar su independencia se debería ampliar el número de consejeros electos para que sean mayoría.
- La Autoridad debe quedar habilitada para proponer al Gobierno modificaciones a las normas de conducta con el fin de impulsar las mejores prácticas financieras.
- El Sistema de resolución de litigios debe ser gratuito para el cliente financiero y está justificado que se financie por las entidades a través de tasas que desincentiven las malas prácticas.
- La Autoridad de defensa del cliente financiero debería asumir todas las potestades relacionadas con la defensa del cliente financiero entre las que destacan la educación e inclusión financiera. De este modo los supervisores podrían concentrar sus esfuerzos en garantizar la estabilidad del sistema financiero, la solvencia de las entidades y la transparencia del mercado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A.: *La evolución de la normativa de protección a los inversores y los remedios aplicados a los contratos de inversión*, 2020.
- ALBANESE, L, LECCI, M., *Report: ABF e ACF: deflattori o interpreti tecnici? Giurisprudenze a confronto*, 2019, p. 2 <https://www.dirittodelrisparmio.it/abf-e-acf-deflattori-o-interpreti-tecnici-giurisprudenze-a-confronto/>.
- ANNUNZIATA, F., *Retail Investment Strategy – How to boost retail investors' participation in financial markets*, European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs (ECON), junio 2023.
- ARRUÑADA, B., «Comentario sobre la nueva Autoridad de Defensa del Cliente Financiero», *Apuntes FEDEA 2023/11*, mayo 2023 ((Versión revisada de 5 de junio de 2023: «La protección administrativa de las relaciones financieras», *Apuntes FEDEA 2023/1*, mayo 2023 <https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2023/ap2023-11.pdf>).
- BIARD, A., «Impact of Directive 2013/11/EU on Consumer ADR Quality: Evidence from France and the UK», *Journal of Consumer Policy*, 2019, núm. 42, pp. 109-147.
- CANDIAN, A., «Tutela del consumatore nei rapporti bancari», en LLAMAS POMBO, E., MEZZASOMA, L., RANA, U., y RIZZO, F. (dirs.) *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria*, 2020, pp. 35-50.

- CARRIERO, G. L., «L'Arbitro bancario finanziario», *Questione Giustizia*, 3/2017, pp. 102-111, https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/l-arbitro-bancario-finanziario_469.php.
- CREUTZFELDT, N., «The role of ombuds – a comparative perspective», en PALMER, M., MOSCATI, M. and ROBERTS, M. (ed.), *Research Handbook in Comparative Law: Comparative Dispute Resolution*, 2020.
- DELLA NEGRA, F., *MiFID II and Private Law: enforcing EU conduct of business rules*, Bloomsbury Publishing, 2019.
- ESTEBAN RÍOS, J., «El largo camino hacia la creación de una autoridad independiente para la protección del cliente financiero necesidad, funciones y cuestiones controvertidas», *Revista de derecho del mercado de valores*, núm. 30, 2022, versión electrónica.
- FAUCEGLIA, G., «L'esperienza dell'ABF manifestazione di una "pedagogia"», *Banca, Borsa Titoli di Credito*, vol. 74, núm. 6, 2021, pp. 857-872.
- GIL, G. y SEGURA, J., «La supervisión financiera: situación actual y temas para debate», *Estabilidad financiera*, núm. 12, 2007, pp. 9-40.
- GRANIER, C., *Les sources du droit financier: étude sur la singularité de la production de la norme financière*, 2023.
- HERTOGH, M, WEVER, M. y MARSEILLE, B., «It's All About the Money. Or Is It?», *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2023.
- LIACE, G., «Il supporto della segreteria tecnica», en Giuseppe CONTE (dir), *Arbitro bancario e finanziario*, 2021, pp. 157-161.
- LIACE, G., *Diritto dei mercati finanziari*, 2023.
- LIACE, G., «Cap. XI L'Arbitro Bancario Finanziario», en F. ARATARI-G. ROMANO (dirs.), *Il diritto bancario oggi: aspetti sostanziali e procedurali*, 2023, pp. 1385-1410.
- LEVITIN, A.J., «The Consumer Financial Protection Bureau: An Introduction», *Review of Banking and Financial Law*, 32, núm. 2 (Spring 2013), pp. 321-370.
- MAIMERI, F. «La definizione delle controversie concernenti i contratti dei risparmiatori davanti all'ABF» en F. CAPRIGLIONE (Dir.), *I contratti dei risparmiatori*. 2013, pp. 543-578.
- MARTÍNEZ NADAL, A., «Soluciones jurídicas para la inclusión financiera de la tercera edad (más allá de los protocolos voluntarios)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 326, octubre-diciembre 2022.
- MAUREGUI, M.R., «ADF e legittimazione a sollevare quesiti costituzionali», en Giuseppe CONTE (dir), *Arbitro bancario e finanziario*, 2021, pp. 28-32.
- MICKLITZ, H.-W., «The public and the private-European regulatory private law and financial services», *European Review of Contract Law*, 2014, vol. 10, núm. 4, pp. 473-475.

- MONTEMAGGIORI, F., «Considering the IDD Within the EU Legal Framework on ADR Systems», en *Insurance Distribution Directive: A Legal Analysis*, 2021, pp. 327-347.
- PONDEL, C., «Legitimacy in Australia's financial system external dispute resolution framework: New and improved or simply new?». *UNSWLJ*, 2019, vol. 42, pp. 335-373.
- RABANETE MARTÍNEZ, I., «Comentario al Anteproyecto de Ley de creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero: Posibles problemas jurídicos y de aplicación de la norma», *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, núm. 5, 2023, pp. 201-222.
- SICLARI, D., «La tutela stragiudiziale in ambito bancario, finanziario e assicurativo: problemi e prospettive», *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2022, vol. 4, pp. 395-405.
- SIRENA, Pietro, «ADR systems in the banking and financial markets», en *Le tritement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières. Approche croisée*. 2017. pp. 137-150.
- STELLA, M., «LABF nel panorama europeo», en Giuseppe CONTE (dir), *Arbitro bancario e finanziario*, 2021, pp. 43-71.
- TUCCI, A., «L'Arbitro Bancario Finanziario fra trasparenza bancaria e giurisdizione», *Banca Borsa Titoli di Credito*, vol. 72, núm. 5, 2019, pp. 623-649.
- VOET, S., CARUSO, S., D'AGOSTINO, A., y DETHIER, S., *Recommendations from academic research regarding future needs of the EU framework of the consumer Alternative Dispute Resolution (ADR)*, junio 2022. (JUST/2020/CONS/FW/CO03/0196).
- WALLINGA, M., «EU Investor Protection Regulation and Liability for Investment Losses», *Studies in European Economic Law and Regulation*, Volume 20, 2020.
- ZUNZUNEGUI, F., «Comercialización de participaciones preferentes entre clientela minorista», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 130, 2013, pp. 239-271.
- ZUNZUNEGUI, F., «Remedios contractuales a la mala conducta bancaria», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, marzo 2021, pp. 63-114.
- ZUNZUNEGUI, F., «Exclusión financiera: actuaciones y propuestas», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 169, 2023, en línea.



INTRODUCCIÓN AL RÉGIMEN DE LOS INTERESES EN EL DERECHO COLOMBIANO¹

Dignidad humana y rechazo al «ventajismo»
contractual y a la usura

An introduction to the interest regime in colombian
law –Human dignity and rejection of contractual unfair
advantage and usury–

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO

Catedrático de Derecho Civil y Mercantil. Pontificia Universidad Javeriana
(ORCID 0000-0003-4547-8596)

Revista de Derecho del Sistema Financiero 6
<https://doi.org/10.32029/2695-9569.02.06.2023>

Septiembre 2023

Págs. 207–244

1. Catedrático de Derecho Civil y Mercantil y Ex Decano Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana. Ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Conjuez de la Corte Suprema de Justicia. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Árbitro nacional e internacional. Presidente Honorario de ACOLDESE y de AIDA Internacional. Director de la Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, AIDA-CILA, Codirector del Curso de Especialización en Derecho del Seguro, Universidad de Salamanca, Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho del Sistema Financiero (Valencia, España), Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, de la Red «Ivs Civile Salmanticense» (Academia Salmantina de Civilistas Latinoamericanos), del «Centro di Studi Guiridici sui Diritti dei Consumatori» de la Universidad de Perugia y Socio honorario de la «Società italiana degli Studiosi del Diritto Civile, SISDiC». Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4547-8596>

RESUMEN: El presente escrito, en su esencia, está encaminado a examinar uno de los temas que, en el Derecho comparado, y en particular en el Derecho colombiano, revisten singular valía, a la vez que actualidad, así no campee la unanimidad, aunque sí el consenso en el rechazo frontal de toda práctica enderezada a hacer de la actividad lícita –y fecunda– de prestar dinero a interés, una actividad lucrativa en exceso, más allá de lo razonable, de lo equilibrado y, por ende, de lo jurídico (usura), en paladina demostración de que el Derecho, enriquecido y acompañado por lo ético, no puede tolerar que la ventaja a ultranza, el ventajismo manifiesto o la explotación indebida de la necesidad ajena, conculquen caros intereses del deudor, al mismo tiempo que, del ordenamiento y hasta del propio mercado, cabalmente entendidos y delimitados (orden justo).

PALABRAS CLAVE: Intereses – Usura – Ventaja injusta – Anatocismo – Intereses moratorios – Contrato de mutuo.

ABSTRACT: This paper, in its essence, is aimed at examining one of the topics which, in comparative law, and in particular in Colombian law, has a singular value, as well as contemporary relevance, although there is no unanimity, although there is consensus in the outright rejection of any practice aimed at making the lawful activity of lending money at interest, a lucrative activity in excess, beyond what is reasonable, of the balanced and, therefore, of the juridical (usury), in clear demonstration that the Law, enriched and accompanied by an ethical view, cannot tolerate that the unjust advantage or the undue exploitation of the need of others, infringes the interests of the debtor, at the same time, of the legal system and even of the market itself, fully understood and delimited (fair order).

KEYWORDS: Interest – Usury – Unfair advantage – Compound Interest – Default interest – Loan agreement.

Fecha de recepción: 21-6-2023

Fecha de aceptación: 31-7-2023

SUMARIO: I. IMPORTANCIA PRELIMINAR DEL TEMA Y PROPÓSITO PRIMORDIAL DEL PRESENTE ESCRITO. II. CONTEXTUALIZACIÓN GENERAL Y ALCANCES PRELIMINARES EN TORNO AL «VENTAJISMO» CONTRACTUAL Y A LA USURA, PRÁCTICAS LESIVAS DEL DEUDOR-CONSUMIDOR. III. SUMARIA REFERENCIA AL CONCEPTO Y A LA CONFIGURACIÓN DEL «INTERÉS», Y DE LA «USURA». MENCIÓN EVOLUTIVA. IV. DIVERSIDAD DE RÉGIMENES JURÍDICOS Y TIPOLOGÍA DE LOS INTERESES EN EL DERECHO PRIVADO Y FINANCIERO COLOMBIANO. 1. *Generalidades*. 2. *Tipología de los intereses*. V. ALCANCES DE LA PRE-SUNCIÓN DE INTERESES EN EL RÉGIMEN MERCANTIL. INTERESES REMUNERATORIOS E INTERESES MORATORIOS. VI. CORRECCIÓN MONETARIA E INTERESES. DIFERENCIACIÓN E INCORPORACIÓN CUALIFICADA EN ESTE ÚLTIMO CONCEPTO. VII. INTERESES Y ANATOCISMO. LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES EN LOS ÁMBITOS CIVIL Y COMERCIAL. SU PROSCRIPCIÓN GENERALIZADA A RAÍZ DE SU CARÁCTER USUARIO, Y SU PROCEDENCIA CONDICIONADA. VIII. USURA Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL COBRO EXCESIVO E INDIGNO DE INTERESES. LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR-CONSUMIDOR Y EL RESPETO POR SU ESPECÍFICA CONDICIÓN DE DEBILIDAD. 1. *Generalidades*. 2. *Secuelas civiles*. 3. *Secuelas punitivas*. IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. IMPORTANCIA PRELIMINAR DEL TEMA Y PROPÓSITO PRIMORDIAL DEL PRESENTE ESCRITO

Agradecemos, en forma especial, la generosa invitación formulada por el prestigioso y respetado colega valenciano, el Profesor JUAN BATALLER GRAU, dueño de mi antigua estima y admiración, la que además se traduce en honor para mi, por provenir de quien proviene, encaminada a retomar

uno de los temas que, en el Derecho comparado, y en particular en el Derecho colombiano, revisten singular valía, a la vez que actualidad, así no campee la unanimidad, aunque si el consenso en el rechazo frontal de toda práctica enderezada a hacer de la actividad lícita –y fecunda– de prestar dinero a interés, una actividad lucrativa en exceso, más allá de lo razonable, de lo equilibrado y, por ende, de lo jurídico (usura), en paladina demostración de que el Derecho, enriquecido y acompañado por lo ético, no puede tolerar que la ventaja a ultranza, el ventajismo manifiesto o la explotación indebida de la necesidad ajena, conculquen caros intereses del deudor, al mismo tiempo que, del ordenamiento y hasta del propio mercado, cabalmente entendidos y delimitados (orden justo)².

De allí que una lectura –o aproximación– que, haciendo genuino énfasis en la persona humana, en el respeto por su sacrosanta dignidad, vele por su salvaguarda y realización (proyecto de vida), en aras de no estimular el abuso, lo que permitirá comprobar que, más allá de las entendibles y puntuales diferencias que puedan reinar en la materia en la esfera internacional, todas se enlazan, de una u otra manera, a través de un único y laudable propósito: brindar oportuna protección a la persona humana como centro o eje del sistema jurídico, frente a determinadas y disvaliosas situaciones, en concreto de cara al «ventajismo» y más específicamente a la «usura», abominable *realitas*, o práctica que, *in toto*, vulnera sacros principios y reglas, erosionando, a su paso, la dignidad humana, el equilibrio, el balance, la justicia; en suma, la razonabilidad, *stricto sensu*, y el «proyecto de vida» en mención, conviene reiterarlo.

Sin embargo, tal desbordamiento y extralimitación de algunos acreedores inescrupulosos y codiciosos, lo anticipamos, no puede hacer pensar que todas las prácticas crediticias deben ser catalogadas invariablemente de abusivas, tildándolas de usurarias, por cuanto el ejercicio profesional, responsable y lícito de la ancestral y bienhechora profesión del banquero y de otros empresarios –y personas jurídicas, o naturales–, se inscribe en una de las actividades de mayor significación y elocuencia en la sociedad y en el tráfico contemporáneos, anotación extensiva a los intereses, en general, de por sí legítimos y, por ende permitidos, en tanto respeten los límites plausible y convenientemente establecidos.

Desde esta perspectiva, «La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común», y la «...empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones...», con arreglo a lo estatuido, diáfananamente, por el artículo 333 de la Constitución Política colombiana, de estirpe personalista –o neohumanista– (año 1991).

Además, por cuanto el «...tema de las tasas de interés», como bien lo ha subrayado entre nosotros el profesor JORGE CUBIDES CAMACHO,

2. Vid. JARAMILLO JARAMILLO., C. I. *Trilogía contractual*, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez, 2023, pp. 219 y ss.

«...no es un tema exclusivo del sector financiero...Es una tema que interesa a toda la comunidad y a todas las actividades económicas...No es, pues, una actuación cuya regulación interese a un solo sector, muy importante por cierto e impulsador de toda la actividad económica», motivo por el cual –continúa tan distinguido autor–, «Está bien que los intereses tengan una regulación y una fijación de límites»³.

En consonancia entonces con el objetivo medular de la presente contribución académica, el propósito que nos asiste en esta ocasión, es el de examinar, en forma por lo demás esquemática y panorámica, los aspectos más salientes del régimen general de los intereses en el Derecho colombiano, con miras a analizar, entre otros más, las secuelas emergentes de su cobro excesivo en la esfera del Derecho privado, sin perjuicio de uno que otro comentario tangencial en el campo penal, por cuanto nos centraremos más en el referido *Ius privatum* patrio, integrado por el Derecho civil, de un lado y, del otro, por el Derecho comercial –o mercantil–, disciplinas que en Colombia, como bien se sabe, tienen continentes autónomos, como en España, sin perjuicio de los vasos comunicantes existentes entre ellos.

Nos referimos al Código Civil del siglo XIX (1873), el que, en lo aplicable, bebió en las aguas del Código Civil francés de 1804, sin que ello signifique que es su trasunto, o una reproducción suya, en razón de que su codificador, el célebre Don ANDRÉS BELLO, le imprimió al modelo chileno (colombiano y ecuatoriano), la suficiente originalidad y singularidad, lo que, no se opone, empero, a que se identifiquen en aspectos centrales, propios del movimiento codificador decimonónico, hijo de la ilustración, del iusnaturalismo y del racionalismo imperantes a la sazón.

Y también, a su turno, al Código de Comercio del siglo XX, en particular del año 1971, en el que hay que reconocer que la legislación italiana, en diversas materias, influyó decididamente, una de ellas referida a las consecuencias jurídicas derivadas del cobro excesivo de intereses (usura), circunstancia que amerita ser resaltada de antemano.

Del mismo modo, importa manifestar que, al igual que en otras naciones, entre varias la italiana, la alemana, la española, la argentina y la peruana, la Constitución política colombiana del año 1991, de índole personalista y proteccionista de la persona humana, se itera, tiene en el tema que detiene nuestra atención, una acendrada y creciente incidencia, justamente por su indiscutido carácter tuitivo, interesada en la salvaguarda de los intereses de los más vulnerables y urgidos de acompañamiento y protección (arts. 1, 13 y 95).

Y lo anterior es así, por cuanto como recientemente lo expresamos, en Colombia y en general, no puede desconocerse «...la insoslayable incidencia

3. CUBIDES CAMACHO, J. «La regulación debe consultar la realidad económica (Intervención del Estado en las tasas de interés)», en *Las obligaciones dinerarias*, Cámara de Comercio de Bogotá, 1987, p. 67.

del constitucionalismo contemporáneo, en particular de la aplicación de valores y principios superiores de estirpe constitucional (“meta-individuales” y “meta-legales”), y de la correlativa y sistemática protección especial brindada a la persona y a su dignidad, clave de bóveda del personalismo jurídico imperante, de tanta penetración en la hora de ahora, no sin fundamentos atendibles, es cierto, que subliman su centralidad –con lo que ello consecuentemente entraña–⁴.

Lo mismo tiene lugar en punto tocante con el Derecho del consumo –y con las «relaciones de consumo»–, habida cuenta que en Colombia existen dos ordenamientos en la órbita consumerista: la Ley 1328 de 2009, atinente al «régimen de protección al consumidor financiero», y la Ley 1480 de 2011, relativa al consumidor, en general («Estatuto de protección del consumidor»), hecho que, *in casu*, tendrá asignadas específicas consecuencias en Derecho, *ad exemplum*, tratándose de los contratos celebrados por las entidades financieras sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera, en concreto los de mutuo o préstamo de dinero (bancos).

Así las cosas, será menester pues aludir a diferentes cuerpos normativos, comoquiera que no es sólo uno de ellos el que se ocupa, *in extenso*, del régimen de los intereses en Colombia, a lo que se suma la pervivencia de otros textos más, por vía de ejemplo las leyes 45 de 1990 y 510 de 1999, las que expresamente también se ocuparon de ellos. Hecho éste que, desventuradamente, conspira contra la conveniente unidad temática, un ferviente *desideratum* en los tiempos presentes, caracterizados por las dualidades de tratamiento *iuris*, la dispersión normativa, y la descodificación, motivo por el cual es deseable una prioritaria recodificación y un acelerado proceso de racionalización normativo, conforme lo hemos puesto de presente una y otra vez, identificados, confesamente, con las bondades dimanantes de la unicidad, de razonabilidad, de la modernidad y de la seguridad jurídicas⁵.

En este orden de ideas, de acuerdo con las circunstancias de cada caso en particular (relaciones civiles, comerciales, de consumo, etc.), la problemática de los intereses en el Derecho colombiano tendrá un específico tratamiento, alcance y solución, siendo entonces aconsejable no soslayar esta especial caracterización –no exenta de dificultad por lo variopinta–, a lo que se agrega la inconcusa necesidad de tener en consideración la jurisprudencia emanada de la H. Corte Suprema de Justicia (civil y comercial), y la de la H. Corte Constitucional, una y otra, por su conocida *auctoritas* y *utilitas*.

4. JARAMILLO JARAMILLO, C. I. *La modificación sobreviniente de las circunstancias y la revisión de los contratos en la posmodernidad*, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez, 2021, p. 118.
5. JARAMILLO JARAMILLO, C. I. *La modernización de derecho privado en Colombia. Codificación, dispersión legislativa, descodificación y recodificación del Derecho Civil y Comercial*, Universidad Javeriana y Editorial Temis, 2020, pp. 79 y ss.

Todo ello ha conducido a que, con razón, «Dada su complejidad, la regulación de los intereses en obligaciones dinerarias es quizá la materia del Código de Comercio que, durante su existencia, ha originado más polémicas, reformas legislativas, cambios jurisprudenciales y elaboraciones doctrinarias», según realista aseveración realizada por el profesor JORGE SUESCÚN MELO⁶.

En sentido aún más crítico, el profesor ENRIQUE DÍAZ RAMÍREZ, en las conclusiones generales de su monografía sobre el mismo tema, expresó que, «El análisis del régimen de intereses existente en Colombia permite extraer conclusiones claras: sus artificios, deficiencias, contradicciones, y viceversas y faltas de técnica, persuaden de la necesidad de dictar una reglamentación clara, coherente y sencilla que ofrezca seguridad y no confusión y malestar. La normativa vigente entraba y dificulta el crédito, en la medida que desconoce el mercado o permite ocultar la realidad. El propósito de las normas tampoco es claro, pero no puede ser otro que facilitar el crédito y dar seguridad a las partes: las sucesivas y opuestas interpretaciones contribuyen a malograr ese propósito»⁷.

De igual forma, con miras a no generalizar, y para demarcar mejor el tema en Colombia, es indispensable tener en cuenta que el cobro o la aplicación de intereses entre nosotros, no hunde sus raíces exclusivamente en los predios contractuales (mutuo, mandato, seguro, etc.), por importantes que sean –como en efecto lo son–, en atención a que los mismos suelen tener cabida en sede de responsabilidad civil o Derecho de daños, específicamente en los terrenos de la indemnización de perjuicios, circunstancia que valida su incidencia y su proyección, no sólo en lo contractual, sino allende de la contratación privada, aunque sea cierto que, por la orientación de este breve estudio, nos centraremos más en lo puramente negocial.

Por último, en sintonía con uno de los ejes centrales de este modesto escrito, lo explicitamos de nuevo, entre otros más, le pasaremos revista a las estrictas consecuencias, efectos o secuelas jurídicas *ex lege*, producto del cobro excesivo, amén de ilegal de intereses en el Derecho vernáculo, las cuales, en lo neurálgico, otrora se cimentaron en el Derecho italiano, y no

6. SUESCÚN MELO, J. «Comentarios al régimen de tasas de interés», en *Derecho privado. Estudios de Derecho civil y comercial contemporáneo*, T. I, Universidad de los Andes y Legis, 2003, p. 499. Cfr. JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR. *Contratos mercantiles*, T. I, Dike, 2004, p.142. Por último, sólo para compendiar una opinión adicional en torno a la dificultad que, entre nosotros, reviste el tema en comentario, más recientemente el profesor ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ, expresó que, «...es bien posible que en el campo del derecho privado el tema que ha venido sufriendo en nuestro país más maltratos por parte de la doctrina y de la jurisprudencia sea, precisamente, este de los intereses», agregando que, «A este lamentable tratamiento promiscuo del tema, habría que añadir la triste diferenciación entre los denominados “intereses civiles” e “intereses comerciales”...». *Obligaciones*, Universidad de La Sabana y Editorial Temis, Bogotá, 2020, pp. 652 y 553.

7. DÍAZ RAMÍREZ, E. *Las tasas de interés en Colombia*, Temis, Bogotá, 2014, p. 135.

en otras soluciones, como la española o argentina (régimen común), según se registrará y se analizará ulteriormente.

II. CONTEXTUALIZACIÓN GENERAL Y ALCANCES PRELIMINARES EN TORNO AL «VENTAJISMO» CONTRACTUAL Y A LA USURA, PRÁCTICAS LESIVAS DEL DEUDOR-CONSUMIDOR

A tono con lo ya pincelado, no es pues de extrañar que el ordenamiento jurídico se interese por proteger al sujeto más vulnerable y, en tal virtud, susceptible de acompañamiento y protección, en el caso que nos ocupa, de ordinario, el mutuario o receptor del crédito, con el fin de que no resulte abusado, vejado o lesionado, porque si bien es cierto resulta medular contar con recursos económicos externos y «frescos» (préstamos, empréstitos, etc.), tampoco es menos cierto que ello tiene y conoce límites, puesto que dicho aprovisionamiento –o apalancamiento– no es irrestricto, so pretexto de su valía y de los beneficios que del mismo derivan o pueden derivar, una especie, *mutatis mutandis*, de «favor» o de «regalo envenenado».

El fin, se repite por doquier, no justifica los medios y, este, precisamente, es un asunto en el que, por bienhechor que luzca o devenga el crédito para el deudor (finalidad jurídico práctica), no por ello, *ab origine*, se legitima cualquier actuación abusiva que, sin ambages, menoscabe sus caros intereses. Por eso hay que observar unas puntuales reglas de índole tuitiva, específicamente unos límites encaminados a evitar que, desde una perspectiva cuantitativa, se torne opresivo, casi expropiatorio –o confiscatorio, *lato sensu*–, en clara inobservancia de diáfanos postulados y axiomas, muchos de ellos de estirpe constitucional y legal: la buena fe, la proscripción del abuso del derecho, el respeto por la dignidad humana, el orden público, la igualdad, la solidaridad, la razonabilidad, entre otros.

Así las cosas, no sólo es la ley, en sí misma considerada la que se quebranta cuando se desafían los límites y fronteras establecidas *ex ante* por el legislador en procura de la evitación de paladinos perjuicios y abusos, sino también los postulados en cita, signados por un denominador común: la existencia de un lucro razonable y lícito radicado en cabeza del titular de los recursos desembolsados al mutuario o prestatario, como corolario de un ejercicio profesional y legal –o lícito–.

Expresado de otro modo, desde tiempos inmemoriales, sobre todo en los tiempos que corren en los que hay mayor consciencia de la necesidad de proteger los derechos de los consumidores o usuarios del crédito (paradigma protectorio), en general, quienes no pueden verse irrazonablemente afectados por el cobro de intereses o réditos excesivos por parte del prestamista, por más urgidos o necesitados que se encuentren, son los interesados en tales recursos, como en veces suele acontecer, desventuradamente.

No en vano, la necesidad (estado de necesidad), la urgencia, la situación calamitosa experimentada, la inexperiencia, entre otras vicisitudes humanas, no son patente de corso para que se abuse del mutuario, de ese sujeto que, por su situación individual o familiar, requiere de un capital para la satisfacción de diversas necesidades, unas más apremiantes –y angustiantes– que otras.

Por consiguiente, en este campo crediticio, en el mercado financiero, o incluso en sede de las relaciones entre personas naturales no comerciantes (familiares, conocidos, colegas, etc.), la autonomía privada, no obstante su importancia en la actualidad, así como su evidente y conveniente revitalización en la hora de ahora, conoce límites objetivos, en aras de no alterar el equilibrio negocial y, por esa vía, conculcar vertebrales derechos del mutuario, objeto de especial y conveniente protección.

Acorde con ello, lo hemos expresado con antelación, hoy entonces deviene «...diáfano que el postulado de la autonomía negocial –o privada–, entendida, *grosso modo* y sin mayores pretensiones, como el poder, facultad o potestad reconocido a los particulares, encaminado a la autorregulación, autodeterminación o disciplina de sus intereses –privados–, no obstante su morigeración, atenuación, atemperación y relativización históricas, actualmente luce revitalizado –y alinderado–, que es distinto a “absoluto”, tanto que, de ordinario, es escoltado por la Constitución, las leyes, la jurisprudencia y la realidad del tráfico jurídico (nacional e internacional), lo que no quiere significar, empero, que no conozca límites, fronteras y cortapisas, conforme corresponde a un principio que no es pleno, o signado por la absolutez, sino relativo, y que, por consiguiente, ya no se viste de “dogma”, como otrora aconteció desde el alero del individualismo puro y del racionalismo jurídico»⁸.

De allí que, no todo lo acordado, no todo lo admitido o aceptado (*pacta sunt servanda*), así sea en finas letras de molde, es permitido en el ámbito de la contratación (pública o privada), no siendo pues de recibo aquella máxima individualista –con un profundo eco egoísta–, a cuyo tenor: «Si es contractual es justo» –o «quien dice contractual dice justo»– (A. FOUILLÉE)⁹, comoquiera que, *in abstracto* e *in concreto*, abusar y, ante todo, explotar y

8. JARAMILLO JARAMILLO, C. I. *La modificación sobreviniente de las circunstancias y la revisión de los contratos en la posmodernidad*, cit, pp. 39 y 40, escrito en el que agregamos que lo acontecido en punto a la autonomía privada, correlativamente incide en el contrato, «...su instrumento cardinal, por excelencia, lo que no significa, de ninguna manera, que se torne irrefrenable, y que, desbordado, corra sin cauce, dirección y contención. Los contratos, no son leviatanes, ni fenómenos naturales que, como un *tsunami*, o un terremoto, todo lo devasten, todo lo aniquilen, todo lo borren; son, en cambio, «seres» bienhechores, nacidos para servir, y para asegurar el bienestar y la satisfacción individual (dimensión interna), y comunitaria o social (dimensión externa)» (cit., p. 39).

9. *Vid., in extenso*, JARAMILLO JARAMILLO, C. I. «La nueva dimensión social del contrato, y la protección de la persona y su dignidad en la posmodernidad», en *Trilogía contractual*, *op. cit.*, p. 40 y ss.

correlativamente beneficiarse de la necesidad del otro, de los otros, es una deleznable práctica que, al unísono, merece el rechazo del ordenamiento, de las autoridades competentes –incluidas las judiciales y administrativas–, así medie la aceptación y el asentimiento del urgido, en veces desesperado y angustiado, quien justamente por la necesidad en comento, por la prioridad que lo aqueja, termina aceptado cualquier exigencia, objetivamente desproporcionada y, por ende, lesiva de sus intereses y prerrogativas.

Por eso el cuidado, y el celo que en esta temática naturalmente se impone, a fin de obviar desbordamientos, distorsiones, opacidades, aprovechamientos; en una sola expresión, el ventajismo a ultranza –e irrazonable–, ese que, en veces, se abre paso ante la angustia, la ansiedad, el apuro, la penuria, la premura y la escases, en testimonio de un «estado de necesidad», con todo lo que ello supone en los predios del contrato, por antonomasia refractario al abuso, a la imposición arbitraria, al unilateralismo a ultranza, al desbalance manifiesto, al aprovechamiento indebido, y a la injusticia (injusticia contractual).

De allí que abogemos, decididamente, por un contrato enteramente diverso y equitativo, de suyo más envolvente y arropador que haga realidad su genuino y fértil cometido: «vivir para servir», el auténtico, dicente y renovado lema del contrato en los tiempos que corren, uno más justo, más solidario, más cooperante, más inclusivo, más útil, menos sorpresivo, lesivo y ventajoso, más respetuoso de los intereses legítimos de los cocontratantes, y más social –o en contacto social–.

Desde esta perspectiva, acierta pues el Maestro PIETRO PERLINGIERI, al memorar que en el Derecho no todo está tolerado, incluido el campo contractual, máxime «...en un Estado social de derecho como el nuestro, orientado a la solidaridad, la igualdad, al respeto a la persona y a su dignidad, porque no es justificable una autonomía negocial como dogma en sí mismo; no todo lo que quieren las partes es digno de protección. Siempre es necesario verificar si un acto de autonomía es lícito, merecedor de tutela, razonable y proporcionado, es decir, conforme a los principios y valores presentes en el ordenamiento jurídico[...]»¹⁰.

En consecuencia, referir al tema en comento, en gran medida, supone aludir al fenómeno de la «asimetría contractual», cabalmente entendido, para nada contemporáneo –como de ordinario se estima–, de la presencia de una parte que, por disímiles circunstancias (jurídicas, económicas, estratégicas, coyunturales, etc.), está en condiciones más favorables, prominentes u óptimas que la otra, en cuyo caso la paridad, la igualdad real, no suele ser la regla, situación de la que se vale su cocontratante para obtener provecho y ventajas indebidas y también exageradas, no pasibles de tutela¹¹.

10. PERLINGIERI, P. «Relazione conclusiva», en *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 485.

11. En general, alrededor de esta problemática en el derecho español y comparado, véase a la autora española, YÁÑEZ VIVERO, F., en «El abuso de las asimetrías contractuales

De ahí que, a menudo, tales contratos se inscriban en los denominados «por adhesión» a condiciones generales (contratos de contenido predispuesto, o estandarizado), en los que se evidencia la existencia de una parte más vulnerable, frágil o débil¹², vulnerabilidad que, desventuradamente, en ocasiones –aun cuando no en todas, claro está–, es aprovechada para la imposición de condiciones manifiestamente injustas, lesivas u oprobiosas, *rectius* abusivas, en la inteligencia de que el «abuso», se resaltarán de nuevo, es el fermento –y el común activador– de la injusticia contractual¹³, especialmente de la usura, de esa práctica antijurídica y, a su vez, antiética y siniestra que cercena las más mínimas y elementales garantías humanas¹⁴. Y que se anida en uno de los más crudos y despreciables comportamientos: la codicia extrema, con tintes de sevicia respecto del deudor que, indefenso y a merced de su prestamista, es abusado, maltratado y hasta revictimizado, sin importar sus dolencias, necesidades, urgencias y miserias. Es, en últimas, la representación más ruda –y extrema– del *homo economicus*.

Quizá por ello, *mutatis mutandis*, se ha interpretado que DANTE en la Divina Comedia (Círculo séptimo, recinto tercero), aludió propiamente a los usureros: «En el recinto tercero se castiga a quienes cometieron violencia contra Dios y sus designios: blasfemos...y usureros. Los usureros no respetaban el mandato divino de ganarse el pan con el sudor de su frente, sino que se lo ganaban con el sudor de la frente ajena. Se trata de un arenal ardiente sobre el que cae una lluvia de fuego...»¹⁵.

No nos estamos refiriendo, por lo tanto, a los comerciantes y a los profesionales del crédito, a los banqueros y empresarios ortodoxos que conocen y ejercen responsablemente su ancestral oficio, sin vacilación de la mayor valía cuando se ejerce lícitamente y con respeto de la dignidad de sus clientes y usuarios, con observancia de las reglas jurídicas y de las buenas prácticas que caracterizan su noble misión en el circuito económico y social (dimensión social del contrato), como realmente lo son su inmensa mayoría, conveniente es recordarlo.

Nos referimos, por el contrario, a quienes olvidan que el crédito, cada vez más un objeto de «primera necesidad» («primerísima»), no es un

en la posmodernidad líquida», en *Homenaje a JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ. Liber Amicorum*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, pp. 481 y ss.

12. Vid. JARAMILLO JARAMILLO, C. I. *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, Universidad Javeriana, Universidad de Perugia y Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2016, pp. 425 y ss.
13. Vid. JARAMILLO JARAMILLO, C. I. *El abuso del derecho y su proyección en los ámbitos civil y procesal civil. Perfiles de la conducta abusiva e inobservancia del deber de obrar de buena fe.*, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2019, Bogotá, pp. 53 y ss.
14. Según lo reseñó el profesor EMILIANI ROMÁN, R. «...los llamados intereses usurarios... están prohibidos por razones moralizadoras y protectoras». *Conferencias de obligaciones*, Temis, Bogotá, 1980, Bogotá, p. 299.
15. ALIGHIERI, D. *La Divina Comedia*, con notas de Paolo Costa adicionadas por D. Manuel Aranda y Sanjuan, Empresa Editorial la Ilustración, 1871. 85 y ss.

instrumento opresivo, del cual se pueda abusar inmisericordemente, con olvido de la ética, de la decencia y del buen Derecho, a los que bien les cabe la expresión: «usureros» –o «leviatanes» del crédito–, con mayor razón cuando incentivar el acceso al sistema financiero es uno de los propósitos cardinales de la banca pública y privada profesional, interesada en su expansión social, en su amplificación y en su genuina y sostenida democratización, así como de las autoridades competentes¹⁶.

Análogo comentario amerita la *mala praxis*, igualmente usurera, de los llamados préstamos «gota a gota», frecuentemente «vampiresca», con arreglo a la cual prestamistas inescrupulosos, ajenos al sistema financiero (extra-financiero e informal), prestan dinero a unas tasas confiscatorias que, en un breve lapso, superan –y absorben– el capital desembolsado (en ciertos casos, el trescientos por ciento anual por concepto de intereses que deben reconocerse cotidianamente), con la amenaza de que si no se respeta lo pactado, hasta la vida o la integridad del deudor podrían correr peligro, actuaciones ilegales –y en veces mafiosas–, que infortunadamente se arraigan en nuestras economías emergentes, en las que el crédito, aún el más costoso u oneroso, resulta crucial para atender las necesidades básicas (personales y familiares), de las cuales se aprovechan y se lucran terceros u oferentes informales del crédito sin escrúpulos y sin ética –y también sin «alma»–.

Por eso la urgencia de robustecer e impulsar, sin retórica, las líneas de crédito formales –e institucionales– en condiciones ciertamente favorables para el usuario, comoquiera que la informalidad, en efecto, debe ser combatida con formalidad –que no con formalismo a ultranza–, pero en condiciones dignas y equilibradas, que permitan superar las barreras y las limitaciones existentes, tantas que, no en pocas ocasiones, son caldo de cultivo para buscar ese tipo de préstamos ruinosos e indignos, pese a la desproporción objetiva de los intereses adeudados, una carga insostenible («yunque») y altamente riesgosa frente a intereses superiores, según ya se anticipó.

Al fin de cuentas, el deudor cuando es abusado, cuando es víctima del cobro excesivo, ilegal y usurero de intereses, se encuentra «...en circunstancia de debilidad manifiesta», hasta el punto de que en los últimos tiempos, sobre todo en sede de la «Pandemia», se aludió –y se sigue aludiendo– a una nueva categoría: al hiper-débil, igualmente asimilado al hiper-frágil y al hiper-vulnerable, categorías que ha desnudado y visibilizado aún más la crisis.

Tan cierto será lo anterior, que con mayor frecuencia en la doctrina y en la principalística –así como en los textos uniformes internacionales–, se hace mención al empleo o utilización de mecanismos que, con el título de «ventajismo», «ventaja injusta», «violencia económica» –entre otros–, se refieren a la explotación, al abuso, a la subordinación manifiesta

16. Vid. MARTÍNEZ. N. H. *Cátedra de derecho bancario colombiano*, Legis, 2000, p. 82.

y desequilibrante, al favorecimiento de la inexperiencia ajena. Y, en fin, al aprovechamiento antijurídico de un estado de necesidad en el que se encuentra el deudor –o futuro deudor– que, por sus connotaciones, es calificado como un nuevo vicio de la voluntad –según tiene lugar también con la «sorpresa»–, en prueba de que el cocontratante, en tales circunstancias, no puede asentir genuina y reflexivamente, con todo lo que ello supone en el campo negocial (formación del consentimiento libre de vicios).

Sobre el particular, al hilo de la buena fe –y de otros áureos postulados–, bien concluyó la profesora ESTHER GÓMEZ CALLE, que en todos esos supuestos que se engloban en el vocablo «ventajismo», ciertamente amplio, «...se da en el contrato una falta de equivalencia de las prestaciones que procede o se explica por la situación de debilidad de una de las partes que es aprovechada conscientemente por la otra parte para obtener una ventaja o un beneficio excesivo o injusto. El principio de buena fe sirve, evidentemente, de apoyo a estas reglas. Mas también el principio de libertad contractual, que justifica la idea de que los jueces no deben entrar a valorar la justicia sustantiva del contrato, las fundamenta porque lo que ocurre en los casos considerados es que la posición de debilidad en que se haya un contratante afecta a dicha libertad, de modo que consiente el contrato forzado por las circunstancias (por su propio estado de necesidad o dependencia), o sin ser enteramente consciente del compromiso asumido (por falta de conocimiento o experiencia). A la vista de todo ello, parece que normas como estas, aplicadas con prudencia, pueden resultar útiles para no tolerar transacciones claramente abusivas o inmorales»¹⁷.

En opinión de la profesora MARÍA LINACERO DE LA FUENTE, «La figura de lesión por aprovechamiento injusto o ventaja injusta es reflejo de un progresivo refinamiento jurídico y moral y una manifestación de la protección de la persona en el marco de la contratación, como reflejo del auténtico espíritu del Derecho Civil como Derecho de la Persona»¹⁸.

De su lado, la profesora igualmente española, ROSA BARCELÓ COMPTE, pone de relieve que, «La finalidad de una figura como la ventaja injusta es proteger la integridad del consentimiento; dotar de una acción para proteger [ante] las consecuencias (injustas) de aquel consentimiento que se dio sin la plena libertad de elección, y no sólo solucionar una falta de equivalencia objetiva entre las prestaciones»¹⁹.

17. GÓMEZ CALLE, E. «El ventajismo, nuevo vicio de la voluntad en la propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil», en *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. II, UAM Ediciones, 2019, pp. 1618 y 1629.

18. DE LA FUENTE LINACERO, M. *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico: la ventaja injusta*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019. p. 9. Vid. FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO. «El abuso de las asimetrías contractuales en la posmodernidad líquida», en *Homenaje a JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ. Liber Amicorum*, op. cit., pp. 481 y ss.

19. BARCELÓ COMPTE, R. «La ruptura del equilibrio inicial del contrato: la ventaja injusta», en *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 278.

En compendio, sin satanizar el correcto empleo del crédito y de los recursos por parte de la generalidad de empresarios y profesionales financieros –o inmersos en el sector financiero y crediticio–, fundamentales en una economía de mercado y en un Estado social de Derecho, hay que insistir en que el apetito del dinero, en particular de sus frutos y rendimientos, en inequívoco aprovechamiento de las necesidades del deudor (ventajismo crudo), especialmente de su fragilidad y debilidad jurídicas (asimetría), conoce y debe conocer límites objetivos que, a tono con la nueva dimensión del contrato desde una perspectiva social, personalista y protectoria (tuitiva), y en asocio con las fronteras consecuentemente asignadas a la autonomía privada, debe ser controlado –y limitado–, amén de sancionado cuando supere los umbrales respectivos, habida consideración que no son de látex, ni menos infinitos. Muy por el contrario, son regulados, y son finitos, no sólo por consideraciones primigeniamente jurídicas (orden público de protección, y de dirección), sino también morales y éticas, las que no se pueden escindir, *stricto sensu*, ni tampoco menospreciar, ni relativizar.

Bien nos recordó con envidiable precisión el profesor JOSÉ BONET CORREA, que «Existe la falsa creencia –diríamos mejor una consciencia farisaica– de que todo aquello que entra en el mundo de los negocios o del dinero nada tiene que ver con la ética y, mucho menos, con la moral, ya que es éste un ámbito reducido al de las conciencias individuales. Precisamente, porque el dinero es el bien más idóneo para lograr el bienestar individual y social, cabe que con variadísimas utilizaciones puede hasta servir –como de hecho ocurre– para cometer los mayores desmanes y las más inicuas acciones, casi siempre producto del egoísmo de los hombres»²⁰, reflejado en su avaricia, individualismo rudo y codicia extremas, agregamos nosotros, en desmedro de los demás.

Esa es la usura, su personalización siniestra y, con ella, la del usurero: ventajoso, ruin y mezquino. *Homo homini lupus*, con tino se ha expresado desde la antigüedad («el hombre es un lobo para el hombre»), y ese, llanamente, es el usurero, máxima que contrasta, felizmente, con otra –igualmente antigua– que representa la esperanza, un *desideratum* comportamental: *homo, sacra res homini* («el hombre es algo sagrado para el hombre»), como realmente lo es, e invariablemente debe seguir siéndolo, y como lo entienden y practican los banqueros y prestamistas honorables, ortodoxos y profesionales, los que afortunadamente no escasean.

Así, de la misma manera, ha resaltado la profesora GINÉS CASTELLET, N. que, a diferencia de lo que acontece con los tradicionales vicios del consentimiento, en los cuales la valoración del equilibrio prestacional no adquiere una gran relevancia, en el supuesto de la ventaja injusta la consideración de estos aspectos de naturaleza objetiva tiene especial incidencia, ya que en el caso de esta última tiene lugar una «...inevitable ponderación del contenido del acuerdo contractual». «La ventaja o explotación injusta, el futuro? “Derecho contractual”», en *InDret*, 4, 2016, pp. 13 y 14.

20. BONET CORREA, J.. *Las deudas de dinero*, Civitas, Madrid, 1981, p. 86.

Cuán precisa, al respecto de todo lo expresado en líneas que preceden –y ya para culminar este numeral–, resulta el parecer del Maestro argentino, Don JORGE MOSSET ITURRASPE, quien nos recordó que «...no podemos hacer creer a los pescadores en río revuelto», así lo desearan algunos, «que la noción de interés usurario no tiene más vigencia», o actualidad, so pretexto del imperio de las libertades, *rectius* de los libertinajes y abusos. «Nada más falso», escribe Don JORGE, «...las etapas de la inflación agudizada [como la ahora experimentada en el mundo] elevan el valor o costo del dinero, y como consecuencia, motivan los prestamistas o ahorristas a invertir o colocar dinero, atraídos por las altas tasas; y la competencia entre los tomadores de dinero trae la lucha por ofrecer y pagar los intereses más altos y, por tanto, por reclamar a sus clientes intereses que compensen los que deben pagar, con más un plus que cubra sus esfuerzos. Aparece entonces la usura junto la necesidad de distinguir entre préstamos para actividades civiles o para actividades lucrativas, comerciales o industriales, etc.; el interés elevado que es aceptado con fines especulativos, obtener, a su vez, una ganancia superior, del interés que es el resultado del aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia»²¹.

III. SUMARIA REFERENCIA AL CONCEPTO Y A LA CONFIGURACIÓN DEL «INTERÉS», Y DE LA «USURA». MENCIÓN EVOLUTIVA

En primer término, cumple memorar que los intereses, a través de la historia, han ocupado la atención de propios y extraños, siendo una de las materias que, por razones filosóficas, políticas, económicas, jurídicas,

21. MOSSET ITURRASPE, J. *Medios compulsivos en derecho privado*, Ediar, Buenos Aires, 1978, pp. 142 y 143.

Y cuán reveladora, también, la fábula de hace más de dos milenios, atribuida a ESOPO, titulada: «El león, la Vaca, la Cabra y la Oveja», de la que ulteriormente, en muestra de desequilibrio, de lesividad prestacional, de abuso, de acendrado aprovechamiento y ventajismo, y también de galopante injusticia contractual, emergió el manido vocablo «contrato leonino» –y el usuario lo es (contrato usurario, o en el que hace presencia la usura)–:

«Juntáronse un León, una Vaca, una Cabra y una mansa Oveja para cazar en los montes y repartirse después fraternalmente las reses que apresaran. Bien pronto, con la ayuda de todos, se cazó una cierva hermosísima; y el León, dividida que la hubo en cuatro partes iguales, habló á sus compañeros del siguiente modo: “La primera de esas partes es para mí, porque me llamo León; me daréis la segunda porque soy el más fuerte; la tercera será también mía, porque valgo más que vosotros; y por lo que hace á la cuarta, el que la toque que haga antes su testamento”».

«Cuando se tiene la honradez de la vaca, la inocencia de la cabra la mansedumbre de la oveja, no se debe formar sociedad con los leones» (Las fábulas de Esopo. Versiones latinas de Fedro, Aviano, Aulo Gelio, etc., Madrid, 1871, No 3), en el asunto sub examine, con los patrocinadores, auspiciadores o promotores de prácticas usurarias, de tan hondas repercusiones humanas y sociales, socavantes de las más mínimas garantías, e irrespetuosas, *pari passu*, de la dignidad humana, arrasada cuando se obtiene torticero provecho de la urgencia, la necesidad, la angustia, la inexperiencia y el apremio.

éticas, morales, religiosas, etc., han sido examinadas desde diversas ópticas, ciertamente con conclusiones harto disímiles, sin perjuicio de la admisibilidad que, en general, en la hora de ahora ellos tienen (remuneratorios y moratorios), naturalmente con las necesarias –y aconsejables– salvaguardas que, *ex abundante cautela*, se imponen, a raíz de las secuelas tan negativas y erosivas que su exceso, desbordamiento y descontrol generan, menoscabando las legítimas prerrogativas y arrasando, de paso, las expectativas razonables de sus deudores, según ya se pinceló.

Empero, es de justicia reconocer que dicha evolución sirvió para desmitificar la idea de que el capital, rectamente entendido y en condiciones de regularidad y con plena observancia del ordenamiento jurídico, podría ser lícito manantial para la generación de dinero (*ex novo*), sin que por ello, en la actualidad, se considere que tal operación y actividad, *per se*, atenten contra la ley, el orden público (en sus dimensiones de protección y dirección), las buenas costumbres, la buena fe, la proscripción del abuso del derecho, los principios vertebrales de estirpe constitucionalidad, la razonabilidad, la dignidad humana, entre otros postulados y valores superiores.

Como lo ilustra el profesor JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS, «En la época contemporánea la situación ha cambiado fundamentalmente. En las sociedades de economía dinámica, el dinero ha pasado a ser un factor esencial en la producción. De ahí que su uso tenga un precio de mercado, pues siempre hay alguien interesado en emplearlo como medio de financiación de alguna actividad lucrativa, que deje alguna diferencia a su favor... Estas reflexiones explican el giro de la legislación universal que ya no se orienta hacia la prohibición del interés, sino hacia la exclusión de intereses excesivos; es pues un asunto de medida, ya que siempre será reprobable la conducta de quien prevalido de circunstancias desfavorables para el deudor le impone una tasa de interés más elevada que la corriente. Semejante pacto lesiona la justicia conmutativa, en cuanto el interés excede el precio de mercado del uso del capital y ofende la moral al instaurar un lucro que implica la explotación de un hombre por otro: *homo homini lapus*»²².

Análogamente, el profesor ENRIQUE DÍAZ RAMÍREZ –en su monografía «Las tasas de interés en Colombia»–, subraya que, «La mercantilización progresiva de todas las clases sociales, la tendencia generalizadora del derecho comercial y la difusión del crédito, entre los principales factores, determinaron que la prohibición del cobro de intereses terminara por ceder. El recuento histórico... demuestra que el fenómeno comenzó con la creación de excepciones y distinciones y terminó con la derogatoria de la prohibición. En realidad, lo que se quebró no fue solo el principio o valor ético-religioso en que se apoyaba la prohibición, sino su fundamento social y económico. La sociedad y la economía adoptaron concepciones

22. LLAMBÍAS, J. J. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, T. II-A, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 203.

capitalistas...Las leyes que establecen límites a las tasas de interés no tienen ya otro fundamento que su “racionalidad” objetiva...»²³.

En segundo término, *grosso modo* delineada la evolución registrada en el terreno de los intereses a lo largo de la historia, someramente conviene aludir al concepto tradicional de interés, tanto semántica como jurídicamente. Lo propio, respecto a la expresión usura, la que ha sufrido trascendentes cambios.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, se entiende por interés, «Provecho, utilidad, ganancia. Valor de algo. Lucro producido por el capital».

Y de conformidad con lo expresado por el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, interés es el «Precio o rendimiento del dinero. Índice de rentabilidad del dinero»²⁴.

Y a su turno, por usura, el Diccionario de la Lengua Española entiende que es el «El interés que se lleva por el dinero o el género en el contrato de mutuo o préstamo...Interés excesivo en un préstamo. Ganancia, fruto, utilidad o aumento que se saca de algo, especialmente cuando es excesivo».

A su vez, con fundamento en el Diccionario de Uso del Español de MARÍA MOLINER, «Usura es interés excesivo o ilegal obtenido por un préstamo. Práctica del préstamo con interés abusivo»²⁵.

Y con arreglo al Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de GUILLERMO CABANELLAS, es usura, «En sentido estricto, el interés o precio que recibe el mutuante o prestamista por el uso del dinero prestado en el contrato de mutuo o préstamo; según la etimología de uso, en tanto que precio del uso... En significado más amplio, y casi predominante ya, usura es sinónimo de excesivo interés, de odiosa explotación del necesitado o ignorante, de precio o rédito exagerado... Figuradamente, todo provecho, utilidad que se obtiene con una cosa; y de modo especial cuando es grande o excesiva»²⁶.

En consecuencia, muy útil es tener en cuenta la etiología y la evolución registrada en punto a la usura (*vetera* y *nova*), por cuanto desde una perspectiva etimológica, e histórica, no siempre significó lo que hoy significa y revela, pues en la actualidad se asocia a una conducta proterva, deleznable, abusiva, antijurídica y, de paso antiética.

Como lo clarifican los profesores HÉCTOR MASNATTA y ENRIQUE BACIGALUPO, dicha «...palabra proviene etimológicamente de una voz latina que designaba el concepto de interés cobrado por el dinero en el

23. DÍAZ RAMÍREZ, E., *Las tasas de interés en Colombia*, op. cit., pp. 20 y 23.

24. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, Real Academia Española, Madrid, 2017.

25. Moliner, M. *Diccionario de uso del español*, Gredos, Madrid, 2000, p. 409.

26. CABANELAS, G. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, T. VIII, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1981, p. 285.

contrato de préstamo: es el precio por el *usus* del capital. Los romanos utilizaron la palabra *fenus* para indicar el capital aumentado por sus intereses, designándose *mutuo feneraticio* al préstamo con interés... De aquí resulta que originariamente la palabra *usurae* sólo significó el interés por el uso de la cosa prestada, sin carga peyorativa, como señala Spota. Pero este significado primitivo del término cede a una significación más difundida según la cual se identifica usura con interés excesivo sobre un préstamo. Actualmente se emplea como calificadora de todo negocio jurídico en el cual alguien, explotando el estado de necesidad, ligereza, inexperiencia o debilidad ajena, se hace prometer una prestación excesiva en relación con lo que entrega o promete. De esta suerte la usura tiende a configurar tanto lo ilícito civil como lo ilícito penal, comprendiendo no sólo el interés excesivo, sino también todas las maniobras empleadas por el acreedor para abusar de su deudor»²⁷.

Finalmente, en los predios legislativos, es de señalar que el ordenamiento jurídico colombiano, no define o no conceptualiza el interés, en general (Códigos Civil, de Comercio, Penal, y legislación financiera especial), aun cuando si se ocupa de sus diferentes manifestaciones y tipologías, como se comprobará.

Con todo, el artículo 717 del Código Civil, con estribo en la denominada «teoría de la productividad», les da a los intereses el tratamiento de «frutos civiles» (caracterización), y lo hace en los siguientes términos: «Se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido. Los frutos civiles se llaman pendientes mientras se deben; y percibidos desde que se cobran».

De la misma manera, dada su significación, útil resulta confirmar que si bien el legislador colombiano no define o conceptualiza el instituto de los intereses, lo que a nuestro juicio es correcto, si hace referencia a los conceptos –o insumos– que los integran («sumas»).

En dicha dirección, con rotundidad, el artículo 68 de la Ley 45 de 1990, estatuye: «Sumas que se reputan intereses. Para todos los efectos legales se reputarán intereses las sumas que el acreedor reciba del deudor sin contraprestación distinta al crédito otorgado, aun cuando las mismas se justifiquen por concepto de honorarios, comisiones u otros semejantes. Así mismo, se incluirán dentro de los intereses las sumas que el deudor pague por concepto de servicios vinculados directamente con el crédito en exceso de las sumas que señale el reglamento», de lo que se colige que, en esta materia, el legislador nacional, con buen criterio, optó por una cualificación amplia –y expansiva–, y no restringida –limitada o minimalista–²⁸.

27. MASNATTA, H. y BACIGALUPO, E. *Negocio usurario. Ilícito civil y delito de usura*, Astrea, Buenos Aires, 1972, pp. 16 y ss.

28. El artículo 88 de la misma Ley 45 de 1990, haciendo alusión a los «Intereses con cargo a las obligaciones de la nación», acude a análogo criterio amplio, al disponer

IV. DIVERSIDAD DE RÉGIMENES JURÍDICOS Y TIPOLOGÍA DE LOS INTERESES EN EL DERECHO PRIVADO Y FINANCIERO COLOMBIANO

1. GENERALIDADES

Como ya se expresó con anticipación –y más a espacio–, uno de los temas de mayor dificultad en el Derecho colombiano, justamente, estriba en el tratamiento conferido a los intereses, para nada simétrico, consistente y armónico, como lo revela el contenido de los diferentes textos legislativos aplicables (siglos XIX y XX), al igual que la doctrina y jurisprudencia, tampoco uniforme, lo que contribuye a acentuar su complejidad, y a invitar a que se busque, de *iure condendo*, una adecuada solución, ojalá fruto de la recodificación, de la unificación y de la modernización del Derecho privado en Colombia, sobre todo en la esfera contractual, en la que es aún más prioritaria –por no decir que imperiosa–, como lo hemos respetuosamente señalado en diferentes oportunidades y foros²⁹.

Igualmente ya hemos referido a los diversos textos que, en lo aplicable, se ocupan de regular en los dominios del Derecho privado la problemática de los intereses: el Código Civil de 1873 y el Código de Comercio de 1971, así como en la órbita de las leyes especiales de índole financiera que del tema *sub examine*, igualmente se han ocupado (leyes 45 de 1990, y 510 de 1999, en lo primordial), normativa que antes de contribuir a la claridad, a la unicidad y a la identidad *iuris*, eclipsan esta temática, de cardinal importancia, lo reiteramos, pese a los esfuerzos de la jurisprudencia, de las autoridades de control, y de la doctrina, los que hay que abonar.

Crítico, a este mismo respecto –en la órbita mercantil–, fue el Maestro FERNANDO HINESTROSA, cuando aseveró que, «El riesgo de pacto de intereses excesivos ha sido constante y universal, según aparece desde los primeros datos históricos. Eventos trascendentales de la historia de Roma se explican o se remiten a la contraposición de acreedores y deudores a propósito o con ocasión de la tasa de interés. Establecido su régimen con normas nítidas y seguras en el Código Civil, los redactores del Código de Comercio de 1971, en su afán de mostrarse diferentes, innovadores, modernos, a la vez que autorizaron o dispusieron, sin razón, cuotas mayores que las del Código Civil y la de comercio anterior, desembocaron en los galimatías de los artículos 883 y 884, en cuyo despropósito todo el mundo coincidió, pero para cuya enmienda nadie tomó iniciativa, y que, habiendo sido corregido en parte en la Ley 45 de 1990, prontamente la Ley 510 del 1999 retomó».

que, «...toda suma que se cobre a la Nación o a las entidades públicas como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria adeudada en virtud de un mandato legal se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación».

29. Vid. JARAMILLO JARAMILLO, C. I. *La modernización de derecho privado en Colombia. Codificación, dispersión legislativa, descodificación y recodificación del Derecho Civil y Comercial*, op. cit., pp. 131 y ss.

«El empeño de hacer creer que el contrato comercial es una especie diferente del contrato civil, por demás infundado y anacrónico, dejó así sin normatividad propia a los intereses remuneratorios y encerró a los intereses moratorios en un laberinto. Así, doctrinantes, jurisprudentes ordinarios y administrativos y superintendentes han podido emitir los conceptos, opiniones y decisiones más dispares, endebles y volubles, determinantes de pugnacidad e incertidumbre, a cuya permanencia y extensión ha contribuido el legislador con su desentendimiento»³⁰.

Por todo ello, en suma, es que debemos aludir a intereses civiles, comerciales y especiales, estos últimos producto de la regulación de la Ley 45 de 1990 (de amplio espectro), citada en más de una ocasión, la que no obstante su especificidad, se refirió, además, a la temática mercantil (arts 64 y 69). Lo mismo hizo la Ley 510 de 1999 (art. 111).

Y aun cuando es cierto que preferiríamos referir únicamente a esta última ley de 1990, como algunos autores lo aconsejan –en el entendido de que estiman que en rigor sustituyó los regímenes anteriores³¹, creemos que, en lo suyo, los tres conservan su vigencia y su dinámica, motivo por el cual pensamos que, de plano, no podemos inaplicar las codificaciones civil y comercial (imperativas, amén que de orden público en lo basilar), como con acierto también lo ha estimado la Corte Suprema de Justicia, más allá del deber ser (*de jure condendo*, o de *lege ferenda*).

Y ello es así, primero, porque el Código de Comercio no derogó el Código Civil en lo que a intereses se refiere, y segundo, porque la Ley 45 de 1990, sin duda de especial relevancia en el tema, tampoco derogó ni a uno, ni a otro, ley que como expresó el Presidente de la República de la época al sancionarla, Dr. CÉSAR GAVIRIA, «Resulta particularmente grato sancionar en el día de hoy la Reforma Financiera...» (bancaria y de seguros), especialidad que, no obstante su amplia cobertura (la financiera), no sustituye, ni comprende el Derecho civil, y el comercial, propiamente dichos (*in complexu*). Por eso, es que en el mismo texto alusivo a la sanción de la Ley 45, también se anotó que, «La reforma financiera de 1990 tiene la virtud de constituir el esfuerzo sistemático más importante que se haya adelantado desde 1923 para actualizar la legislación bancaria y de seguros...».

De ahí que el propio rótulo de la ley 45 en cuestión, revele su real alcance: «Por la cual se expiden normas en materia financieras, se regula la actividad aseguradora y se dictan otras disposiciones», a lo que se agrega que en el aparte referente a las derogatorias expresas, no se hizo mención

30. HINESTROSA, F. «El principio del pacta sunt servanda y la estipulación de intereses», en *Contexto*, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 38.

31. Vid. MENDOZA RAMÍREZ, A., *Obligaciones*, op. cit., p. 656, quien reconoce, con plausible sinceridad, que su postura es «...una posición arriesgada y con muy poca aceptación», por lo que considera que la «...Ley 45 de 1990, en su condición de norma posterior[...], es la regulación hoy vigente en materia de intereses».

a la sustitución integral, o a la abrogación íntegra de los códigos civil y comercial en el ámbito de los intereses, lo que se confirma, además, por las sistemáticas alusiones que hace la jurisprudencia más reciente en este tema a los regímenes civil y comercial, en lo aplicables (siglo XXI).

Cosa diferente, es que en lo aspiracional, en el campo de lo que debería ser, anhelemos un régimen único, sencillo, comprensible para profesionales y legos que, asegurando la unicidad, y claridad, le haría un acerado favor al Derecho, al mercado, a los usuarios del crédito, a la justicia, en particular a la contractual, y a la seguridad jurídica, tan maltrecha en atención a la complejidad, a los vacíos y a las contradicciones y a la proliferación e inconexión de opiniones judiciales, administrativas y doctrinales.

Urge pues una nueva y coherente legislación en este ramo, se reitera, por cuanto esta «duplicidad» –en opinión de algunos–, o «triplicidad» «...en materia de intereses parecería inconveniente en la medida en que genera una suerte de inseguridad en esta materia para los operadores económicos. En este sentido, parece más razonable, a la luz de las necesidades sociales y económicas actuales, establecer una sola regla que resulte aplicable a todas las operaciones del derecho privado», según lo atestigua el profesor FERNANDO JIMÉNEZ VALDERRAMA³².

2. TIPOLOGÍA DE LOS INTERESES

Ahora bien, en lo que concierne a la tipología de los intereses, debemos manifestar que, por ser plurales, consultan diversas fuentes y situaciones que, por sus connotaciones, les imprimen individualidad y sustantividad.

De hecho, antes de referirnos en concreto a los anunciados y variopintos tipos más socorridos, conviene tener presente que su fuente, matriz o *ratio debendi*, no siempre es la misma, anotación que vale la pena efectuar, en atención a que es frecuente recrear la problemática de los intereses a partir de entenderlos como producto de un acuerdo previo (pacto de intereses), de tal suerte que, el supuesto jurídico que los cobija, inconscientemente, suele circunscribirse al mutuo, o préstamo de consumo, aunque sea cierto que, en la realidad –o *praxis*–, a menudo ello sea así, lo que no implica que sólo sea su fuente o dispensario: el acuerdo de voluntades determinante del contrato de mutuo en comento.

De allí que en el plano indemnizatorio, sólo por vía de ejemplo, la indemnización moratoria se instrumente a través de los intereses correspondientes –más allá del mismo mutuo–, puesto que como lo ha enfatizado el profesor EDGAR RAMÍREZ BAQUERO, «...cuando el tipo de obligación es de dar una suma de dinero, incurso el deudor en mora tiene derecho el acreedor a reclamar de su deudor, como indemnización

32. JIMÉNEZ VALDERRAMA, F. *Curso de obligaciones*, Legis, 2019, p. 147.

moratoria de daños, los intereses moratorios, que de pleno derecho se causan en su beneficio...»³³.

Acierta entonces el autor español JESÚS CARDENAL FERNÁNDEZ, al subrayar que «Se pueden considerar los intereses, dice MARTINETTI, como el contenido de la prestación objeto de una obligación accesoria a otra de cosas fungibles de la misma especie, que surge periódicamente por el tiempo en que subsiste la obligación principal. Sin embargo, si es cierto que en todo caso ha de concurrir el requisito del transcurso del tiempo y la identidad de especie entre los intereses y la obligación que los produce; sin embargo, la “ratio debendi” no es la misma en la deuda de intereses la que ha dado el nombre distinto a los propios intereses debidos»³⁴.

Concluida entonces la anunciada antesala, expresemos que, en general, sin perjuicio de elaboradas y también sofisticadas clasificaciones, de ordinario se mencionan los siguientes tipos básicos de intereses en el Derecho colombiano –que por lo demás son los más socorridos–, sin desconocer la especificidad de otras tipologías: a) Intereses convencionales; b) Intereses legales; c) Intereses corrientes, d) Intereses remuneratorios, y e) Intereses moratorios.

En forma más detallada y envolvente, es cierto, el profesor JORGE CUBIDES CAMACHO –en su obra de Obligaciones–, manifiesta que los intereses pueden clasificarse en función de los siguientes criterios: «1.1. Según su origen, los intereses pueden ser corrientes, convencionales o legales. 1.2. Según la época del crédito a la cual se refieren puede distinguirse los intereses remuneratorios o de plazo y los moratorios o vencidos. 1.3 Según la capacidad de producir nuevos intereses, es decir de su reinversión o capitalización, se pueden distinguir los intereses simples y los compuestos. 1.4. Según su cálculo o medida, los intereses pueden ser nominales, efectivos o reales» [y]. 1.5. Según la época de su pago, los intereses pueden ser vencidos o anticipados³⁵.

a) *Los intereses convencionales*, como se desprende de su rotulación, son el fruto del acuerdo de voluntades interpartes (convención o contrato), motivo por el cual su sustrato es típicamente negocial, o si se prefiere contractual (*ex contractu*).

En este sentido, el artículo 2231 del CC, expresamente se refiere al «interés convencional». «*El interés convencional que exceda de una*

33. RAMÍREZ BAQUERO, E., «Indemnización compensatoria e indemnización moratoria de perjuicios», en *Derecho de las obligaciones*, t. II, Vol. I, obra coordinada por la profesora Marcela Castro de Cifuentes, Universidad de los Andes y Editorial Temis, 2010, p. 553. Por eso, no toda «obligación de dar una suma de dinero», hunde sus raíces, exclusivamente, en un contrato de mutuo.

34. CARDENAL FERNÁNDEZ, J. *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Montecorvo, 1977, p. 255.

35. CUBIDES CAMACHO, J.. *Obligaciones*, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez, 2012, p. 138.

mitad...». El art. 2232, indica que «*Si en la convención se estipulan intereses ...*». Y el art. 2233 del CC, a su vez, señala que, «*Si se han estipulado intereses ...*» (se destaca).

Obviamente, en los ámbitos comercial (Código de Comercio), y financiero especial (Ley 45 de 1990), los intereses convencionales, no sólo son de recibo, sino que son la regla, justamente por la temática abordada.

b) *Los intereses legales*, a diferencia de los convencionales, son los que supletivamente establece la ley, lo que justifica su *nomen*, denominados también por algunos como intereses «supletivos», en atención a que es la ley la que suple la ausencia de estipulación negocial por parte de los celebrantes.

Son intereses legales los llamados intereses civiles, que el artículo 1617 del Código Civil, establece en el seis por ciento. «El interés legal se fija en el seis por ciento anual», los que se aplicarán, en desarrollo del artículo 2232 del CC, «*Si en la convención se estipulan intereses sin expresarse la cuota, se entenderán fijados los intereses legales*», establecimiento *ex ante* y monto que, en el Derecho común, ha suscitado aplausos, y también puntuales críticas por algunos –pese a que, desde tiempos del Emperador Justiniano se fijó en el seis por ciento, *semisse usurae*–³⁶.

El derogado artículo 883 del Código de Comercio, vigente hasta el año 1990 (Ley 45), refería a intereses legales comerciales: «El deudor estará obligado a pagar los *intereses legales comerciales* en caso de mora...» (*idem*).

Hoy el artículo 884 del Código de Comercio, luego de su reforma en el año 1990 (Ley 45), aun cuando literalmente no habla de intereses legales comerciales, le da el mismo tratamiento supletivo –o integrativo– al «interés bancario corriente». «Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de capital, *sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente*» (*idem*).

El artículo 1163 del Código de Comercio, relativo al contrato de mutuo, expresamente se refiere a «intereses legales comerciales»: «Salvo pacto expreso en contrario, el mutuario deberá pagar al mutuante los *intereses legales comerciales* de las sumas de dinero o del valor de las cosas recibidas en mutuo» (*idem*).

El párrafo segundo del artículo 64 de la Ley 45 de 1990, también hace alusión a los intereses legales y, de paso, a los convencionales, ya mencionados. «Toda tasa de *interés legal o convencional* en la cual no se indique una periodicidad de pago determinada se entenderá expresada en términos de interés efectivo anual» (*idem*).

36. Vid. OSPINA FERNÁNDEZ, G. *Régimen general de las obligaciones*, Temis, 1980, p. 308.

c) *Los intereses corrientes*, igualmente como emerge de su revelador título, son aquellos que, de ordinario, que en la cotidianidad y, por ende, por lo común, se establecen en el tráfico (plaza), en lo pertinente, predicables de los regímenes civil y comercial.

Conforme lo expresó el autor nacional, Dr. ARTURO GÓMEZ DUQUE en torno al «interés corriente común», «Es el acostumbrado entre comerciantes en determinada plaza», y el «interés bancario corriente», «Es el acostumbrado entre bancos de determinada plaza»³⁷.

Y el artículo 2231 del Código Civil, *expressis verbis*, alude al «interés corriente» sin calificaciones, al igual que ya lo había hecho el artículo 1617 del CC, y el artículo 884 del Código de Comercio, por su parte, refiere al «interés bancario corriente».

d) *Los intereses remuneratorios*, así mismo conocidos como intereses de plazo o compensatorios –entre otras calificaciones–, son aquellos que se causan y, por contera se deben durante el término o lapso respectivo (*tempus*). Tienen la vocación de remunerar –o compensar– al acreedor. De ahí que se haga referencia a su auténtica teleología: remunerar al titular del derecho de crédito, y no reparar el daño moratorio, por lo que diáfana-mente se distinguen de los intereses moratorios.

El artículo 72 de la Ley 45 de 1990, explícitamente reconoce esta categoría –o tipo–: «Cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, *remuneratorios*, moratorios o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual» (se destaca), y

e) *Los intereses moratorios* son aquellos que, con ocasión de la mora del deudor, es decir en otro estadio bien diverso de la relación jurídica originaria (regularidad y cumplimiento), se adeudan al acreedor perjudicado por la floración del apellidado «daño moratorio», ya referido. Son, de ordinario, la secuela emergente de no haberse ejecutado la prestación en forma oportuna.

La Corte Suprema de Justicia, en análoga línea, desde hace varias décadas ha puesto de presente que, «*La indemnización de esta clase de obligaciones presenta caracteres típicos: a) Sólo procede la moratoria, o sea la que se puede exigir cuando el deudor no cumple a su tiempo. Nunca la compensatoria, o sea el dinero que se tiene derecho a exigir cuando el deudor no cumple o cumple parcialmente...b) No hay necesidad de probar la existencia de perjuicios. Basta el hecho del retardo para que puedan cobrarse. La ley los presume, suponiendo que todo el capital en dinero gana intereses y que el sólo hecho de que el acreedor no lo recibiera oportunamente, le ha privado de inversiones lucrativas. Tampoco el deudor es oído si pretende probar que su mora no ha perjudicado al*

37. GÓMEZ DUQUE, A. «El interés comercial», en *Instituciones de Derecho Comercial Colombiano*, Colegio de Abogados de Medellín, Cámara de Comercio de Medellín y Díké, 1987, p. 431.

deudor o le ha traído beneficio. Esta derogación del derecho común se explica por la dificultad de avaluar el daño imputable a la tardanza»³⁸.

El artículo 870 del Código de Comercio, alude justamente a la indemnización de los perjuicios moratorios, a raíz del advenimiento de la mora: «En los contratos bilaterales, en caso de *mora* de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con *indemnización de los perjuicios moratorios*» (se destaca).

V. ALCANCES DE LA PRESUNCIÓN DE INTERESES EN EL RÉGIMEN MERCANTIL. INTERESES REMUNERATORIOS E INTERESES MORATORIOS

Otro de los temas que suscita controversia en el Derecho vernáculo, consiste en definir si la presunción de los intereses mercantiles, inexistente en el régimen civil, cobija tanto a los intereses remuneratorios –o de plazo para otros– y a los moratorios, o únicamente a estos últimos (los moratorios), pues es generalizada la creencia –jurídica y popular– de que en el campo comercial ellos se presumen, precisamente por la incidencia que el ánimo de lucro suele tener en estos dominios, tanto que en el imaginario de muchos tal presunción es indistinta y, por esta vía, *in globo*.

Sin embargo, bien miradas las cosas, esta conclusión amerita ser sopesada, en particular a partir de la genuina dinámica mercantil, y de las normas que de aquella se ocupan, en especial el artículo 884 del Código de Comercio, precepto tan citado a lo largo del presente escrito, por neurálgico.

En efecto, este artículo 884, modificado por la Ley 510 de 1999, tratándose de los intereses remuneratorios, parte del supuesto válido de que hay hipótesis en las que ellos se deben (acuerdo, o por ministerio de la ley), pero no indefectiblemente en todos los «negocios mercantiles», por el sólo hecho de serlo, a diferencia de lo sucedido con los intereses moratorios, en cuyo caso así no hayan sido estipulados, estos corresponderán al «...equivalente a una y media veces del bancario corriente...», mandato de suyo imperativo y de forzosa aplicación en sede moratoria.

Reza el consabido artículo, efectivamente, que «Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990».

Por consiguiente, al amparo de lo expresado por la supraindicada norma, en nuestro entender, no puede generalizarse –o radicalizarse– la

38. Colombia. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de septiembre de 1937.

conclusión encaminada a sostener que la presunción en cita, se extiende a ambos tipos de interés: los remuneratorios y los moratorios, toda vez que ella es enteramente válida, pero limitada a los de estirpe moratoria, caso en el cual no cobijaría a los remuneratorios.

Acoge igualmente esta interpretación, entre otros más, el profesor JORGE SUESCÚN MELO, quien sobre el particular pone de manifiesto que, «Es unánime el concepto de que, a falta de estipulación de los contratantes, la ley presume la causación de intereses de mora por el incumplimiento del deudor. Esta apreciación se desprende del texto del artículo 884 del Código de Comercio que es absolutamente claro al respecto, supliendo la voluntad particular con la imposición de una tasa específica de interés moratorio... Pero esta misma unanimidad no existe en tratándose de intereses de plazo, pues al paso que algunos arguyen que también se presume a falta de pacto, otros niegan la existencia de dicha presunción [...]. Nótese que el citado artículo establece como hipótesis para que pueda exigirse el interés de plazo que dicha norma establece, que “en los negocios mercantiles [cuando] hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés”, lo cual exige que las partes hayan estipulado que durante el plazo el deudor habrá de pagar réditos pero sin precisar su tasa, en cuyo caso la ley complementa ese convenio particular disponiendo que el interés en este evento será el bancario corriente. El otro supuesto para que se deba el interés corriente, como interés de plazo, es cuando la propia ley en ciertas operaciones y contratos autoriza el cobro de interés corriente, aun si no se ha pactado. Son diversos estos casos, entre los cuales pueden citarse los suministros o ventas a fiado, la cuenta corriente comercial, el mutuo y el sobregiro en cuenta corriente bancaria».

«Aparte de estas dos grandes hipótesis –pacto o autorización legal– no puede el acreedor exigir intereses remuneratorios, pues la ley no los presume, de suerte que es inexacta la manida afirmación de que en las transacciones mercantiles siempre se producen intereses. No; es menester convenio de las partes, o que la ley, excepcionalmente, ordene su pago. No tendría lógica, por lo demás, que la ley presumiera en todo caso intereses de plazo en protección de los comerciantes. Son estos profesionales avisados, expertos, concedores del mercado y de las condiciones financieras imperantes, de suerte que son ellos los llamados a velar por la protección de sus propios intereses pactando réditos en las operaciones y ocasiones en que lo juzguen conveniente. Quienes requerirían protección especial no son los hombres de negocios profesionales, sino quienes, sin serlo, contratan con aquellos. La jurisprudencia posterior se apartó de la tesis de la presunción de los intereses remuneratorios, preconizada por la sentencia de mayo 29 de 1981, al afirmar que tal presunción no existe» (1989)³⁹.

39. SUESCÚN M., J. *Comentarios al régimen de tasas de interés*, cit, pp. 501 y 502.

VI. CORRECCIÓN MONETARIA E INTERESES. DIFERENCIACIÓN E INCORPORACIÓN CUALIFICADA EN ESTE ÚLTIMO CONCEPTO

A diferencia de lo que, *prima facie* pareciera, cumple anotar que, la fenomenología de la corrección monetaria, de la indexación o ajuste de las obligaciones dinerarias, no es ajena, en lo suyo, a la tasación de intereses, sobre todo a raíz de la floración de la inflación y de otros acontecimientos macroeconómicos que, por sus connotaciones intrínsecas, pueden envilecer la moneda y, de paso, el rendimiento del dinero desde una perspectiva nominalista, la cual no puede estimarse absoluta y, por contera, pétrea e inamovible, *per se*, menos en la actualidad, en la que dicha inflación, la que se estimaba controlada –o minimizada–, ha vuelto a tornarse preocupante e incidente a nivel nacional e internacional, particularmente por obra de la «Pandemia», por los conflictos internacionales y por otros factores indicativos de inestabilidad, incertidumbre y volatilidad de los mercados, *v. gr.*: una posible recesión, o a lo sumo una manifiesta desaceleración de la economía global, temática que, en todo caso, independientemente del momento actual, es cíclica, a juzgar por lo sucedido en los últimos tiempos (siglos XX y XXI).

En tal virtud, conviene tener presente que la corrección o indexación en cita, en línea de principio rector, por trascendente que sea, no puede estimarse como un agregado o un *plus* inexorable, amén de orgánico, es decir un aditivo o complemento que, de por sí, debe hacer forzosa presencia autónoma en la fijación sustantiva del *quantum* obligacional respectivo, el que por esa vía, indefectiblemente, tendría la vocación inversa de sobredimensionar –y abultar– la deuda de valor, en contravía de los intereses legítimos del deudor, quien se ha expresado que, inveteradamente, en puridad, no debe reconocer a su acreedor ni un peso más, pero tampoco un peso menos. Balance y equilibrio, de nuevo, son la receta.

En otras palabras, la depreciación, y la corrección monetaria, para nada quiméricas, o remotas, son tozudas realidades que, periódicamente, con mayor o menor severidad, se enseñorean en la economía, ordinariamente internacional, con influjo nacional o local, aun cuando igualmente pueden tener un origen más interno y coyuntural, según cada caso en particular.

En tal orden de ideas, en guarda de la debida razonabilidad cuantitativa, se tiene establecido que tal corrección monetaria, en sí misma considerada, no es un segmento cuántico que, indubitadamente y a raja tabla, debe sumarse al débito, en especial a lo que corresponde a los intereses debidos, como si fuera una categoría arquetípicamente sustantiva que, sin excepción, ensancha, dilata y cualifica el monto de lo adeudado.

Si así fueran las cosas, si esa fuera la constante en la órbita obligacional, estaríamos ante un intolerable e irritante enriquecimiento sin causa –o injustificado–, a todas luces reprobable, porque que la deuda radicada en cabeza del deudor, no es de látex, o si desea de «plastilina», susceptible de moldearse, *in crescendo*, al antojo del acreedor, en franca contraposición de

relevantes e intangibles garantías que abogan por responder por lo real y jurídicamente adeudado: lo justo. *Ex novo*, ni más, sí, pero tampoco menos.

Por tales motivos, frecuentemente se alude a la indexación indirecta, entendida como una actualización monetaria ínsita –o comprendida– en algunas modalidades de intereses (comerciales, y de mora), no en todos, concretamente en la esfera de los llamados intereses civiles que, por su monto y estructura intrínseca (seis por ciento), no comprenden la actualización en comento (indexación).

A juicio de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, efectivamente –con ponencia nuestra–, «1. Según se desprende de la síntesis que se ha hecho de las dos censuras, el aspecto medular de la discusión que ellas plantean, consiste en establecer si el reajuste monetario de las obligaciones dinerarias de carácter mercantil, cuando el deudor está en mora, necesariamente queda comprendido en los intereses moratorios que, por ley, deben ser cancelados al acreedor; o si, por el contrario, éste se encuentra habilitado para reclamar el reconocimiento de la pérdida del poder adquisitivo del dinero con fundamento en el numeral 2.º del artículo 1617 del Código Civil, al margen del componente inflacionario que está ínsito en los aludidos réditos –cuando éste se torne insuficiente–».

«Para dar una respuesta adecuada al señalado tema, resulta menester examinar –delanteramente– las razones que le abren paso al reajuste monetario de ciertas obligaciones dinerarias, para luego considerar los diferentes mecanismos –o metodologías– de ajuste o corrección; la compatibilidad que pueda existir entre los intereses comerciales con la revalorización de la moneda y, finalmente, el alcance que tiene el derecho reconocido –ex lege– al acreedor; de solicitar la reparación del apellidado daño complementario, no comprendido en la tasa de interés[...]».

«2. Como se sabe, para que el pago, concebido como arquetípico modo de extinguir las obligaciones, produzca efectos liberatorios, suficientes para diluir el débito preexistente, debe ser completo, lo que implica que corresponde al deudor hacerlo “bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación” (Art. 1627 CC), comprendiendo no sólo el capital, sino también “los intereses e indemnizaciones que se deban” (inc. 2 Art. 1649 ib.). Este principio: el de la integridad del pago, por regla, presupone que, tratándose de obligaciones dinerarias insolutas, debe existir equivalencia cualitativa –y no simplemente cuantitativa– entre las unidades monetarias entregadas por el acreedor y aquellas con las que el deudor pretende solventar su prestación, si se tiene en cuenta que, como efecto del inexorable, amén de implacable transcurso del tiempo, la moneda se ve afectada –las más de las veces y, particularmente en países con economías deficitarias o inestables– por procesos inflacionarios que erosionan y, por contera, desdibujan su poder adquisitivo [...]».

«Ahora bien, aunque la Corte ha registrado de tiempo atrás la necesidad de indexar –actualizar o revaluar– ciertas obligaciones que se ven afectadas por la inflación (cas. civ. de 24 de abril y noviembre 19 de 1979, entre otras, CLIX, pp. 107 y 321), a dicho reconocimiento no se le apareja que los Jueces puedan

determinar libre y espontáneamente la manera como ese ajuste debe hacerse... En otros términos, los mecanismos de revalorización de las obligaciones no pueden dejarse –en todos los eventos– al fuero del fallador, sino que deben responder, en línea de principio, a unas pautas o directrices de carácter legal o convencional que le confieran seguridad y certeza a las relaciones jurídicas...».

A. *«En efecto, centrada la atención en las pautas de orden legal, se advierten en el ordenamiento jurídico patrio algunas normas expedidas por el legislador, con la inequívoca, amén de explícita finalidad de precisar la manera como debe realizarse el reajuste monetario de una obligación, en orden a proteger el derecho de crédito en cabeza del respectivo acreedor[...]».*

B. *«Pero al lado de esas formas o mecanismos de ajuste de las obligaciones pecuniarias –conocidos como directos, se itera–, también corre pareja la apellidada indexación indirecta, modalidad que presupone que “la deuda dineraria –por regla– sigue aferrada al principio nominalístico, y los índices de corrección se aplican por vía refleja, en situaciones particulares”, una de cuyas principales expresiones es la tasa de interés que incluye la inflación (componente inflacionario) y que, por ende, “conlleva al reajuste indirecto de la prestación dineraria”, evento en el cual resulta innegable que ella, además de retribuir –y, en el caso de la moratoria, resarcir– al acreedor, cumple con la función de compensarlo por la erosión que, ex ante, haya experimentado la moneda (función típicamente dual)... [...]».*

«De allí que cuando el pago, a manera de segmento cuantitativo, involucra el reconocimiento de intereses legales comerciales, no pueden los Jueces, con prescindencia de toda consideración especial, ordenar igualmente el ajuste monetario de la suma adeudada, específicamente cuando los réditos que el deudor debe reconocer son de naturaleza comercial, puesto que, sean ellos remuneratorios o moratorios, el interés bancario corriente que sirve de base para su cuantificación (Art. 884 CCo.), ya comprende, per se, la aludida corrección [...]»⁴⁰.

VII. INTERESES Y ANATOCISMO. LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES EN LOS ÁMBITOS CIVIL Y COMERCIAL. SU PROSCRIPCIÓN GENERALIZADA A RAÍZ DE SU CARÁCTER USURARIO, Y SU PROCEDENCIA CONDICIONADA

El anatocismo, igualmente conocido como una práctica encaminada a que los intereses, a su vez, generen nuevos intereses en el circuito jurídico-económico, está ligado a la temática *sub examine*, lo que justifica su sumario escrutinio, máxime cuando, en principio, no está autorizada irrestrictamente –y sin freno– en el marco del Derecho colombiano, precisamente por traducirse –en ciertos supuestos– en lesiva de los derechos del deudor, en sentido amplio consumidor del crédito y, por esa vía, *in casu*, constitutiva de abusividad y de correlativa erosión de su dignidad, imponiéndose entonces comprensibles restricciones que la inhiban, o condicionan, según

40. Colombia. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 19 de noviembre de 2001.

el caso, aun cuando es cierto que la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, en los últimos años, se ha mostrado más abierta y menos abrasiva a dicha capitalización en concretas situaciones, por estimarla de recibo, aunque con convenientes salvaguardas, para no generalizar su procedencia plena o ilimitada, justamente por las supraindicadas razones.

Al fin de cuentas, el anatocismo –propriadamente dicho– es una de las prácticas usurarias más caracterizadas en el mercado y en el tráfico jurídico de vieja data, de suyo «...considerada secularmente como una de las manifestaciones más graves de la usura», según lo memoró el profesor OSPINA FERNÁNDEZ⁴¹.

Expresado en términos más precisos, el anatocismo, *ab origine*, está proscrito en el régimen civil nacional (arts. 1617 y 2235, CC) y condicionado, en su eficacia, al cumplimiento de concretos presupuestos en el régimen comercial –o mercantil– (art. 886, CCo). Lectura ésta que, como anotamos en precedencia, es fruto de la bifurcación patrocinada por la convergencia de los códigos civil y comercial, a nuestro juicio realmente inconveniente, *a fortiori* tratándose de la materia de obligaciones y contratos, urgida de unificación, en aras de evitar lecturas binarias, no siempre armónicas y unitarias, según sucede, justamente, respecto al tema del anatocismo: prohibido en lo civil, y permitido, *sub conditione*, en lo mercantil, lo que no quiere significar, aun cuando finalmente aquél procediera, que no se deben respetar límites objetivos en lo tocante con el monto de los intereses, en aras de brindar una efectiva protección a la persona del deudor, y no conculcar sus derechos y su dignidad.

Y ello así, pues aún en ese específico supuesto (validez), tales barreras se deben observar, en procura de no lesionar los legítimos derechos y prerrogativas del deudor, conforme lo ha advertido claramente la jurisprudencia colombiana, se reitera por su alcance y significado.

Efectivamente, tal y como lo memoró la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana –con ponencia nuestra– (sentencia del 19 de noviembre de 2001), «*Con el nombre de anatocismo, del griego “anatokismós”: repetición de un producto (reduplicación de un rédito), se conoce el fenómeno en virtud del cual los intereses, aunados –o amalgamados– al capital primigenio que los produjo, pueden a su turno generar intereses (mutación financiera), circunstancia que, in radice, se encuentra proscriba en el ordenamiento civil colombiano (arts. 1617 y 2235 CC), identificada –en el tópico– con la generalidad de los lineamientos trazados en el Derecho romano clásico y postclásico (Nulla modo usurae usurarum a debitoribus exigantur. Digesto 22, 1. 29 y 42, 1. 27; Codex, Lib. IV. Tit. XXXII, num. 28), no así en lo que atañe con la codificación mercantil, dueña de un régimen divergente, según se corroborará en líneas subsiguientes*».

«*Tal restricción, de ostensible carácter tuitivo, que se erige como explícita prohibición en el contrato civil de mutuo por el temor a estimular la usura (Art. 2235 CC.), así como de evitar la desbordada y lesiva aceleración del quantum*

41. OSPINA FERNÁNDEZ, G. *Régimen general de las obligaciones*, cit, p. 304.

adeudado, hunde sus raíces en el plausible e impoluto propósito de evitar el abuso por parte de algunos acreedores frente a sus deudores, quienes, antaño, es bien conocido, quedaban expuestos –incluso– a perder su libertad si no solucionaban su deuda, finalidades éstas que el Derecho canónico medieval –y con él, el francés antiguo–, acentuaron en su momento, hasta el punto de extender la veda al préstamo de dinero remunerado, postura que posteriormente fue abandonada por el derecho revolucionario galo, no sólo para habilitar el mutuo oneroso, sino también el llamado anatocismo (anatocisme), aunque limitado –eso sí– a los “intereses debidos a lo menos por un año entero”, siempre que medie demanda judicial o convención, circunstancia que explica el contenido del artículo 1154 del Código Civil Francés..., influido por el memorado ideario».

«El propio codificador, Don Andrés Bello, modificando la orientación de los proyectos de 1841 y 1846 –muy probablemente en consideración al contenido del artículo 1652 del proyecto de Código Civil español de 1851, elaborado por Don Florencio García Goyena, en el que se permitía el anatocismo–, posibilitó expresamente en el proyecto de 1853, que se causaran réditos sobre intereses, siempre que hubieren “transcurrido diez años desde la demanda” (regla 4.ª, Art. 1738). Sin embargo, retomando la dirección que señalaban sus iniciales proyectos, terminó prohijando la aludida concepción restrictiva y protectora de estirpe romana en el denominado Proyecto Inédito, la que aparece tatuada en el numeral 3.º del actual artículo 1617 del Código Civil –Art. 1559 CC Chileno–, conforme a la cual “Los intereses atrasados no producen intereses”, reiterada luego como diáfana prohibición de estipularlos en el contrato de mutuo (Art. 2235 CC), separándose de este modo de la codificación francesa, entre varias que aceptaban el anatocismo, con arreglo a prefijadas circunstancias».

«Empero, el ordenamiento mercantil –como se anunció–, haciendo menos hincapié en los aludidos motivos de contenido ético y moral que otrora sirvieron para justificar la prenotada limitación, a fuer que –en el punto– permeado por las legislaciones francesa, española e italiana, entre múltiples ordenamientos modernos que se enrolan en la tendencia de legitimar la procedencia de la figura en cuestión, así sea sub conditione, y considerando, además, que la actividad mercantil por su naturaleza es típicamente lucrativa y que el préstamo de dinero, in concreto, suele obedecer a exigencias connaturales al proceso de producción, más que a la necesidad del consumo propiamente dicho –con las excepciones de rigor–, consagró una regla bien diferente, permitiendo el anatocismo en las obligaciones mercantiles “desde la fecha de la demanda judicial del acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento”, siempre que se trate de intereses pendientes, esto es, “aquellos que sean exigibles, es decir, los que no han sido pagados oportunamente” (Art. 1 Dec. 1454/89), y que se adeuden con un año de anterioridad (Art. 886 CCo)».

«Bajo estos específicos presupuestos, entonces, la capitalización de intereses que, en últimas, es en lo que medularmente se traduce el apellidado anatocismo, se encuentra hoy por hoy permitida cuando de obligaciones mercantiles se trata (anatocismo comercial: Art. 886 CCo). Más aún, en el caso específico de los establecimientos de crédito, la ley los habilita para utilizar –en las

operaciones de largo plazo– sistemas de pago que la contemplen (nral. 1 Art. 121 Dec. 663/93 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), excepción hecha de aquellos créditos otorgados para la adquisición de vivienda (C. Const. Sent. C-747/99) –al igual que en el régimen civil, como se acotó– [...]»⁴².

VIII. USURA Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL COBRO EXCESIVO E INDIGNO DE INTERESES. LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR-CONSUMIDOR Y EL RESPETO POR SU ESPECÍFICA CONDICIÓN DE DEBILIDAD

1. GENERALIDADES

En un todo de acuerdo con la legislación colombiana, se tiene decantado que el cobro excesivo de intereses es una situación de hecho (*quaestio facti*) que acarrea trascendentes consecuencias en Derecho, de tal suerte que no es anodina –o neutra–, por cuanto se trata de una fenomenología atentatoria de caras garantías del deudor-consumidor, constitutivas de abuso, ventajismo y de un diáfano y aleve atentado contra sus derechos, incluido el sacrosanto valor-derecho de la dignidad humana, puesto que, por la dinámica de las circunstancias, termina sojuzgado, vulnerado, vejado y lesionado.

Concretamente, situándolo en unas condiciones que no son condignas con su carácter de obligado, toda vez que una cosa es deber legítimamente ('debito») y, en tal virtud, adeudar una determinada suma de dinero (obligación dineraria), y otra terminar sometido –casi «exclavizado»– al pago de intereses tan elevados, indignos y ruinosos que, se tornan desconsiderados y desequilibrados, a la par que incontrovertiblemente injustos, comprometiendo su patrimonio, en sí mismo ya afectado con severidad, y a otros atributos que se erosionan cuando se conculca la consabida dignidad. De tanta relevancia, es cierto, tratándose de derechos y obligaciones de contenido e incidencia social y económica, según sucede en un Estado social de Derecho, y Colombia lo es, como tal refractario al sometimiento, a la explotación, a la humillación, a la desesperanza –y desesperación– y a la injusticia y al maltrato contractual.

Tales consecuencias jurídicas, de ordinario son de dos tipos: civiles –o de Derecho privado– y penales, con autonomía, sustantividad y autogobierno, aun cuando podrían igualmente caer las de índole administrativa, por vía de ejemplo multas impuestas por parte de la autoridad de control competente, en el caso de las entidades financieras la Superintendencia Financiera –antes Superintendencia Bancaria–.

2. SECUELAS CIVILES

Las secuelas civiles –o de Derecho privado, y financiero–, que son las que prevalentemente interesan para los fines del presente escrito, están

42. Colombia. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 19 de noviembre de 2001.

disciplinadas, en lo esencial, por el Código Civil, por el Código de Comercio, y por la Ley 45 de 1990, y lo están, en su genuina esencia, como expresión del orden público en su proyección binaria: orden público de protección, y orden público de dirección, por cuanto la problemática de los topes o límites de las tasas de interés, en efecto, es una temática sensible que, indubitablemente, interesa al Estado y a la sociedad, en general, incluida la visión jurídico-económica (orden público económico).

En materia civil (Código Civil), el artículo 2231 del CC, en sede del «contrato de mutuo o préstamo de consumo», prescribe que, «El interés convencional que exceda de una mitad al que probare haber sido el interés corriente al tiempo de la convención, será reducido por el juez a dicho interés corriente, si lo solicitare el deudor».

El artículo 884 de la codificación mercantil—modificado en su momento por la Ley 510 de 1999—, en cambio, es del siguiente tenor: «Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990».

Dicho artículo 72 de la citada Ley 45 de 1990 («Sanción por el cobro de intereses en exceso»), por su parte, dispone que, «Cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual. En tales casos, el deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, más una suma igual al exceso, a título de sanción. Parágrafo. Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, cuando se trate de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, ésta velará porque las mismas cumplan con la obligación de entregar las sumas que de conformidad con el presente artículo deban devolverse».

Así las cosas, es incontrovertible que en Colombia el cobro excesivo e ilegal de intereses, en sede patrimonial civil (Derecho privado), tiene asignados puntuales y drásticos efectos, *rectius* sanciones para nada triviales, adjetivas o menores, en razón de que aquellos podrán reducirse, o en su caso perderse, vale decir que, en tales hipótesis, no habría fundamento alguno para su estipulación, o cobro pleno.

Manifestado de otro modo, el acreedor, por el hecho del establecimiento, o cobro excesivo en comento, *in toto*, carecería de causa jurídica plena para pretender su ulterior reconocimiento económico y, por ende, de legitimidad para iniciar alguna acción con dicho propósito. De hacerlo, empero, el deudor podría esgrimir como válida —y también potísima— defensa la referida: (i) reducción, o (ii) pérdida, que en ambos supuestos es de origen legal (*ope legis*).

Hay entonces que distinguir el régimen aplicable, como se anticipó, toda vez que el corolario no será el mismo, tratándose de la codificación civil, y la comercial y financiera: la reducción (o la adecuación judicial), o la pérdida de los intereses, respectivamente.

Es así como en punto tocante con el contrato de mutuo civil, por expreso designio *legis*, la sanción a imponer por el exceso, a términos del art. 2231 del CC (al igual que del art. 1601, en lo pertinente), respecto del apellidado «interés convencional», se itera, será la reducción, habida consideración que «El interés convencional que exceda de una mitad..., será reducido por el juez a dicho interés corriente, si así lo solicitare el deudor» (se destaca), reducción que, bien entendida, en el fondo, equivale a una sanción, a un reproche con efectos indiscutidos: nada menos que no tener derecho al exceso, tanto que por ello es procedente la disminución, como correlativa reacción del ordenamiento jurídico a una conducta inadecuada, antijurídica e ilegal.

Mientras que de cara a lo estipulado por el artículo 884 del Código de Comercio, y por el art. 72 de la Ley 45 de 1990, en lo suyo, la secuela aplicable será la pérdida de los intereses, y no su reducción generalizada, respuestas que pese a su significado y entidad, no son iguales, siendo más severa aquella que ésta última, lo cual puede ser indicativo del celo y de la importancia asignada por el legislador mercantil, y financiero, en procura de evitar el abuso y la lesión de intereses de los deudores, de ordinario en estado de manifiesta indefensión o debilidad (art. 13, Constitución Política).

La pérdida total de los intereses, por consiguiente, es pues más radical, amén de terminal, sin la posibilidad de que los intereses se disminuyan o rebajen, en lo correspondiente, o de que se atenúe –dulcifique o morigere– su *quantum*, comoquiera que la disminución o la rebaja normativamente no está contemplada fuera del régimen del Código Civil, en cuyo caso ninguna autoridad, v:gr: el juez, estaría incontrovertiblemente legitimado para ello en los restantes ámbitos⁴³.

Y se dice que es una pérdida total, efectivamente, habida consideración que ese es el designio *legis*, ajeno a la pérdida parcial, o limitada, como algunos pudieran llegar a estimar, respetuosamente sin consultar ni el auténtico espíritu normativo –ya anunciado–, ni el texto legal mismo, que es diamantino: la pérdida de «todos los intereses».

Afirma el profesor MENDOZA RAMÍREZ que, una lectura del citado tenor, «...resulta inadmisibile..., porque la norma...establece como sanción

43. Diáfana, sobre el particular, es la Exposición de Motivos de la citada Ley 45 de 1990, con fundamento en la cual: «Prevé el artículo 72 las sanciones por el cobro de intereses en exceso, precisando que se trata de la pérdida de los mismos y no de su reducción, además de hacer más gravosa la situación del acreedor abusivo al sancionarlo con una suma igual al monto del exceso cobrado por este concepto. Igualmente se aclara que la devolución de los intereses pagados más una suma igual al exceso, procederá de manera inmediata tan pronto lo solicite el deudor, de suerte que la mora en el incumplimiento de esta obligación le acarreará al acreedor inicial las sanciones de ley» (se destaca).

la pérdida de todos los intereses. Venimos sosteniendo que, cuando la ley se refiere a “todos los intereses”, nos está indicando, en tanto no se hace ninguna excepción, que comprende los ya pagados y los por pagar, los causados y los por causar. En otras palabras, que el efecto contra el acreedor es el de ver reducida su acreencia a un interés de cero»⁴⁴.

Pero además de la pérdida de los intereses en cuestión, de por sí significativa, la Ley 45 de 1990 agrega otra secuela individual para el acreedor: el reconocimiento de «...una suma igual al exceso, a título de sanción», por manera que, en puridad, no es una sino dos las sanciones en sede comercial (Derecho privado): de un lado, la precitada pérdida de los intereses –que obviamente en otras condiciones cuantitativas el acreedor tendría derecho a ellos– y, del otro, la fijación o establecimiento de una obligación dineraria en cabeza del titular del crédito equivalente «...al exceso», lo que no impide que la autoridad competente, en sus dominios, imponga sanciones administrativas, se reitera.

Es de señalar que si el deudor previamente había pagado los intereses a su acreedor en franco quebranto de los límites objetivos correspondientes, éste «...podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, más una suma igual al exceso, a título de sanción», conforme lo esclarece el mencionado artículo 72 (Ley 45 de 1990), el que *expressis verbis* le confiere tal prerrogativa (sustancial y procesal), reiterativa de su real pertinencia.

Sin embargo, vale la pena tener en cuenta que, de conformidad con la normatividad patria, no es necesario, para que procedan las sanciones correspondientes, en lo suyo, que el deudor haya reconocido y desembolsado el monto de los intereses –excesivos–. Bastará, en principio, que el acreedor los cobre, y no que los reciba efectivamente, que es cosa diversa. El verbo rector *ex lege*, en tal orden de ideas, es el de «cobrar», y no el de «pagar», según se desprende del contenido del art. 884 del Cco, y del artículo 72 de la Ley 45 de 1990, ya transcritos.

Tanto es así que este último precepto prescribe que, «Cuando se *cobren* intereses que sobrepasen los límites fijados...», lo que igualmente, en puridad, podría hacerse extensivo a su fijación originaria (*prius*), según fuere el caso, puesto que no sólo es cuestionable cobrarlos (actuación refleja), sino también fijarlos o establecerlos *ex ante*, sobre todo desde una perspectiva genuinamente protectoria del deudor-consumidor, particularmente en la actualidad, en la que campea razonablemente una cosmovisión más tuitiva, que no se acompañaría con las lecturas refractarias respecto de lo que, en realidad, hoy escolta al nuevo orden contractual, en el que el deudor es el sujeto llamado a ser especialmente protegido, a términos del artículo 13 de la Constitución Política (débil o frágil a raíz de la asimetría negocial), en asocio de las normas del Derecho del consumo, tanto en el ámbito financiero (consumidor financiero), como a nivel general (consumidor) del siglo XXI.

44. MENDOZA RAMÍREZ, A. *Obligaciones*, cit., p. 671.

Queda claro entonces que en el Derecho colombiano, a diferencia de lo que acontece en algunas latitudes, no es menester iniciar un proceso declarativo de nulidad, a fin de procurar que la administración de justicia la decrete, como remedio para conjurar el cobro excesivo y usurario de intereses por parte del acreedor, en perjuicio evidente del deudor, vía ésta que, de no mediar efectivamente la adoptada por el Código de Comercio, y luego por la Ley 45 de 1990 y por la Ley 510 de 1999 (normas especiales), estimamos como posible, habida cuenta que, en teoría, estarían dadas las condiciones para que procediera dicha declaratoria de nulidad por objeto ilícito, encaminada a proteger los intereses del deudor abusado.

Con todo, no sobra reiterar que la vía o el camino de la nulidad entre nosotros, no fue el adoptado en la codificación civil, ni en la comercial (Código de Comercio), ni en la financiera (Ley 45 y Ley 510), sino el de la reducción, o en la pérdida de los intereses a título de sanción, según ya se expresó (en su orden, en virtud de la aplicación de las normas civiles, y de las comerciales), sumada a la secuela complementaria de reconocer una suma igual equivalente al exceso de los intereses por parte del deudor lesionado (abusado).

Flaco favor se la haría al áureo principio –o paradigma– protectorio, a la brigada proteccionista en torno al más frágil, urgido y débil (asimetría), por consiguiente, si la abusividad, el aprovechamiento del estado de necesidad y la inexperiencia, el ventajismo indebido y, en fin, la usura, no tuvieran ningún eco y, por ello, rechazo por el ordenamiento jurídico, cualquiera que él fuera. Ello, sin ambages, se traduciría en un mensaje incoherente y profundamente contradictorio con los postulados que, en buena hora, con equilibrio y mesura, reivindicaban la salvaguarda de la persona del deudor, y de su correlativa dignidad humana.

3. SECUELAS PUNITIVAS

Finalmente, en el campo penal, como se anticipó, igualmente el cobro excesivo de intereses tiene establecidas relevantes y visibles sanciones, en prueba de la importancia asignada a la materia en cita, en particular al indiscutido reproche que la ley y la sociedad le hacen a dicha conducta, para nada edificante, sino oprobiosa, socavante y grave, en atención al significado conferido al bien jurídico tutelado en la órbita punitiva: «El orden económico social» (Título XII, Código Penal).

Sobre el particular, dispone el artículo 305 del Código Penal: «Usura. El que reciba o cobre, directa o indirectamente, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios

mínimos legales mensuales vigentes. El que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en los términos y condiciones previstos en este artículo, incurrirá en prisión de tres (3) a siete (7) años y multa de cien (100) a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes».

En este orden de cosas, en Colombia la usura es un tipo penal, un delito propiamente dicho que es sancionado con pena privativa de la libertad de dos a cinco años, el que se activa a raíz del recibo de una utilidad o ventaja excesiva, pero también del simple cobro, del tal modo que no es indefectible que el deudor desembolse los intereses, según tiene igualmente lugar en relación con el tratamiento civil (Derecho privado), conforme se observó.

Tal delito de usura, tiene o puede tener dos concretas fuentes: un préstamo de dinero (mutuo), o la venta de bienes y servicios a plazos, según lo corrobora el aludido art. 305 del CP, ampliando su correspondiente espectro.

Como lo ha puesto de manifiesto la Corte Suprema de Justicia (Sala Penal), a manera de compendio de lo expresado, y en guarda a efectuar algunos puntuales comentarios alrededor del delito de usura, «... *la conducta punible de usura configura un tipo penal en blanco, en tanto que para su estructuración se hace necesario acudir al concepto de interés bancario corriente que para el periodo correspondiente estén cobrando los bancos, a partir de la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria –o Financiera, como se denomina hoy–*».

«Se concluye, igualmente, que el núcleo esencial de este delito es el recibo o cobro de utilidades que excedan en la mitad el interés legalmente permitido en razón de préstamos de dinero, venta de bienes o servicios a plazo, o –ajeno al evento que nos ocupa– compra de cheques, sueldos, salarios o prestaciones sociales. El complemento normativo es la certificación de la Superintendencia Bancaria (Financiera) de Colombia acerca del monto de interés legalmente permitido para el periodo correspondiente, que en el estatuto penal vigente se refiere al interés bancario corriente».

«De ahí que la consumación en el ilícito de usura opera con el recibo o cobro del interés excesivo, al margen, en el último evento, de que se verifique el pago efectivo y de la forma seleccionada por el acreedor para llevarlo a cabo, ya que puede optar por realizarlo directamente o recurrir al ejercicio de la acción civil, siendo irrelevante, de igual manera, que lo haga por sus propios medios o que para el efecto acuda a terceras personas, o camufle la operación de cobro, dando pie a lo que doctrinariamente se conoce con el nombre “usura paliada o encubierta”»⁴⁵.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALIGHIERI, D. *La Divina Comedia*, con notas de Paolo Costa adicionadas por D. Manuel Aranda y Sanjuan, Empresa Editorial la Ilustración, 1871.

45. Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 12 de diciembre de 2012.

- ARRUBLA PAUCAR, J. A. *Contratos mercantiles*, T. I, Diké, Medellín, 2004.
- BARCELÓ COMPTE, R. «La ruptura del equilibrio inicial del contrato: la ventaja injusta», en *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, 2017.
- BONET CORREA, J. *Las deudas de dinero*, Civitas, 1981.
- CABANELAS, G. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, T. VIII, Editorial Heliasta, 1981.
- CARDENAL FERNÁNDEZ, J. *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Montecorvo, 1977.
- CUBIDES CAMACHO, J. «La regulación debe consultar la realidad económica (Intervención del Estado en las tasas de interés)», en *Las obligaciones dinerarias*, Cámara de Comercio de Bogotá, 1987.
- *Obligaciones*, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez, 2012.
- DE LA FUENTE LINACERO, M. *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico: la ventaja injusta*, Tirant lo blanch, 2019.
- DÍAZ RAMÍREZ, E. *Las tasas de interés en Colombia*, Temis, 2014.
- Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, Real Academia Española, Madrid, 2017.
- EMILIANI ROMÁN, R. *Conferencias de obligaciones*, Temis, 1980.
- ESOP. *Las fábulas de Esopo. Versiones latinas de Fedro, Aviano, Aulo Gellio*, etc., Madrid, 1871. No 3.
- GINÉS CASTELLET, N. «La ventaja o explotación injusta, el futuro?». «Derecho contractual», en *InDret*, 4, 2016.
- GÓMEZ CALLE, E. «El ventajismo, nuevo vicio de la voluntad en la propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil», en *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. II, UAM Ediciones, 2019.
- GÓMEZ DUQUE, A. «El interés comercial», en *Instituciones de Derecho Comercial Colombiano*, Colegio de Abogados de Medellín, Cámara de Comercio de Medellín y Diké, 1987.
- HINESTROSA, F. «El principio del pacta sunt servanda y la estipulación de intereses», en *Contexto*, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- JARAMILLO JARAMILLO, C. I. *La modernización de derecho privado en Colombia. Codificación, dispersión legislativa, descodificación y recodificación del Derecho Civil y Comercial*, Universidad Javeriana y Editorial Temis, 2020.
- *La modificación sobreviniente de las circunstancias y la revisión de los contratos en la posmodernidad*, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez, 2021.
- *El abuso del derecho y su proyección en los ámbitos civil y procesal civil. Perfiles de la conducta abusiva e inobservancia del deber de obrar de buena fe.*, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez, 2019.

– *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, Universidad Javeriana, Universidad de Perugia y Grupo Editorial Ibañez, 2016.

– *Trilogía contractual*, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez, 2023.

JIMÉNEZ VALDERRAMA, F. *Curso de obligaciones*, Legis, 2019.

LLAMBÍAS, J. J. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, T. II-A, Editorial Perrot, 1982.

MARTÍNEZ, N. H. *Cátedra de derecho bancario colombiano*, Legis, 2000.

MASNATTA, H. y BACIGALUPO, E. *Negocio usurario. Ilícito civil y delito de usura*, Astrea, 1972.

MENDOZA RAMÍREZ, A. *Obligaciones*, Universidad de La Sabana y Editorial Temis, 2020.

MOLINER, M. *Diccionario de uso del español*, Gredos, Madrid, 2000.

MOSSET ITURRASPE, J. *Medios compulsivos en derecho privado*, Ediar, 1978.

OSPINA FERNÁNDEZ, G. *Régimen general de las obligaciones*, Temis, Bogotá, 1980.

PERLINGIERI, P. «Relazione conclusiva», en *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, Giuffrè Editore, 2006.

RAMÍREZ BAQUERO, E. «Indemnización compensatoria e indemnización moratoria de perjuicios», en *Derecho de las obligaciones*, t. II, Vol. I, obra coordinada por la profesora MARCELA CASTRO DE CIFUENTES, Universidad de los Andes y Editorial Temis, 2010.

SUESCÚN MELO, J. «Comentarios al régimen de tasas de interés», en *Derecho privado. Estudios de Derecho civil y comercial contemporáneo*, T. I, Universidad de los Andes y Legis, 2003.

YÁÑEZ VIVERO, F. «El abuso de las asimetrías contractuales en la posmodernidad líquida», en *Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber Amicorum*, Tirant lo blanch, 2019.

Crónicas de Jurisprudencia

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 12 de diciembre de 2012.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 19 de noviembre de 2001.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 19 de noviembre de 2001.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de septiembre de 1937.

Colombia. Ley 45 de 1990.