



LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ENTIDADES FINANCIERAS Y/O BANCARIAS*

The origin of the guardianship action against financial and/or banking entities

Jorge Luis Leones Torres**

Jorge Luis Restrepo Pimienta***

Rodrigo Alberto Plazas Estepa****

Recepción: 3 marzo de 2022. Aceptación: 16 de febrero de 2023.

DOI: <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2023.v34.a146>

RESUMEN

La acción de tutela es un mecanismo de protección y garantía de los derechos constitucionales fundamentales. Su procedencia se encuentra delimitada por lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política Nacional y Desarrollado por el Decreto 2591 de 1991 y por los reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional que sobre la materia se han expedido. Específicamente, la Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial relacionada con la procedencia de la acción de tutela contra particulares que prestan un servicio público, encuadrándose dentro de esta temática lo relacionado con la procedencia de la acción de tutela contra entidades bancarias y/o financieras, quienes por ostentar un grado de superioridad en la relación contractual con

* Artículo de investigación producto del proyecto investigación titulado: Significación del trabajo decente en la regulación jurídica de la tipología de relaciones de trabajo, convocatoria interna para fortalecimiento de grupos de investigación con herramientas para la creación, la innovación y la investigación – 2021, ejecutado dentro del Grupo INVIUS avalado por la Universidad del Atlántico y en desarrollo de la estrategia de articulación interinstitucional con el Grupo de Investigación, Derecho Laboral, Económico & Estado, de la Corporación Universitaria Republicana.

** Abogado. Doctorando en Derecho, Universidad Santiago de Cali. Magister en Derecho Administrativo, y Especialista en Derecho Procesal. Docente universitario, litigante y consultor jurídico. <https://orcid.org/0009-0001-8417-6470>, jorgeleonestorres@hotmail.com

*** Abogado, MCs en Derecho. PhD en Derecho. Docente, Universidad del Atlántico, <https://orcid.org/0000-0002-6285-7793>, jorgerestrepo@mail.uniatlantico.edu.co

**** Abogado y Magister en Derecho Privado, Universidad Sergio Arboleda. Doctorando en Derecho UBA. Estudiante de Doctorado en Derecho UBC. Docente, Facultad de Derecho y director del Centro de Investigaciones, Corporación Universitaria Republicana. <https://orcid.org/0000-0002-8319-2743> rodrigo plazas@urepublicana.edu.co

los usuarios, pueden llegar a cometer abusos o tomar decisiones que afecten derechos fundamentales constitucionales.

Si bien han existido algunos pronunciamientos del máximo órgano constitucional, no existe un trabajo académico de fácil comprensión entre la sociedad común que permita identificar con precisión cuándo procede la acción de tutela contra este tipo de particulares que prestan un servicio bancario y financiero, por lo que se hace necesario abordar el tema de estudio, para lo cual delimitaremos inicialmente, conceptualmente la acción de tutela, posteriormente se explicará su procedencia contra particulares y luego a partir de un razonamiento inductivo, se identificará su procedencia contra las entidades bancarias y financieras, logrando evidenciar cuáles son las situaciones problemáticas que pueden generar la violación de derechos fundamentales y cuáles son los derechos usualmente más vulnerados o amenazados a partir de una revisión documental y jurisprudencial.

Palabras clave: acción de tutela, derechos constitucionales, derechos fundamentales, procedencia, entidad bancaria, jurisprudencia, personalidad jurídica, igualdad, servicio público.

ABSTRACT

The guardianship action is a mechanism for the protection and guarantee of fundamental constitutional rights. Its origin is delimited by what is established in article 86 of the national constitution, and developed by Decree 2591 of 1991 and by the repeated pronouncements of the Constitutional Court that have been issued on the matter. Specifically, the constitutional court has developed a jurisprudential line related to the origin of the protection action against individuals who provide a public service, framing within this issue what is related to the origin of the protection action against banking and/or financial entities, who, by showing a degree of superiority in the contractual relationship with users, may commit abuses or make decisions that affect fundamental constitutional rights.

Although there have been some pronouncements from the highest constitutional body, there is no easily understandable academic work among ordinary society that makes it possible to accurately identify when the protection action is appropriate against this type of individuals who provide a banking and financial service, for which reason It is necessary to address the subject of study, for which we will initially delimit the guardianship action conceptually, later its origin against individuals will be explained and then, based on inductive reasoning, its origin will be identified against banking and financial entities, managing to demonstrate what are the problematic situations that can generate

the violation of fundamental rights and what are the most violated or threatened regulatory rights based on a documentary and jurisprudential review.

Key words: Guardianship action, constitutional rights, fundamental rights, provenance, banking entity, jurisprudence, legal personality, equality, public service.

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991 en Colombia, se otorgaron a los asociados un conjunto de prerrogativas, derechos y garantías que anteriormente no se encontraban en la Constitución Política de 1886. Esto encuentra sentido, en el entendido que Colombia, pasó de ser un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho, donde el accionar del aparato estatal es aún mayor y propende por buscar la garantía y efectividad real de los derechos de los colombianos.

Según la Corte Constitucional (Sentencia T 406, 1992) el hecho de que Colombia se haya convertido en un Estado Social de Derecho tiene una implicación notaria en la actividad estatal y en las garantías que el Estado debe entregarles a las personas; esto con el fin de que no solamente se convierta en una muletilla retórica que le dé un toque de filantropía a la palabra Estado en el texto de la constitución, sino una aplicación real de los derechos y garantías otorgadas a los conciudadanos.

Es en este sentido que, se introduce por primera vez en Colombia el mecanismo de protección constitucional de los derechos fundamentales, con mayor aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano: La acción de tutela.

La acción de tutela, es un mecanismo de defensa judicial y de protección constitucional que busca salvaguardar los derechos fundamentales consagrados en la constitución política y en aquellos instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad.

Este mecanismo se ha implementado y a través de su desarrollo normativo se especificó que la procedencia de la acción de tutela contra particulares, se podría utilizar cuando estos presten un servicio público o cuando su conducta afecte grave o directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Es así, que la Corte Constitucional, como máxima guardiana de la constitución política ha desarrollado una línea jurisprudencial, con relación a la procedencia

de la acción de tutela contra las entidades bancarias y financieras, debido a que estas se consideran particulares que presentan un servicio público y que, por su posición dominante frente a los clientes o usuarios, realizan todo tipo de actuaciones abusivas que pueden conllevar a transgredir derechos fundamentales constitucionales.

Actuaciones como cancelación unilateral de cuentas o productos financieros, descuentos no autorizados, suscripción de documentos sin información o consentimiento del cliente, negarle la posibilidad al cliente de ingresar al sistema financiero por apreciaciones subjetivas, entre otras, pueden considerarse abusivas y pueden conllevar a la vulneración flagrante de derechos fundamentales.

DISCUSIÓN

El proyecto de investigación titulado “la procedencia de la acción de tutelas contra entidades financieras o bancarias”, constituye una iniciativa académica que tiene un carácter sociojurídico y un enfoque eminentemente cualitativo. La discusión se centra en un método descriptivo y analítico inductivo, que busca generar un impacto significativo en la sociedad, siendo este artículo un manual que le permita al ciudadano común acudir a una guía académica que de manera sencilla le exprese cuándo se encuentra en una situación violatoria de sus derechos fundamentales, producto de una actuación abusiva de una entidad bancaria o financiera en el país. Por ende, no solo son simples reflexiones teóricas, sino que se busca establecer una ruta o guía práctica que le permita al ciudadano identificar de manera fácil cuándo puede acudir a la acción de tutela como mecanismo de protección ante este tipo en particular.

El objetivo general de esta investigación, consiste en identificar con precisión en qué casos procede la acción de tutela cuando nos encontramos frente a la violación o amenaza de derechos fundamentales producto del abuso del sistema bancario que actúa desmedidamente, amparándose de manera temeraria en la voluntad negocial que la ley les otorga para celebrar sus contratos de derecho privado.

Entre los objetivos específicos encontramos, *primero*, describir conceptualmente la acción de tutela y su marco jurídico o normativo; *segundo*, explicar la procedencia de la acción de tutela contra particulares partiendo de un estudio meramente documental y argumentativo; *tercero*, identificar de manera precisa cuáles son las situaciones problemáticas que pueden presentar con estos particulares del sector financiero que amenazan o afectan derechos fundamentales; identificar las causas de estas situaciones problemáticas relacionándolas con su poder

dominante en la relación contractual, y finalmente identificar cuáles son los derechos fundamentales más usuales que han sido vulnerados o amenazados, de acuerdo al estudio de la jurisprudencia.

Se busca establecer un *modelo de aprendizaje* que permita comprender con facilidad cuáles son las situaciones problemáticas, las causas de estas y los derechos fundamentales usualmente vulnerados o amenazados que permiten activar la acción de tutela como mecanismo de protección contra las entidades bancarias y financieras, generando con esto una contribución a la comunidad académica y la sociedad en general, quien de manera fácil, podrá identificar si su relación habitual o comercial con una entidad bancaria atraviesa por alguna de las causas que permiten la procedibilidad de la tutela en su caso en concreto.

ESTRATEGIA METODOLÓGICA

Esta investigación es de tipo sociojurídico, en la medida que se abordaran situaciones problemáticas de orden común que se viven a diario en nuestra sociedad, pero especialmente en nuestra relación contractual y comercial con las entidades bancarias y financieras que son el pan de cada día. Igualmente, será de enfoque cualitativo por cuanto se realizará un análisis principalmente documental y teórico.

Teniendo en cuenta esto, la metodología implementada fue el análisis riguroso documental de diversas fuentes de información, como lo son: libros, documentos, artículos, revistas y por supuesto algunas sentencias de relevancia importante para este trabajo.

RESULTADOS

Como resultados de esta investigación se encontró que existen situaciones comunes que se presentan de manera habitual en las relaciones con las entidades bancarias y financieras del país, que generan vulneración de derechos fundamentales y en consecuencia, activan la protección de los mismos de manera excepcional por vía de acción de tutela. Entre estos se lograron identificar: actuaciones como cancelación unilateral de cuentas o productos financieros; descuentos no autorizados; suscripción de documentos sin información o consentimiento del cliente; negarle la posibilidad al cliente de ingresar al sistema financiero por apreciaciones subjetivas entre algunas otras.

Igualmente, se logró evidenciar que la mayoría de estos problemas o situaciones problemáticas, se debe a actuaciones de carácter abusiva de dichas entidades

teniendo en cuenta el poder dominante que ellas ejercen sobre el usuario financiero. Por lo tanto, existe una relación causal, entre la posición de subordinación del usuario frente a la entidad bancaria, con la vulneración de los derechos fundamentales a este.

Finalmente, se encontró que se logró identificar los requisitos de la procedencia de la acción de tutelas contra entidades bancarias y los derechos que usualmente son más vulnerados a partir del estudio de diversas fuentes, entre estas, la documental y jurisprudencial.

1. La acción de tutela. Generalidades

La acción de tutela es un mecanismo que busca la garantía y protección de los derechos fundamentales de todas las personas que se encuentren en el territorio colombiano. Es una garantía constitucional a la que toda persona, nacional o extranjero, puede acceder cuando considere que sus derechos fundamentales se encuentran vulnerados o amenazados.

Este mecanismo tiene sus antecedentes en el juicio de amparo mexicano de 1924 y el mandato de asegurar establecido en Brasil en 1934. No obstante, en Colombia solo se implementó de manera plena y propia con la adopción de la Constitución Política de 1991; algunos autores han considerado que se trata de una garantía o derecho en sí mismo, no obstante, se considera en esta investigación que más que un derecho, es una garantía, la cual no solamente es necesaria, sino indispensable en un modelo de Estado como el colombiano, siendo un Estado Social de Derecho.

El hecho de que Colombia sea un Estado Social de Derecho, implica que necesariamente debe buscarse la forma de garantizar el cumplimiento de los cometidos estatales, pues esa es precisamente la distinción con un Estado de derecho, pues mientras en este último solamente se les otorgan prerrogativas o derechos a los asociados, en el primero, es un imperativo que la actividad estatal busque formas para hacerlo efectivo y garantizar los derechos constitucionales reconocidos a estos.

Vale decir, no basta con otorgarle derechos fundamentales, si no garantizándolos, evitando que el mismo Estado los vulnere o los amenace, es así que surgen un conjunto de mecanismos garantistas y el desarrollo normativo de otros derechos, denominados de segunda generación, como lo son el derecho a la salud, derecho al trabajo, derecho a la educación.

Los derechos fundamentales son de estirpe constitucional, personalísimos y tienen como característica principal que son de carácter natural, es decir,

van ligados al hombre desde su existencia, entre estos tenemos: la vida, la libertad, la igualdad, entre otros; ahora bien, cabe destacar que los derechos fundamentales son aquellos que son titulares todas las personas por el solo hecho de serlo, es decir, le pertenecen al ser humano indistintamente de raza, sexo, condición o religión y busca la materialización de la dignidad humana, que es la esencia de la estructura de la Constitución Política, Defensoría del pPueblo (2014). El estado no puede existir si no existe un reconocimiento de este tipo de derecho y no tendrá la connotación de social, sino logra implementar mecanismos que busquen su efectividad, protección y garantía.

En el ordenamiento jurídico colombiano los derechos fundamentales son aquellos desarrollados en los artículos 11 al 41 del título 2, capítulo 1 de la Constitución Política Colombiana y aquellos que, por bloque de constitucionalidad, también lo integran, como los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Lo anterior, quiere decir que los derechos fundamentales van ligados de manera directa con un modelo de estado social y constitucional. Así lo reafirma el tratadista colombiano Ernesto Rey Cantor, en su libro “La generación de los derechos humanos” (2021), quien plantea que los derechos fundamentales hacen su aparición en el estado constitucional, inicialmente en documentos que propiamente no eran la carta magna, pero con posterioridad se incorporaron a los textos constitucionales, lo cual requería de una especial protección, en un modelo de estado como este.

En este sentido, la acción de tutela fue instituida en la constitución de 1991, como un mecanismo innovador, que ha tenido un gran impacto en las últimas décadas, siendo el más común y usado por la ciudadanía en general cuando se enfrenta a situaciones donde se presume una violación de sus derechos fundamentales. El profesor Wilson Herrera Llanos, plantea la importancia de la introducción de la acción de tutela en el ordenamiento jurídico colombiano de la siguiente manera:

“Uno de los aciertos jurídicos más importantes del constituyente de 1991 ha sido, indudablemente, el haber adoptado para Colombia un amparo procesal de los derechos fundamentales, diseñado como un mecanismo subsidiario de tramitación inmediata, llamado acción de tutela, el cual fue creado en julio de ese año y desarrollado inmediatamente en noviembre del mismo año mediante el Decreto 2591 en febrero del año siguiente por el decreto 306 (...)

(...) No obstante, la mayor censura que se le ha hecho a los múltiples usuarios del mecanismo es la de usarla sin racionalidad alguna y sin acudir previamente a los

principales y muy diversos medios de defensa judicial que existen en el ordenamiento jurídico colombiano sobrecargando el sistema judicial ordinario que ha debido abandonar parcialmente su labor para afrontar las prontas solicitudes que le impone la acción de tutela (...)

(...) Realmente la causa del mencionado desbordamiento popular hacia la acción de tutela no es otra cosa que el desamparo colectivo, frente a consagraciones jurídico formales, amén de la connatural búsqueda de la agilidad, eficacia y capacidad coercitiva de la justicia, que son virtudes de la tutela totalmente ausentes en ese variado pero desueto y lento régimen procesal colombiano, reconocidamente incapaz para atender la demanda de una pronta justicia" (2014).

En este orden de ideas, se evidencia que la acción de tutela es un mecanismo de protección y garantía de derechos constitucionales fundamentales, que se ha consolidado como el instrumento más cercano al pueblo para la protección de sus derechos. Esto por cuanto, es el más ágil, práctico y que brinda mayor confianza a la ciudadanía en la resolución de las problemáticas. Al revisar el artículo 86 de la Constitución Nacional y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela se define normativamente desde la contextualización de su objeto:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares (en los casos que señala este decreto). Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela" (Decreto 2591 de 1991)*

Como característica propia de este mecanismo garantista, se enuncian las siguientes:

- **Es una acción preferente y sumaria:** esto por cuanto, tiene preferencia sobre otras acciones o mecanismos jurídicos implementados en el ordenamiento jurídico colombiano y no requiere de una formalidad específica para su trámite, además, debe ventilarse de manera rápida a lo que la norma determinó que tendría 10 días en primera instancia y 20 días en segunda instancia, Rizo Otero (1997, pp. 89-90).
- **Es de tipo judicial:** es decir, debe promoverse ante autoridad judicial, con el fin de que este tome una decisión a través de una sentencia, que produce efectos jurídicos y da seguridad a las partes.

- **En todo momento y lugar:** hace referencia, al criterio de temporalidad pues toda persona en cualquier momento o sitio que se encuentre en la geografía colombiana puede hacer uso del mecanismo.
- **Subsidiaria:** procede siempre que no exista otro mecanismo de defensa judicial.
- **Sentencia judicial:** la tutela se resuelve a través de un fallo o sentencia, el cual consiste en una orden de cumplimiento, para que aquel a que se refiere se le solicite que actúe o se abstenga de hacerlo.
- **Impugnable:** la sentencia es recurrible en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

La acción de tutela, procede entonces contra la vulneración o amenaza, sea por acción y omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, la pregunta concreta y que se relaciona con el presente texto sería: ¿En qué casos procede la acción de tutela contra particulares? y ¿Es procedente la acción de tutela contra las entidades bancarias o financieras? De ser así, en qué casos procedería.

2. Procedencia de la acción de tutela contra particulares

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, previó que esta procedería para la protección de derechos fundamentales cuando estos se encuentren vulnerados por la acción u omisión de particulares cuando presten 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. Adicionalmente, el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 42, determinó con precisión cuando procedía la acción de tutela contra particulares, al respecto menciona:

- a. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación.
- b. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud.
- c. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos.
- d. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controla efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación

que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.

- e. Cuando la solicitud sea para tutelar quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución y el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, se concluye y se resume que la acción de tutela contra particulares solo procede en los cuatro casos taxativamente señalados, a saber: i) cuando aquellos prestan un servicio público; ii) cuando su conducta afecta grave y directamente el interés público; iii) cuando el solicitante se encuentre en estado de subordinación y finalmente; iv) cuando se presente la indefensión respecto del accionado.

3. Procedencia de la acción de tutela contra entidades bancarias, financieras y/o aseguradoras

3.1. La actividad bancaria y financiera como servicio público

Una vez delimitada conceptualmente los aspectos generales de la acción de tutela y su procedencia, se procede a explicar ahora su procedencia contra entidades del sector financiero, específicamente bancos, cooperativas financieras, aseguradoras y otras. Siendo este el tema central de la investigación desarrollada y el cual se expresará a continuación

La Corte Constitucional, ha planteado que, si bien no se encuentra normativamente establecido, la actividad desarrollada por entidades del sector financiero es entendida como un servicio público, pues las características de este así lo hacen ver. Las actividades desarrolladas por los bancos en Colombia, adquiere la calidad de servicio público debido a la importancia de la labor desempeñada para una comunidad económicamente organizada en un sistema de mercado, por su interés comunitario y adicionalmente, por la permanencia, continuidad, regularidad y generalidad implementada.

Esta connotación de servicio público, ha sido desarrollado por las altas cortes, tanto por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado. El máximo tribunal constitucional, planteó en Sentencia T-443 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, que: «*La actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, atendiendo a su propia naturaleza, reviste interés general y, por tanto, no escapa al postulado constitucional que declara su prevalencia sobre intere-*

*ses particulares (artículo 1º de la Constitución Política), lo cual se concreta en el carácter de **servicio público**». Tomado de la Sentencia T 443 (1992) de la Corte Constitucional.*

En este orden de ideas, es importante dejar en claro que existe una diferencia, entre lo que se considera una actividad de prestación de servicio público y una actividad dirigida a prestar un servicio público esencial, esta última requiere de expresa disposición legal que así lo determine.

La sentencia de unificación jurisprudencial, SU157 de 1999, al analizar un caso en el que las entidades bancarias habían cancelado las cuentas bancarias de un usuario por haber sido referenciado en la lista Clinton expedida por la Embajada de los Estados Unidos de Norte América, aclaró que la prestación del servicio bancario es considerado un servicio público por su naturaleza intrínsecamente social y esto es así, por cuanto la entidades bancarias asumen una posición de supremacía material con relevancia jurídica frente al usuario, esto quiere decir, que los bancos tienen unas atribuciones especiales que rompen el equilibrio o igualdad entre las partes en el plano referido y por esto, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial.

En el caso examinado, la Corte Constitucional no amparó los derechos del tutelante, pero sí precisó pautas o criterios que se deben tener en cuenta para determinar la procedencia de la acción de tutela contra este tipo de entidades. Uno de los aspectos principales que trata esta providencia, es relacionado con el interés público de la actividad financiera, bursátil y en general, la delimitación del concepto de capacidad negocial para las entidades bancarias. Referente a esto, puntualizó:

“La función bancaria no es igual a la actividad que realiza cualquier particular en el ejercicio de la autonomía privada. Esto se explica con el análisis de los preceptos constitucionales que claramente limitan el radio de acción de la libertad contractual para las entidades financieras, a saber: De un lado, el artículo 335 de la Constitución establece que la prestación del servicio bancario, como parte integrante de la actividad financiera, es de interés público, lo que significa que esta actividad debe buscar el bienestar general”.

Sin embargo, la definición de interés público aún no parece unívoca, puesto que aquel puede considerarse como un concepto jurídicamente indeterminado. Por lo tanto, la Corte considera que, en la actividad bancaria, esta noción se materializa en estas premisas: el acceso a la prestación del servicio público bancario es restringido, como quiera que la propia Carta establece como requisito previo e indispensable

para el desarrollo de esa labor la autorización del Estado. En pocas palabras, no todas las personas pueden prestar el servicio público bancario, pues en razón del alto riesgo social que implica esa actividad, la necesidad de la prestación en condiciones de seriedad, liquidez y eficiencia, capaz de generar la confianza pública nacional e internacional, justifican la previa licencia gubernamental. En la Asamblea Nacional Constituyente se explicó el concepto de interés público a través de esta característica, así: «Las actividades financiera, bursátil, aseguradora, solamente pueden ser ejercidas previa autorización del Estado y aún más importante que esa autorización, sea otorgada sin discriminación alguna conforme a ley, nosotros en esta ponencia como en otras de la Comisión Quinta, siempre hemos procurado introducir en el nuevo texto constitucional principios muy concretos en cuanto se refiere a garantizar la libertad de empresa y sobretudo establecer unos fundamentos que guíen la acción del Estado de tal manera que el Estado no siga sustentando o patrocinando de manera consciente o inconsciente prácticas que restrinjan la libre iniciativa». Alejandro Martínez (Sentencia SU 157 de 1999).

De lo anterior se deduce, que la actividad financiera debe impartirse por estas entidades particulares en ejercicio de un servicio público, por tener un interés social y por estar vigilado y regulado por el Estado, de una manera igualitaria, sin ningún tipo de discriminación por condición de sexo, raza, condición, religión, entre otros. En otras palabras, tal como lo precisa la corte el interés público de la actividad bancaria se concreta en la garantía de un trato igual a los usuarios para el acceso al servicio. La no aceptación de clientes al servicio bancario, solo puede obedecer a criterios objetivos y razonables, que ayuden a determinar que la persona implica un riesgo para la entidad financiera.

El artículo 335 Constitucional, impone la democratización del crédito y por su parte el inciso 2 del artículo 5 de la Ley 35 de 1993, dispone que “El gobierno nacional podrá dictar normas con el fin de evitar que en el otorgamiento de crédito por parte de las instituciones sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria se empleen prácticas discriminatorias relacionadas con sexo, religión, filiación política y raza u otras situaciones distintas a las vinculadas directamente con el riesgo de la operación y la capacidad de pago del solicitante. Para este mismo propósito, el Gobierno Nacional podrá definir y prohibir prácticas que constituyan exigencia de reciprocidades con el fin de evitar que a través de las mismas se impidan injustificadamente el acceso al crédito o a los demás servicios financieros”.

La actividad bancaria a pesar de estar en cabeza de particulares, no es igual a la actividad privada que se rige por la autonomía de la voluntad. Esta encuentra un límite en su radio de acción y es la intervención del Estado en la economía y las finanzas, así como la vigilancia sobre aquellos quienes ejercen esta actividad.

El acceso a la prestación del servicio público bancario es restringido, como quiera que la propia Carta establece como requisito previo e indispensable para el desarrollo de esa labor la autorización del Estado. En pocas palabras, no todas las personas pueden prestar el servicio público bancario, pues en razón del alto riesgo social que implica esa actividad, la necesidad de la prestación en condiciones de seriedad, liquidez y eficiencia, capaz de generar la confianza pública nacional e internacional, justifican la previa licencia gubernamental.

3.2. Posición dominante de las entidades bancarias

Las entidades bancarias, bien ha manifestado el desarrollo jurisprudencial sobre el tema, ejercen una posición dominante sobre los usuarios y es esta misma posición, que conlleva muchas veces a trasgredir derechos fundamentales, no teniendo en cuenta que su actividad por ser un servicio público y tener un interés social se encuentra limitada su autonomía.

En este orden de ideas, se hace necesario precisar que el mecanismo judicial más idóneo cuando estas entidades hacen uso de su posición dominante para desconocer los derechos que le asisten al usuario, siempre que se vulneren derechos de rango constitucional y fundamental es la acción de tutela. No obstante, en muchos casos los usuarios optan por no presentar las respectivas acciones y es precisamente, por la condición beneficiosa que ampara estas entidades, teniendo en cuenta su rango de superioridad en la posición contractual.

La posición dominante de las entidades bancarias o financieras, consiste la desventaja que tiene una persona frente a la entidad financiera que le presta sus servicios, esto por la gran protección que les ha otorgado la ley para seguir en situación de superioridad. Un modelo claro de esta situación, es por ejemplo la suscripción de contratos o venta de productos sin la suficiente información suministrada al cliente.

Según el docente Calonaje Londoño (2011), en su texto denominado *“Fortalecimiento de la Protección al Consumidor Financiero Frente a la Actividad Contractual Bancaria Nacional e Internacional”*, plantea que en estos casos es el juez quien toma un papel preponderante en interpretar las cláusulas contractuales y los clientes, evitando que se lesionen derechos de orbita constitucional al respecto menciona: *“En sede jurisdiccional ha tomado un valor especial la interpretación judicial, entendida como el otorgamiento de facultades especiales a los jueces para determinar cómo han de entenderse las cláusulas contractuales o para establecer la existencia de cláusulas abusivas que son, generalmente, desfavorables para una de las*

partes. Para la relación entre Banco y Consumidor, quien impone este tipo de cláusulas es el banco y el afectado el consumidor financiero”.

Ante esta situación, las entidades bancarias siguen violentando los derechos fundamentales de los clientes o usuarios, debido a que las quejas y reclamos nunca presentan una solución de fondo y muchos de estos casos no llegan a sede judicial. Finalmente, frente a lo relacionado con la posición dominante y la relación de superioridad contractual de las entidades bancarias, la Corte ha enfatizado que el cliente se encuentra en un estado de indefensión, aclarando que es un concepto de carácter fáctico que se configura cuando una persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta frente a otra, de modo que, por el conjunto de circunstancias que rodean el caso, no le es posible defenderse ante la agresión de sus derechos.

El estado de indefensión de los usuarios del sector financiero, también puede verse reflejado que, aunque existen mecanismos a los que pueden estos recurrir, como el derecho de petición. Muchas veces estos resultan insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales.

3.3. Actos abusivos y violatorio de derechos fundamentales

Existen ciertas actuaciones que pueden considerarse abusivas por parte de las entidades financieras, así como también actos que conllevan a la violación de derechos fundamentales, por lo que es necesario distinguirlos bien teniendo en cuenta el carácter subsidiario y de inmediatez de la acción de tutela. Así entonces los actos que siendo abusivos no lesionan derechos fundamentales por lo que, al estar en este plano, resulta conveniente entrar a distinguir cada uno, a fin de que frente a una situación de tal magnitud no se caiga en un desgaste del aparato jurisdiccional, pues la acción podría terminar siendo declarada improcedente.

Normalmente, en este tipo de acción de tutela, los derechos que más se reclaman por parte de los peticionarios son: derecho a la igualdad, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho de petición, derecho al debido proceso, al buen nombre, entre otros.

En virtud de lo anterior, se ha realizado un listado, que, según el estudio jurisprudencial, permite distinguir en qué situaciones puede presentarse una violación de derechos humanos violatorios y cuando no, con el fin de determinar en qué casos específicos procede la acción de tutela como garantía constitucional de los derechos fundamentales.

Actos abusivos violatorios de derechos fundamentales	Actos abusivos de contenido netamente patrimonial
Descuentos de seguros sin debida información al cliente.	Contratos, en los cuales las entidades financieras establecen negocios jurídicos de adhesión, sin que el usuario pueda participar de su creación.
Reportes negativos ante centrales de riesgo sin previa información.	Excesivo cobro de intereses.
No respuesta de las peticiones presentadas ante la entidad.	Mala distribución de tablas de amortización en los créditos facilitados al usuario.
Deudas no contraídas por el titular, sino por suplantación de terceros.	Espera innecesaria para entrega de documentos del consumidor financiero.
No respeto por la esencia constitucional del derecho de petición.	Recaudos injustificados para la solicitud de expedición de certificados.
No permitir el acceso a servicios crediticios o productos bancarios por razón de sexo, religión u otro de carácter subjetivo.	Desigualdad entre cliente vs. no clientes en el momento de la atención.
Cancelación o terminación unilateral de productos por razón de sexo, religión u otro de carácter subjetivo.	Manifestaciones de no-cobros de cuotas de manejo y realización de cobranzas.
	Cambios no fundamentados entre la expedición de un certificado de deuda, con el saldo brindado por el personal encargado o extractos bancarios.
	Amenazas constantes en la vida cotidiana por el no "pronto pago".
	Información errada por el grado de interés que pactan las entidades con el usuario financiero.
	Cobro de comisiones no informadas al cliente, por trámites de papeleo y de la atención prestada.
	No entrega de las condiciones pactadas en un crédito solicitado.

Los anteriores, son solo algunos de los problemas más comunes que se presentan con las entidades bancarias, respecto de sus posiciones dominantes frente a los usuarios del servicio público financiero. Es importante que unas de las características de la acción de tutela es su carácter subsidiario y su inmediatez, según la cual para que esta proceda no debe existir otro mecanismo jurídico o judicial diferente que permita la protección del derecho o existiendo solamente procedería la acción de tutela pues esta se usaría como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3.4. Derechos fundamentales más amenazados o vulnerados por el sector financiero o bancario

Del estudio jurisprudencial realizado, se concluye que los derechos fundamentales que más han sido amenazados o vulnerados, son de orden personalísimo, encontrando así derechos como la igualdad, personalidad jurídica, derecho de petición, debido proceso, buen nombre, entre otros. Entre los casos encontrados tenemos:

3.4.1. Derecho a la igualdad y personalidad jurídica

Se encontró que gran parte de la problemática, se centra en que las entidades a través de su actuar abusivo generan un bloqueo financiero a las personas que intentan acceder al sistema bancario o quienes estándolo se les restringe, un caso de esto se encuentra cuando se les restringe el acceso a sus productos o se les cancela o no se le permite acceder teniendo en cuenta condiciones particularmente subjetivas como lo son criterios de sexo, raza, cultura y demás.

Un ejemplo de lo anterior, se encuentra en la sentencia T - 763 de 2005, en la cual la Corte Constitucional, en sede de revisión estudio, el caso del señor Pedro García Romero, quien se desempeñaba como pastor de la iglesia Generación Cristiana Gente Nueva, solicitó una Tarjeta Débito Carulla Bansuperior Master Card, debido a los beneficios que esta le otorgaba y que podía ser utilizada en el exterior.

A pesar de que el señor García tenía ingresos regularmente buenos, la entidad bancaria decidió no activar el producto financiero, teniendo en cuenta que la actividad que realizaba el solicitante, no brindaba seguridad a la entidad y por tanto, no era acreedor de dicho servicio basado esto en la autonomía negocial que cobijaba a la entidad.

En los fallos de primera y segunda instancia, se determinó que no existía una vulneración de los derechos fundamentales del actor de la personalidad jurídica, de la igualdad y de la libertad de cultos. Los dos primeros, por cuanto no había un agravio inminente que conllevara a optar por la acción de tutela como mecanismo transitorio y este último, 'por cuanto la libertad de culto se veía transgredida cuando se impedía a la persona ejercer la actividad religiosa, siendo que en el presente caso se estaba frente a dicha situación.

Ante lo anterior, la Corte Constitucional determinó, que en este caso se cumplían todos los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra entidades bancarias y que, se optaría por amparar los derechos fundamentales del

tutelante, pues la negativa se debió a criterios subjetivos apartados de la realidad, que solo conllevaban a tener un trato discriminatorio con el usuario del servicio público financiero.

La Corte preciso, además lo siguiente con relación a los derechos fundamentales de libertar decisión y escogencia en el desarrollo de los procedimientos, trámites, actividades, negocios, contratos, prestaciones en la ejecución jurídicas del conjunto de funciones financieras delegadas por el ministerio de la ley y constitución político del sector privado y público.

: (...) Si bien la libertad contractual, como en las relaciones propias del derecho privado, es aplicable en las actividades bancarias, en este ámbito esta libertad se ve limitada en virtud de la naturaleza de servicio público de la actividad. Así las cosas, la determinación de no contratar no puede derivarse de razones no objetivas o caprichosas o del mero querer inmotivado de la entidad bancaria(...) En la presente ocasión, la Corte concederá la tutela a los derechos fundamentales del señor Pedro Enrique García Romero a la personalidad jurídica y la igualdad, en virtud de que la negativa de Bansuperior para la apertura de la cuenta corriente (i) no obedeció a razones jurisprudencialmente consideradas como objetivas o razonables, y (ii) el concepto de la Superintendencia Bancaria citado por el banco es una respuesta a un derecho de petición presentado por un tercero ajeno al presente proceso. (i) Además del ejercicio de la libertad de contratación, fundamentado en un concepto de la Superintendencia Bancaria –cuya falta de pertinencia y validez serán analizadas posteriormente–, el banco señala que la cuenta corriente no fue abierta en virtud de la actividad que desempeña el actor y el presunto riesgo de ésta por estar vinculado a una iglesia, entidad sin ánimo de lucro que vive de los aportes de los feligreses. De otra parte, el hecho de que una entidad sea sin ánimo de lucro no implica lógicamente, como lo sugiere el Banco, que no tenga estabilidad económica. A esto se añade que en ningún momento el Banco llega siquiera a estudiar si la Iglesia empleadora del actor efectivamente tiene o no estabilidad económica. Gerardo Monroy cabra (Sentencia T- 763 de 2005)

En este orden de ideas, el concepto de derecho a la personalidad jurídica adquiere relevancia por cuanto, este es un derecho fundamental consagrado en el artículo 14 de la constitución nacional. Este derecho significa que la persona natural adquiere la facultad de contraer obligaciones y de ser sujeto de derechos, es la prerrogativa que le permite hacer uso de su capacidad jurídica y negocial, la que no puede sustraerse o vulnerarse, pues se entiende que se estaría atacando a la persona misma. Es un derecho intrínseco e innato de las personas por esto adquiere el rango de fundamental y constitucional. Esto implica que toda persona tiene derecho a ejercer su personalidad jurídica, actuando en cualquier actividad lícita, así sea la bancaria.

Frente a este derecho la corte ha dicho:

Lo anterior, es acorde con lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución que señala, como una finalidad del Estado Social de Derecho, facilitar la participación de todos en la vida económica. De igual manera, es la consecuencia lógica del artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia en virtud de la Ley 74 de 1968, cuando establece que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, el cual no puede suspenderse por los Estados, aún en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4º del Pacto en comento. Vale la pena resaltar que, como lo ha reconocido la jurisprudencia, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hace parte del ius cogens, lo que permite deducir la existencia de “nueva norma imperativa de derecho internacional general”. En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José De Costa Rica”, en su artículo 27 dispone que en estados de excepción no podrán suspenderse los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. El reconocimiento a la personalidad jurídica es pues, lo que la Ley 137 de 1994, denominó uno de los derechos intangibles, los cuales “se consideran como bienes imprescindibles para la dignidad de la persona humana

3.4.2. Derecho de petición

Este derecho se considera de carácter fundamental, consagrado en el artículo 23 de la carta y desarrollado por la Ley 1755 de 2015 y es uno de los derechos fundamentales que más transgreden las entidades bancarias sea por no dar contestación oportuna a los requerimientos o solicitudes de los usuarios o sea porque se desconoce el carácter fundamental de la herramienta, dando respuesta ambigua o a puntos diferentes a los solicitados en la petición, vulnerando con esto los derechos fundamentales del solicitante.

El derecho de petición, es la posibilidad que tiene el usuario de presentar peticiones respetuosas ante una entidad administrativa o ante un particular, quien se encuentra obligado dar respuesta oportuna dentro de los términos previstos en la ley. Así entonces la acción previa de este derecho en el sector financiero o bancario, es fundamental, debido a que es requisito para proceder a incoar la acción de tutela, toda vez que este es un mecanismo subsidiario que no procede cuando exista otros mecanismos de defensa judicial o cuando existiéndolos no se pueda hacer uso de estos o no sean suficientes para garantizar la protección de los derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

A manera de conclusión, se encuentra que la acción de tutela si es procedente contra las actuaciones abusivas de las entidades bancarias, cuando estas amenazan o vulneren derechos fundamentales, por cuanto estas son personas jurídicas de derecho privado o particulares que prestan un servicio público financiero relacionado con el libre mercado y la economía, pero dentro del contexto de un Estado Social de Derecho como lo es el colombiano.

La capacidad comercial de la entidad financiera tiene una limitante que no permite aplicarla en los mismos términos que otros particulares por cuanto se encuentra limitada por la naturaleza de la función que desempeñan, además porque se encuentran, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumentos para garantizar derechos individuales. Igualmente, se encuentra limitada por cuanto el Estado, al ser intervencionista, es quien realiza la inspección, vigilancia y control de estas entidades.

La acción de tutela como mecanismo protector de los derechos fundamentales de los usuarios, adquiere su fundamento en la desigualdad contractual que existe. Por un lado, está la entidad bancaria, quien normalmente fija la pauta o criterios de sus contratos, en su mayoría de adhesión y por el otro lado los clientes o usuarios, quienes normalmente se encuentran subordinado pues no tienen la solidez financiera y no cuentan con los recursos para hacerles frente a los abusos de estas entidades.

Entre los derechos fundamentales, más comunes que se encuentran vulnerados por el accionar indebido de las entidades financieras del país, están: el derecho a la igualdad, a la personalidad jurídica¹, al derecho de petición, al debido proceso, al habeas data entre otros. Son múltiples las situaciones que se pueden encontrar en las que no se establecen criterios equitativos para los usuarios vulnerando sus prerrogativas civiles y políticas, no obstante, es necesario siempre hacer un estudio detallado para determinar si existe la posibilidad de entablar la acción de tutela, pues es necesario acreditar el requisito de la subsidiariedad de la acción para que esta sea conocida por el juez constitucional.

1 Para saber cuándo el ejercicio de la libertad contractual de los bancos constituía un bloqueo financiero y, por tanto, vulneraba los derechos fundamentales del individuo a la personalidad jurídica, a la igualdad en relación con el acceso al servicio bancario y, en conexidad con los anteriores, la libertad económica, la Sala Plena fijó las siguientes pautas, que se pueden presentar de manera alternativa: “b1. Cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos. Por lo tanto, no constituye una situación de bloqueo financiero si existen

REFERENCIAS

- Calonaje Londoño, Nattaly (2011). Fortalecimiento de la Protección al Consumidor Financiero Frente a la Actividad Contractual Bancaria Nacional e Internacional. *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*. Edición 12, julio- diciembre, 6(2).
- Defensoría del Pueblo (2014). Cartilla manual de litigio estratégico institucional en derecho público y privado. Ed. Imprenta Nacional de Colombia. 1ª Edición, diciembre. Bogotá, Colombia.
- Herrera L, Wilson. (2014), Derecho constitucional colombiano. Ed. Ibáñez. Primera edición. Colombia.
- Rey Cantor, Ernesto (2021). La generación de los derechos humanos: Libertad, Igualdad y Fraternidad. Tercera edición. Ed. Universidad Libre.
- Rizo Otero, Harold (1997). Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano. Ed. Temis. Bogotá, Colombia. pp. 89- 90.

Referencias jurisprudenciales

- Colombia. Corte Constitucional (1999). *Sentencia SU 157*. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional (1992). *Sentencia T 406*. M.P. Carlos Gaviria Diaz.
- Colombia. Presidencia de la República (1991). Decreto 2591. Por medio del cual se reglamenta la acción de tutela en Colombia. Disponible: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1470723>

medios administrativos o jurídicos que le permitan acceder al sistema financiero. (...) b2. También se presenta el bloqueo financiero cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario. Por consiguiente, transgreden desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer uso de la banca. (...) b3. Cuando la decisión de las entidades financieras produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público. (...) b4. Cuando la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión. Por lo tanto, las entidades financieras pueden negar el acceso al sistema financiero o puede terminar contratos bancarios cuando se presentan causales objetivas que amparan la decisión. (...) Cabe anotar que no constituye causal objetiva que autoricen la negativa para el acceso a la actividad financiera, la utilización de criterios de diferenciación prohibidos constitucionalmente (C.P. art. 13). Por ende, no es factible negar el servicio público bancario por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión (inciso 2º del artículo 5º de la Ley 35 de 1993, transcrito en el numeral 11 de esta sentencia)."