



Análisis de la constitucionalización de la actividad bancaria en Colombia.

Sandra Altuzarra Zapata

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Privado

Tutor

Sandra Eliana Cataño Berrio, Doctora en Derecho

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Privado
Medellín, Antioquia, Colombia
2024

(Altuzarra Zapata, Sandra Bibiana, 2024)

Referencia

Altuzarra Zapata, Sandra Bibiana. (2024). Análisis de la constitucionalización de la actividad bancaria en Colombia, 2024 [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

Estilo APA 7 (2020)



Especialización en Derecho Privado, Cohorte XI



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decano/Director: Ana Victoria Vásquez Cárdenas.

Jefe departamento: Cristian Guardia López.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Resumen

El propósito de este artículo es analizar la constitucionalización de la actividad bancaria en Colombia en el período 1992-2008. Para ello, se realiza un estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en relación con la constitucionalización de la actividad bancaria, en dicho período, lo cual permite identificar los criterios que ha definido la Corte Constitucional de Colombia para la aplicación directa de la Carta Política a las relaciones contractuales entre entidades financieras y consumidores. Lo anterior, se realiza con apoyo en diferentes fuentes bibliográficas, entre las que se destacan las sentencias proferidas por la Corte Constitucional de Colombia, y la doctrina especializada en la materia. Se concluye que, existen limitaciones a la libertad contractual en las relaciones contractuales entre entidades financieras y consumidores, a la luz de la protección de derechos y principios constitucionales.

Palabras Clave: (i) 1. Actividad bancaria; (ii) 2. Asimetría contractual; (iii) Constitucionalización de derecho privado; (iv) Contratos de adhesión; (v) Indefensión consumidores financieros; (vi) Servicio público.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the constitutionalization of banking activity in Colombia in the period 1992-2008. To this end, a study of the jurisprudence of the Constitutional Court of Colombia is carried out in relation to the constitutionalization of banking activity, in said period, which allows identifying the criteria that the Constitutional Court of Colombia has defined for the direct application of the Political Charter for contractual relationships between financial entities and consumers. The above is done with support from different bibliographic sources, among which the sentences issued by the Constitutional Court of Colombia stand out, and the specialized doctrine on the matter. It is concluded that there are limitations to contractual freedom in contractual relationships between financial entities and consumers, in light of the protection of constitutional rights and principles.

Keywords: (i) 1. Banking activity; (ii) 2. Contractual asymmetry; (iii) Constitutionalization of private law; (iv) Adhesion contracts; (v) Defenselessness of financial consumers; (vi) Public service.

Introducción

La Corte Constitucional fue creada por la actual Constitución Política, vigente desde el 7 de julio de 1991; a esta Honorable Corte se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Magna, por esta razón, es importante realizar el análisis de la jurisprudencia que la Corte Constitucional de Colombia desarrolló en relación con la constitucionalización de la actividad bancaria, en el período 1992-2008.

Teniendo en cuenta que, la actividad bancaria es fundamental para el desarrollo social y económico del país, el cual despliega actividades catalogadas como servicio público, encontrando que dicho servicio se realiza a través de las relaciones comerciales que se configuran con los particulares o consumidores, quienes se encuentran en una relación naturalmente hegemónica y que, conforme el artículo 86 de la Constitución Política, vía acción de tutela, se puede buscar el equilibrio de la relación desigual que se configura cuando se vulneran sus derechos. }+

Con base en lo anterior, es de suma importancia analizar cuáles han sido los criterios que ha definido la Corte Constitucional de Colombia para la aplicación directa de la Carta Política a las relaciones contractuales entre entidades financieras y consumidores donde se encuentra una clara existencia de unas limitaciones a la libertad contractual en las relaciones contractuales entre entidades financieras y consumidores, a la luz de la protección de derechos y principios constitucionales.

De acuerdo con las premisas anteriores, las líneas argumentativas a construir en este artículo especializado se desarrollarán a partir de la siguiente estructura:

En primera instancia, se caracterizará el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado. Más adelante, se sistematizarán las sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con la constitucionalización de la actividad bancaria en Colombia, en el período 1992- 2008. Finalmente, se expondrán los criterios que ha definido la Corte Constitucional de Colombia para

la aplicación directa de la Carta Política a las relaciones contractuales entre entidades financieras y consumidores.

Con ello, a modo de conclusión, se podrá esclarecer cuales son las circunstancias en las cuales, como resultado de relaciones contractuales entre entidades financieras y consumidores, se aplica de manera directa de la Carta Política a través de la acción de tutela en los asuntos donde es necesario proteger derechos fundamentales en búsqueda del equilibrio de la relación desigual que se configura.

1. Características del fenómeno de la constitucionalización del derecho privado

El fenómeno de la constitucionalización del derecho privado genera muchas discusiones y pasiones tanto positivas como negativas, puesto que existe confusión y temor sobre su alcance y eficiencia, teniendo en cuenta que el derecho privado ha sido catalogado como un recurso violentamente disputado por agentes económicos, con un contenido normativo comprendido en códigos y que su regulación le corresponde, por excelencia, a la autonomía privada y la resolución de sus disputas, de manera primordial, a la jurisdicción civil.

Así mismo, se han clasificado aspectos relevantes del derecho privado como son: que sus asuntos tratan de relaciones entre iguales, se habla de las utilidades de los individuos regidos por la sociedad económica o de mercado y que tienen al contrato como su mayor instrumento para permitir la libre regulación de las relaciones entre particulares y la regulación de sus intereses. Por ello, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha tomado como referencia tres aspectos que ayudan a determinar cuándo una controversia es de materia privada, los cuales son: cuando se trata de una cuestión contractual, cuando se trata de un problema de mercado o económico y cuando versa sobre un problema entre agentes iguales. (Calderón, 2010, pág. 12)

Aunque dichos parámetros están claros, se puede observar cómo el derecho privado se ve permeado en la medida en que se restringe la libertad de los contratantes, cambiando el asunto de esencia privada y mutando en litigios constitucionales. Precisamente de la actividad bancaria se ha debatido sobre la oponibilidad de los derechos fundamentales en relaciones de naturaleza contractual o pre contractual, la contravía de las cláusulas al orden público y las buenas costumbres,

evidenciando la forma en que los asuntos de los privados pueden ser relevantes en el ámbito constitucional.

Se hace necesario recordar el origen de este fenómeno como resultado de la realidad colombiana, la cual ha sido impactada por la violencia, una política tradicional y la pérdida de eficacia de las instituciones frente al auge y fortalecimiento de narcotráfico. El 5 de febrero de 1991 se instaló la Asamblea Nacional Constituyente, la cual dio origen a la actual Constitución Política y que de ella nace la Corte Constitucional de Colombia la cual, conforme el artículo 241 de la Carta magna, cuyo objetivo principal es velar por la integridad y supremacía de la Constitución y garantizar la protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía y se crea como mecanismo de defensa judicial la acción de tutela en pro de dicha salvaguarda.

De esta manera el momento álgido del fenómeno constitucional se observa cuando el derecho privado toca aspectos relacionados con principios constitucionales y derechos fundamentales, que genera una tensión a la cual se debe dar solución, teniendo en cuenta que, gracias a la autonomía privada, la vía ordinaria es la llamada a conocer de sus asuntos, mientras que, los usuarios amparan sus peticiones en normas constitucionales mediante la acción de tutela, por lo cual se puede dar estudio y trámite a lo allí solicitado, lo que indica que, aunque la fuente del problema es el contrato, se debe actuar y resolver conforme a la Constitución y la ley (Calderón, 2010, pág. 15).

Existiendo la necesidad de realizar una evaluación desde diferentes perspectivas al momento de estudiar la constitucionalización del derecho privado en Colombia, pues, no existe un vínculo o un aspecto relacional estrictamente fijado entre la constitucionalización y una situación particular, porque esta incide de diferentes formas en conflictos del derecho privado, pero, observando finalmente la construcción de un ordenamiento normativo constitucionalizado del derecho privado.

Así mismo, es importante que la constitucionalización del derecho privado integre las normas sobre el papel. Las normas en acción, las palabras y las conductas, esto permitirá determinar “cuál es la medida jurídicamente debida de la constitucionalización del derecho privado y establecer cuál ha sido, de manera efectiva, el grado de constitucionalización del derecho privado en Colombia (Calderón, 2010, pág. 35).

Así mismo, es de suprema importancia reconocer el papel del derecho privado, que ha tomado la delantera de las ciencias jurídicas como consecuencia de su adaptación y evolución a lo largo de la historia, por esta razón ha mantenido sus instituciones acopladas a las necesidades del momento, infundiendo profundos cambios sociales y aportando al desarrollo del derecho constitucional a partir de conceptos como la noción de orden público, el interés general, el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa y el deber de buena fe.

Como consecuencia de esto, es un reto para la legislación del derecho privado que deberá tener cambios en dos grandes ámbitos gracias a la Constitución política en los desarrollos legislativos (la constitucionalización legislativa del derecho privado) y la interpretación de los jueces de los códigos imperantes (la constitucionalización judicial del derecho privado) (Arrubla, 2010, pág. 1-2).

Los cambios en la teoría jurídica mediante la constitucionalización del derecho han ofrecido la visión de un sistema más realista, a través del neoconstitucionalismo, el cual, respalda el proceso de la constitucionalización del derecho vigente.

No obstante, se advierten peligros potenciales en Colombia gracias a la constitucionalización del derecho privado en los siguientes aspectos:

- 1. Sobre la interpretación de la Constitución:** efecto de irradiación de la Constitución en el ordenamiento jurídico, la sobreinterpretación que pretende que la Carta Política está en todas las soluciones jurídicas, imponiendo su aplicación y dejando sin lugar la aplicación de otras normas, incluidas el contrato, donde se propone para dicho riesgo un constitucionalismo moderado.
- 2. El debilitamiento del poder legislativo y de la ley:** en el marco de un Estado constitucional, la ley y el órgano que la produce entra en crisis, como consecuencia de la carga de valores, se genera un riesgo al crear un desequilibrio en el juego de poderes a favor del Tribunal Constitucional.
- 3. El debilitamiento de la democracia:** se advierte sobre la usurpación judicial de la voluntad popular, bajo el ropaje de la interpretación constitucional.
- 4. El nuevo iuspositivismo ideológico constitucional:** otro peligro que se advierte con el neoconstitucionalismo es que se tiene como bueno o justo, de manera absoluta, lo que

se dicta en la norma constitucional, donde se da un gran salto de “la soberanía de los Estados” a la “soberanía de la Constitución”. (Arrubla, 2010, pág. 5).

5. **La des-normatización del derecho:** gracias a la descodificación y la principalización del derecho, se vuelve al particularismo jurídico, pero se puede concebir minimizar las normas como resultado de un entusiasmo exagerado por los principios que cada vez toman más fuerza, siendo preciso una interpretación amplia y suficiente del jurista para que el derecho no decrezca y con ello seguir desarrollando su capacidad crítica.
6. **La hipermoralización del derecho:** se percibe como un riesgo ya que la moral puede rebasar el derecho.
7. **La prescindencia del silogismo deductivo judicial:** el neoconstitucionalismo, por medio de su principalística, procede a reemplazar los procesos lógicos deductivos por la argumentación, dejando de lado las estructuras que forman el razonamiento que impone el racionalismo.
8. **La pérdida de la seguridad jurídica:** gracias al neoconstitucionalismo se diluye la seguridad jurídica, pues esta es desplazada por el principio de equidad, confiando en la razón justa del juzgador quien debe ser capaz de armonizar principios y valores por encima de la seguridad jurídica.
9. **El problema de fuentes:** se plantea que, a partir de la Constitución de 1991 se vive una crisis del sistema de fuentes en el derecho colombiano, pues se atribuye a la Carta Política, desde el neoconstitucionalismo, ser el todo en el derecho y su jurisprudencia fuente principal del derecho, a las demás fuentes se le indilga la característica de “proyecto de derecho”, condicionado a lo que dicten los jueces constitucionales quienes confirman o corrigen su producto desde lo que dicta la Constitución.
10. **La absorción por el derecho de toda la ética social:** “no hay espacio para otra ética social que la consagrada por el derecho y, en especial, la consagrada por la constitución”. (Arrubla, 2010, pág. 8).
11. **La politización del poder judicial:** la clase política y otros grupos de interés encontraron por medio de la acción de tutela contra las providencias judiciales la vía para penetrar en las decisiones de la justicia.

12. El poder judicial como poder administrador: el poder judicial permea los poderes legislativo y ejecutivo, los cuales se ven interferidos por lo que prescribe la Constitución, que a veces resulta imposible atender. Entonces, es el momento de analizar el proceso de constitucionalización en algunos temas del derecho privado para determinar sus aciertos y peligros (Arrubla, 2010, pág. 8).

En definitiva, la Corte Constitucional ha sido contundente al indicar que, los conflictos contractuales entre particulares no pueden resolverse vía tutela. Sin embargo, se ha observado como ésta ha generado nuevas decisiones sobre el tema financiero las cuales han creado tensiones, con ocasión a la protección de derechos fundamentales, en temas como la financiación de la vivienda, la prohibición del cobro de intereses sobre intereses en préstamos de vivienda, la capitalización de intereses y el trámite del proceso hipotecario, entre otros.

Procurar cerrar este acápite realizando una transición al siguiente. Podría ser con un párrafo como el siguiente:

Ahora bien, surge la necesidad de analizar, a continuación, una serie de sentencias proferidas por la Corte Constitucional, sobre la actividad bancaria en Colombia, con el fin de comprender los criterios que permiten una aplicación directa de principios constitucionales y derechos fundamentales, en procura de corregir posibles fallas del mercado, asimetrías contractuales y lograrla protección de los derechos constitucionales de personas vulnerables.

2. Sistematización de las sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con la constitucionalización de la actividad bancaria en Colombia, en el período 1992- 2008.

En este capítulo se desarrollará la sistematización de las sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con la constitucionalización de la actividad bancaria en Colombia, en el período 1992- 2008 en bloques temáticos que atienden a seis criterios, a saber: el servicio público; los derechos fundamentales a la seguridad social y al pago oportuno de los pensionados; la autonomía de la voluntad privada; la procedencia de la tutela contra particulares y la relación de subordinación o indefensión; la conexidad entre derechos fundamentales, libertades económicas y contractuales; y el derecho fundamental de petición.

2.1 El servicio bancario como servicio público:

En la Sentencia T-443/92 el accionante "SINTRABANCOL" solicitó la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo y a la asociación sindical.

Para La Corte Constitucional era necesario establecer si el servicio bancario era considerando servicio público, además, se debía analizar si dicho servicio era esencial para los efectos de establecer si constitucionalmente resultaba improcedente la huelga o no.

En esta sentencia se tomaron en cuenta las siguientes definiciones del servicio público así: el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo lo define como "toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas". (Corte Constitucional, 1992, sentencia T-443/92).

La doctrina ha fijado índices que permiten establecer cuándo una actividad adquiere el carácter de servicio público¹, gracias al carácter de servicio público de la actividad bancaria, la Corte Constitucional decidió no tutelar los derechos invocados por el accionante.

En otras sentencias como la SU-157/99, SU-167/99, T-215-03, T-763-05 y C-860-06 entre otras, se puede observar cómo la Corte considera la actividad bancaria, una actividad de servicio público basado en criterios como:

- El papel fundamental que tiene la actividad bancaria en una comunidad económicamente organizada dentro de un sistema de mercado, asimismo, el buen funcionamiento del sistema financiero es indispensable para el desarrollo económico y la estabilidad social.
- El artículo 335 de la Constitución Política establece que la prestación del servicio bancario, como parte integrante de la actividad financiera, es de interés público.
- La actividad bancaria tiene la doble calificación, además de ser una actividad que compromete el interés público es un servicio público.
- Lo dictado en el artículo 86 inciso 5° de la Constitución, donde se establece que la acción de tutela procede contra aquellos particulares que se encuentren encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o

respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, y en los casos que la ley establezca.

- La relación de la calidad del servicio público, continuidad y obligatoriedad que son de su esencia.

2.2 Derechos fundamentales a la seguridad social y al pago oportuno de los pensionados:

En la sentencia T-025-95 los accionantes Clemente Meneses López, Tiburcio Loret Negrete Y Martín J. Esquivel Camargo, solicitaron la protección de los siguientes derechos fundamentales: derecho a subsistir y al disfrute pleno de la pensión de jubilación.

La Corte Constitucional consideró que los derechos invocados son fundamentales y aún más, cuando se trata de personas de la tercera edad, además, la negativa por parte del Banco del Estado al no acatar las órdenes de embargo emanadas, pese a los requerimientos que se le hicieron, empeora la situación. Por lo anterior, la Corte Constitucional decidió conceder la tutela.

Asimismo, en la sentencia T-133/05 el accionante Martín Galezzo Rocha solicitó la protección de los siguientes derechos fundamentales: vida digna, mínimo vital, integridad física, libre desarrollo de la personalidad, salud y seguridad social.

Pese a que los bancos indicaron los motivos por los cuales no se vulneraron los derechos fundamentales del accionante, la Corte Constitucional consideró que, no es admisible las justificaciones dadas pues sí son responsables del pago de los ex trabajadores e indica sobre el sistema de turnos para acceder a la solución de las obligaciones laborales que, si esto se hace de manera indefinida se considera una vulneración de los derechos fundamentales. Finalmente, La Corte Constitucional decidió tutelar los derechos del accionante.

2.3 La autonomía de la voluntad privada

En la sentencia T-763-05 El accionante Pedro Enrique García Romero solicitó la protección de los derechos fundamentales a la libertad de cultos e igualdad.

En este caso la Corte Constitucional consideró que, la libertad contractual está limitada en virtud del servicio público que los bancos prestan, por lo tanto, la determinación de no contratar no puede derivarse de razones no objetivas o caprichosas de la entidad, debido a la función pública

que desempeñan, no pueden afectar desproporcionalmente los derechos fundamentales. Toda legislación, incluso la que surge de los contratos, está sometida a la Constitución. Por tanto, la Corte Constitucional decidió conceder la tutela y proteger los derechos fundamentales a la personalidad jurídica e igualdad del accionante.

Así mismo, en la sentencia T-099/97 el accionante Enok Enrique Camargo Deluque solicitó la protección de derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación, honra, presunción de buena fe, trabajo y debido proceso.

La Corte Constitucional estudió si la dificultad encontrada por el solicitante para abrir una cuenta afecta el interés colectivo encontrando que, el interés colectivo no incluye a quien va a abrir una cuenta bancaria, teniendo en cuenta que, esta actividad es personal y no colectiva y que, esta actividad se ubica dentro de los parámetros del derecho comercial. Se concluye que, la actuación que origina el presente proceso, independientemente del tipo de contrato que rijan la relación entre las partes, es un acto realizado por una sociedad de economía mixta, en desarrollo de su actividad comercial (Art. 461, C de Co.). Por lo anterior, la Corte Constitucional decidió declarar improcedente la acción de tutela. Del mismo modo, en la sentencia T-329/08 la accionante Martha Cecilia Calle Robledo (Un Dólar Ltda.) solicitó la protección de los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad.

La Corte Constitucional consideró que, los bancos tienen la facultad de decidir a quién prestar sus servicios, basándose en la autonomía de la voluntad privada, siempre y cuando esa decisión esté fundamentada en criterios objetivos y razonables. En este caso, la negativa del Banco Popular a abrir la cuenta corriente se acredita legítima. Por lo anterior, la Corte Constitucional decidió no tutelar los derechos solicitados.

También, se observa en la sentencia SU-167/99 como el accionante Francisco Jairo Barreneche Gómez solicitó la protección de derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, dignidad humana y derecho a acceder a los servicios financieros en igualdad de condiciones.

La Corte Constitucional consideró en esta ocasión que la inclusión de una persona en la lista Clinton como una causal objetiva para negar el acceso al sistema financiero y dar por terminados los contratos bancarios celebrados con nacionales colombianos. Asimismo, indica que, la actividad bancaria goza de autonomía negocial, pero esta puede verse limitada en función de los derechos fundamentales de los clientes, reitera que, la actividad financiera, es de interés público.

En consecuencia, se limita el radio de acción de la libertad contractual, la cual está limitada por mandato constitucional y se materializa cuando su ejercicio lesiona el núcleo esencial de los derechos del cliente.

La Corte decidió negar la protección de los derechos titulados, sin embargo, ordena al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Defensor del Pueblo para que inicien las gestiones necesarias para presentar las acciones pertinentes ante las autoridades judiciales o administrativas competentes de los Estados Unidos de América destinadas a proteger los derechos del accionante.

De igual manera, en la sentencia T-468/03 el accionante Copservir Ltda. solicitó la protección de los derechos fundamentales al reconocimiento de la personalidad jurídica, libertad económica, igualdad, buen nombre, libertad de empresa y trabajo.

La Corte Constitucional reafirmó que las entidades bancarias tienen la libertad de decidir con quién establecer relaciones comerciales, pero esta autonomía no es absoluta. Deben respetarse los derechos fundamentales de los usuarios del sistema financiero; especialmente, cuando existe una posición de desigualdad entre las partes. En este caso, es deber del estado colombiano proveer las condiciones necesarias para la adecuada defensa de las personas incluidas en la lista Clinton.

Finalmente, la Corte decidió negar la protección de los derechos tutelados y en cuanto la Defensoría del Pueblo, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, seguir asesorando al accionante, en las actuaciones que ésta decidió adelantar directamente y por su propia cuenta ante las autoridades competentes de los Estados Unidos.

2.4 Procedencia de la tutela contra particulares – relación de subordinación o indefensión

En la sentencia T-602/98 la accionante María Herlinda Moncada Ramírez solicitó la protección de los derechos al trabajo, a la honra y al debido proceso.

La Corte Constitucional evaluó la procedencia de la acción de tutela en contra de una entidad privada, (sucursal bancaria Bancafé), encontrando en este caso, el estado de indefensión de la accionante, porque no tenía otro medio para recibir su salario. Además, la Corte subrayó la importancia del derecho al salario oportuno; especialmente, en el caso de educadores, la retención indebida del salario afecta gravemente el derecho al trabajo que está protegido por la Constitución, igualmente consideró que Bancafé no debió retener el salario sin un proceso legal adecuado, el

banco debía haber limitado su acción a suspender la tarjeta débito, pero no podía bloquear indefinidamente la cuenta sin antes haber iniciado una acción civil o penal. Con base en lo anterior, la Corte Constitucional confirmó las decisiones judiciales que ordenaban la devolución de los salarios retenidos, con su respectiva indexación o corrección monetaria debido al retraso.

De la misma manera, en la sentencia T-520/03 el accionante Jurgen Huelsz solicita la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, la protección del Estado, la igualdad, la protección integral a la familia y la solidaridad.

La Corte Constitucional consideró que el secuestro es un evento de fuerza mayor que exime de responsabilidad a las personas secuestradas frente a sus obligaciones contractuales (pago de deudas). También indica que, exigir a una persona secuestrada cumplir con obligaciones financieras es desproporcionado, dada su incapacidad física y legal para hacerlo. De igual manera, reflexiona sobre la solicitud que se hace a las víctimas de secuestro de probar que este fue imprevisible e irresistible, según los estándares ordinarios, es una carga excesiva ya que las personas no pueden prever o evitar un secuestro, por lo que no deberían estar obligadas a demostrarlo. La Corte reiteró el principio de solidaridad que obliga tanto al Estado como a los particulares a brindar la protección y el apoyo a las personas en situación de vulnerabilidad, como son los secuestrados.

Conforme a ello, la Corte decidió conceder la protección de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad del demandante.

Igualmente, en la sentencia T-170/05 los accionantes, que pertenecen a una familia donde hay menores de edad, solicitaron la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, asistencia humanitaria del menor, salud y vida.

La Corte Constitucional tuvo en cuenta lo que se ha indicado desde la Constitución y otras sentencias sobre los particulares que prestan un servicio público e indican que la actividad bancaria es un servicio público que está vinculado con los principios de buena fe y solidaridad, los cuales deben ser reconocido y aún más cuando hay personas afectadas por el virus del SIDA lo que generó una tragedia familiar en todos los sentidos incluyendo el económico, tanto así que, debieron acceder a los servicios médicos a través del régimen subsidiado. Al mismo tiempo, la apoderada de la entidad bancaria sabía de la difícil situación y no hizo nada, tratando a la accionante de una manera

discriminatoria y siguió adelante con la acción ejecutiva sin considerar la situación de vulneración en la que se encontraban. La Corte Constitucional decidió tutelar los derechos de los demandados.

2.5 Conexidad entre derechos fundamentales, libertades económicas y contractuales.

En la Sentencia SU-157/99 los accionantes Gilberto Gaviria Posada y Luis Enrique Villalobos Castaño solicitaron la protección de los derechos a la personalidad jurídica y a la igualdad.

La Corte Constitucional reconoció que las entidades financieras, aunque sean privadas, prestan un servicio público esencial. Esto implica que están sujetas a la tutela cuando vulneran derechos fundamentales de los usuarios; del mismo modo, la negación de servicios financieros sin justificación razonable genera un estado de indefensión que afecta el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad.

En este caso, la inclusión en la Lista Clinton, no constituye en sí una razón suficiente para bloquear los servicios financieros a los demandantes, sin embargo, saben lo que significaba para la Banca Colombiana no acatar las medidas contra el narcotráfico desplegadas con dicha lista.

La Corte Constitucional decidió negar la protección de los derechos tutelados. Sin embargo, ordenó al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Defensor del Pueblo para que inicien las gestiones necesarias para presentar las acciones pertinentes ante las autoridades judiciales o administrativas competentes de los Estados Unidos de América, en busca de restablecer los derechos de los accionantes.

En la Sentencia T-1008/05 el accionante solicitó la protección de los derechos fundamentales al trabajo, debido proceso y libertad de empresa.

La Corte consideró que, Incocrédito, a pesar de no ser una entidad bancaria propiamente dicha, sí representa a los sistemas de tarjetas en las investigaciones de seguridad relacionadas con los establecimientos afiliados. Por ello, tiene legitimación pasiva en esta acción de tutela, lo que significa que puede ser demandada para proteger los derechos fundamentales del accionante.

Finalmente, la Corte Constitucional decidió que la acción de tutela es improcedente en este caso, ya que se trata de una controversia contractual que debe resolverse ante la jurisdicción ordinaria. La Corte aclaró que las entidades bancarias pueden terminar unilateralmente contratos si existen bases objetivas que justifiquen la pérdida de confianza en la relación contractual.

2.6 Derecho fundamental de petición

En la Sentencia T-693/00 la accionante Teresa Esmeralda Gutiérrez Lozano solicitó la protección del derecho fundamental de petición.

La Corte Constitucional consideró la procedencia de la tutela contra entidades privadas, aunque Citibank es una entidad privada presta un servicio de interés público. Esto otorga a los usuarios una posición vulnerable frente a la entidad, por lo que el derecho de petición puede ser protegido mediante la acción de tutela.

Por esta razón, la Corte Constitucional decidió conceder la tutela por violación del derecho de petición.

Asimismo, en la sentencia T-419/04 el accionante José Agustín López solicitó la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, la igualdad, los derechos de los niños, los derechos fundamentales de petición y libertad.

La Corte razonó que, cuando una entidad bancaria le exige el pago de su obligación sin considerar los efectos que tiene la condición de desplazado se vulneran los derechos fundamentales alegados por este, pues este desconocimiento rompe el deber de solidaridad frente a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, indicando que es deber del Estado o de los particulares acudir con la ayuda necesaria, dentro de la órbita de su competencia.

Igualmente se consideró que, aunque ha habido respuesta del Banco, ésta no resolvió lo realmente solicitado por el demandante y es en este punto donde la Corte encuentra que se presenta la violación del derecho fundamental de petición.

Por lo anterior, la Corte Constitucional decidió conceder la tutela, con el fin de proteger únicamente el derecho de petición del señor López vulnerado por la entidad financiera y ordenó a la entidad dar respuesta oportuna teniendo en cuenta la condición del actor de pertenecer a la población desplazada por la violencia y también sus condiciones económicas.

3. Exposición de los criterios que ha definido la Corte Constitucional de Colombia para la aplicación directa de la Carta Política a las relaciones contractuales entre entidades financieras y consumidores

En la jurisprudencia constitucional podemos encontrar cómo se han fijado límites al intercambio libre y a la autonomía privada, ganando así el nombre de la jurisprudencia de los intercambios forzosos; la intervención en los intereses de los agentes privados es un factor que crea preocupación, pues se imponen nuevos valores para comprender los casos tratados, creando así una visión diferente de la Constitución y el papel del Estado.

Es importante entender cómo los prestadores del servicio bancario basan sus reglas en el Código Civil y el Código de Comercio, en los cuales tiene reconocimiento el ejercicio de la autonomía privada, como pilar de la actividad negocial, reconociendo así a la jurisdicción ordinaria como la llamada a resolver los conflictos que emerjan sobre su actividad, como forma de intercambio del derecho privado y los límites que a ella se le establezcan deben provenir de la ley, ser excepcionales y solo debe tratar comportamientos extremos (Calderón, 2010, pág. 74).

Sin embargo, lo anterior se transforma cuando la constitucionalización actúa al tratar la desigualdad de sus relaciones contractuales, poniendo en un lugar poco importante el contrato que es considerado pilar fundamental de su actividad. Observando de esta manera, el desarrollo de una línea jurisprudencial a la luz de la Constitución, donde se enmarca la actividad bancaria como un servicio público, lo que origina una constitucionalización, en sede judicial, con base en la desigualdad, a través de la acción de tutela contra particulares (Calderón, 2010, pág. 74).

Existe claramente debate sobre dar la categoría de servicio público a la actividad bancaria, la mayoría de las decisiones de la Corte Constitucional vinculan a las entidades bancarias como prestadoras de un servicio público, lo que hace procedente la acción de tutela al momento de resolver controversias sobre el debido proceso, el derecho de petición, la reliquidación de créditos, entre otros; sin embargo, dentro de la Corte también se han generado tensiones, por lo que se hace necesario conocer si todas las actividades que desarrollan las entidades bancarias se constituyen en un servicio público o no.

Aunque de manera general la actividad bancaria es considerada en su totalidad como un servicio público, de manera posterior la Corte creó límites para tal calificación, ya que su

intervención entre particulares se puede extender solo cuando se adviertan escenarios de desigualdad material y cuando ocurra la vulneración de un derecho fundamental producto de la prestación del servicio público, pues, si el asunto es meramente contractual, este debía ser resuelto ante la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, la acción de tutela es el mecanismo específico consagrado en el artículo 86 la Constitución para la protección de los derechos fundamentales, además, se establece que la acción de tutela procederá solo cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial o como mecanismo transitorio cuando se quiere evitar un perjuicio que sea irremediable. De igual manera, la ley establecerá en qué casos la tutela opera en contra de los particulares que prestan un servicio público, que exista una afectación al interés colectivo, estado de subordinación o indefensión (Julio, 2000, pág. 228)

Ésta se encuentra regulada en la Ley 2591 de 1991 y en su artículo 42 se enumeran los casos en los que opera dicha acción en contra de los particulares. No obstante, a partir de la sentencia C 134 de 1994 se observa cómo se puede utilizar la acción de tutela en contra de cualquier violación de los derechos fundamentales y en la actualidad solo se necesita que dicho evento concuerde con el artículo 86 de la Constitución, esto es, que el particular preste un servicio público, la afectación grave o directa del interés colectivo o la situación de subordinación o indefensión para que esta acción opere.

Como consecuencia de la ruptura de la igualdad que se presenta entre los particulares, cuando uno de estos presta un servicio público, encontrándose en una posición de supremacía, la Corte ha establecido unas reglas para determinar la procedencia de la acción de tutela en contra de los particulares que prestan un servicio público, como se expone a continuación.

3.1. El requisito procesal de la acción de tutela

Para que la acción de tutela proceda en contra de un particular se requiere que esta sea el procedimiento indicado, se debe tener también en cuenta la subsidiariedad de esta, la cual permite que la acción de tutela sea definitiva o transitoria, empero, en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 se establecen las causales de improcedencia de la acción de tutela donde se instituye que, no basta solo con la inexistencia de otro medio de defensa judicial, sino que se requiere que ese medio sea eficaz para proteger el derecho fundamental, entonces, la Corte se ocupó de este requerimiento

e indicó que este otro medio de defensa judicial debe ser sencillo, rápido y efectivo para que pueda configurarse de manera válida frente la acción de tutela y los cuales se valoran en cada caso concreto (Julio, 2000, pág. 263-265).

3.2. El particular cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo

Tal como lo indica Julio (2000)

“Cabe acción de tutela cuando la conducta del particular afecte grave y directamente el interés colectivo vulnerando derechos fundamentales de un asociado o de un conjunto de ellos. Si no se vulneran derechos fundamentales no procede la acción de tutela y habrá que recurrir a las acciones populares” (pág. 239).

Además, la afectación al interés colectivo debe ser grave y directa, en este sentido, se ha evidenciado que dichas afectaciones se generan en diferentes tipos de eventos como son: cuando las conductas del particular constituyan un abuso de las facultades legalmente otorgadas, cuando se halla en ejercicio de una actividad legítima y cuando hay colisión de derechos fundamentales.

3.3. Estado de indefensión o subordinación

Ha indicado la Corte Constitucional que la indefensión es relacional y ésta se debe analizar en cada caso, para determinar el tipo de vínculo que exista entre la persona y el particular y solo cuando dicha relación se caracterice por la indefensión o la subordinación procederá la acción de tutela, teniendo en cuenta que esta herramienta se utiliza como instrumento reparador de las desigualdades fácticas en pro de conseguir igualdad entre las partes (Julio, 2000, pág. 244-245).

Igualmente, se ha hecho énfasis en que, por la naturaleza relacional de la indefensión, la parte débil puede o no tener medios de defensa a su disposición, no obstante, por la sola naturaleza de ser la parte débil se configura el estado de indefensión, dando así gran amplitud al alcance de la acción de tutela en estos eventos.

Sobre la subordinación, la Corte Constitucional ha indicado que esta se debe a una relación jurídica de dependencia, pero esta no necesariamente deriva de un orden jurídico o social, sino de una situación de naturaleza fáctica donde la persona afectada en su derecho carezca de defensa, planteando como ejemplos de subordinación: las relaciones laborales, los hijos menores de edad

respecto de los padres, las juntas administradoras de los conjuntos residenciales (Julio, 2000, pág. 246).

3.4. La tutela contra particulares y la autonomía privada

Se ha observado que la Corte ha tenido como regla general la negación de procedencia de la acción de tutela en el ámbito de las relaciones contractuales, la cual se ha visto reflejada reiteradamente, sin embargo, ha habido excepciones a esta regla cuando se está frente al concepto de conexidad, en algunas ocasiones la Corte ha dado trámite a la acción de tutela cuando existe conexidad, por ejemplo, con derechos colectivos ya que se logra observar un estado de indefensión frente al demandado.

Así mismo, se ha observado que la Corte ha encontrado procedente dar trámite a la acción de tutela en contra de particulares encargados de prestar el servicio bancario y ha indicado que la tutela es el medio idóneo para la efectiva, concreta e inmediata defensa del derecho fundamental amenazado o violado.

Analizando las características del contrato (de adhesión), la posición dominante de las entidades prestadoras del servicio frente a los consumidores, encontrando entonces que, siempre que resulten amenazados o vulnerados derechos fundamentales derivados de una relación con una notoria desigualdad entre las partes contratantes, se podrá ampliar el alcance de la acción de tutela frente a relaciones contractuales entre particulares.

4. Conclusiones

En este artículo se observa como la tutela ha sido la forma efectiva de buscar salvaguardar los derechos fundamentales de los consumidores, como la parte débil de la relación contractual bancaria, y las tensiones que se han generado con ocasión de la constitucionalización de esta actividad. La Corte Constitucional colombiana ha sido contundente al indicar que los temas sobre los conflictos contractuales entre particulares no pueden resolverse vía tutela. Sin embargo, se ha observado cómo ésta ha generado decisiones sobre el tema bancario cuanto se trata de la protección de derechos fundamentales.

En la sistematización de las sentencias de la Corte Constitucional, relacionadas con la constitucionalización de la actividad bancaria en Colombia en el período 1992- 2008, se evidencia como en los temas sobre la seguridad social, pensionados, la procedencia de la tutela contra particulares en la relación de subordinación o indefensión y el derecho fundamental de petición, la Corte ha protegido de manera más contundente al consumidor, al considerarlo la parte más débil de estas relaciones contractuales, y se tutelan los derechos fundamentales vulnerados; sin embargo, en cuanto a las sentencias que tratan sobre la autonomía privada y la conexidad entre derechos fundamentales, libertades económicas y contractuales, la Corte es mucho más prudente y deja clara la libertad que tienen los bancos para contratar y también resalta la prevalencia de los derechos colectivos sobre los derechos individuales en las sentencias de la lista Clinton, teniendo en cuenta lo que implicaría para la banca y la economía colombiana no acatar lo solicitado por el gobierno de Estados Unidos.

Se concluye que de la Corte Constitucional de Colombia ha definido unos criterios claros para la aplicación directa de la Carta Política a las relaciones contractuales entre entidades financieras y consumidores, los cuales versan sobre el particular que presta un servicio público, teniendo en cuenta que la protección de derechos vía tutela es subsidiaria y se puede conceder cuando existe una desigualdad material y/o una vulneración de derechos fundamentales como consecuencia de dicha prestación, limitando su alcance cuando el asunto es meramente contractual, el cual se debe resolver ante la jurisdicción ordinaria.

Es interesante plantear la evolución de la constitucionalización del derecho privado en Colombia, en el sentido de que esta actúa cuando hay acciones que van en contravía de los derechos fundamentales y los deberes constitucionales permitiendo que la parte más débil de la relación sea protegida vía acción de tutela. Asimismo, es interesante analizar la forma en que la parte fuerte apela a la autonomía privada, que se plasma dentro de los contratos, para intentar desconstitucionalizar el asunto, cuando es claro que no es meramente un papel o una obligación, sino que son las circunstancias particulares y que lo cambiante de la vida invitaría a tener un poco más de flexibilidad, e incluso humanidad, para intentar dar solución a las controversias venideras, esto sin deslegitimar el derecho que se tiene de satisfacer el objeto del contrato.

Finalmente, es inevitable que exista tensión entre la Constitución y la ley, teniendo en cuenta la importancia de la actividad bancaria para cualquier sociedad, empero, estos dos pilares

deben trabajar de la mano para sacar adelante las controversias que se generen, incluso para prevenirlas y, por supuesto, para propiciar un escenario en el que el servicio bancario sea más justo, competitivo, seguro y eficiente para Colombia.

Referencias

Arrubla J.A. (Julio - diciembre de 2010). *La constitucionalización del derecho privado*.

Nuevo Derecho (5), 7.

Calderón, J.J. (2010). *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Editorial Temis.

Corte Constitucional de Colombia. (8 de julio de 1992). *Sentencia T-443/92*. (MP José Gregorio Hernández Galindo). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-443-92.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (01 de febrero de 1995). *Sentencia T-025/95*. (MP Antonio Barrera Carbonell). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-025-95.htm#:~:text=La%20Corte%20Constitucional%20ha%20reconocido,reajuste%20peri%C3%B3dico%20de%20las%20pensiones>.

Corte Constitucional de Colombia. (04 de marzo de 1997). *Sentencia T-099/97*. (MP Alejandro Martínez Caballero). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-099-97.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (22 de octubre de 1998). *Sentencia T-602/98*. (MP Carlos Gaviria Díaz). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-602-98.htm#:~:text=T%2D602%2D98%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Acci%C3%B3n%20de%20tutela%20contra%20la,contra%20de%20una%20sucursal%20bancaria>.

Corte Constitucional de Colombia. (10 de marzo de 1999). *Sentencia SU-157/99*. (MP Alejandro Martínez Caballero). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU157-99.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (17 de marzo de 1999). *Sentencia SU-167/99*. (MP Alejandro Martínez Caballero). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU167-99.htm#:~:text=En%20referencia%20al%20derecho%20al,ingreso%20a%20la%20actividad%20bancaria>.

-
- Corte Constitucional de Colombia. (12 de junio de 2000). *Sentencia T-693/00*. (MP Álvaro Tafur Galvis). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-693-00.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (05 de junio de 2003). *Sentencia T-468/03*. (MP Rodrigo Escobar Gil). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-468-03.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (26 de junio de 2003). *Sentencia T-520/03*. (MP Rodrigo Escobar Gil). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-520-03.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (06 de mayo de 2004). *Sentencia T-419/04*. (MP Alfredo Beltrán Sierra). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-419-04.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (17 de febrero de 2005). *Sentencia T-133/05*. (MP Manuel José Cepeda Espinosa). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-133-05.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (25 de febrero de 2005). *Sentencia T-170/05*. (MP Jaime Córdoba Triviño). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-170-05.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (21 de julio de 2005). *Sentencia T-763/05*. (MP Marco Gerardo Monroy Cabra). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-763-05.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (05 de octubre de 2005). *Sentencia T-1008/05*. (MP Rodrigo Escobar Gil). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-1008-05.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (10 de abril de 2008). *Sentencia T-329/08*. (MP Rodrigo Escobar Gil). <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2008/T-329-08.htm>
- Julio Estrada, Alexei (2000). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Universidad Externado de Colombia.