UNIVERSIDAD SANTO TOMAS.
INSTITUTO DE POSTGRADOS
MAESTRIA EN CONTRATACIÓN

CLÁUSULAS ABUSIVAS DEL CONTRATO PARA LA APERTURA DE CREDITO
DOCUMENTARIO EN COLOMBIA

BIBIANA VELÁSQUEZ CUERVO
bibianavelasquez@hotmail.com

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
INSTITUTO DE POSTGRADOS
MAESTRIA EN CONTRATACIÓN
Bogotá D.C., Colombia 2014

TABLA DE CONTENIDO

1. TEMA DE INVESTIGACION...6

1.1 Planteamiento del problema...6

1.2 Problema de investigación...7

1.3 OBJETIVOS...7

1.3.1 Generales...7

1.3.2 Específicos...7

INTRODUCCION...8

1. TEORIA GENERAL DEL CONTRATO...10

1.1 Concepto y evolución de la teoría general del contrato...10

1.2 Requisitos de la voluntad contractual...15

1.3 Interpretación y efectos del contrato...16

1.4 La igualdad y libertad como fundamentos jurídico del contrato...19

2. EL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO DOCUMENTARIO...24

2.1 Contratos de adhesión...24

2.2 Aproximación al concepto de contrato de crédito documentario...26

2.3 El contrato de crédito documentario...28

2.3.1 Concepto de contrato de Crédito documentario...29

2.4 Características del contrato de crédito documentario...33

2.4.1 Consensual...33

2.4.2 Bilateral...34

2.4.3 Mercantil...34

2.4.4 Oneroso...35

2.4.5 Innominado...35

2.4.6 Adhesivo...35

2.4.7 De ejecución sucesiva...	36
2.4.8 Intuito Persona...	36
2.4.9 De la buena fe.	36
2.5 Elementos del contrato de crédito documentario...	37
2.5.1 Elementos personales...	37
2.5.2 Elementos reales...	37
2.5.3 Elementos formales...	38

3. TEORIA GENERAL DE LA CLÁUSULA ABUSIVA...41

3.1 Origen de las cláusulas abusivas...	41
3.2 Concepto de cláusula abusiva...	42
3.3 Clases de cláusulas abusivas...	45
3.4 Naturaleza de las cláusulas abusivas...	46
3.5 Características de las cláusulas abusivas...	50
3.6 Principios que rigen las cláusulas abusivas...	51

4. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO DOCUMENTARIO...57

4.1 Cláusulas abusivas más comunes en el contrato de crédito documentario...	59
4.1.1 Las que constituyen abuso del derecho...	59
4.1.2 Las cláusulas de vencimiento anticipado...	59
4.1.3 Imposición de obligaciones al cliente...	60
4.2 Cláusulas abusivas en el contrato de crédito documentario en Colombia...	60

5. MARCO JURIDICO DE CONTROL DE LAS CLÁUSULAS EN LOS CONTRATO DOCUMENTARIOS EN COLOMBIA...64

6. CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA...69

- 6.1. Estatuto de protección del consumidor...70
- 6.2 Función de control de la Superintendencia Financiera...75
- 6.3 Defensor del consumidor financiero...76

7. ANALISIS DE CONDICIONES EN EL CONTRATO DE CRÉDITO DOCUMENTARIO...79

- 7.1 Responsabilidad de la entidad financiera, frente a los derechos de los clientes...80
 - 7.1.1 Aceptación de condiciones implícitas...80
 - 7.1.2 Exoneración de responsabilidad respecto a los documentos...82
 - 7.1.3 Exoneración de responsabilidad respecto al proceso de aduanas, nacionalización y traspaso de mercancías...83
 - 7.1.4 Exoneración de responsabilidad respecto al proceso de comunicación...84
- 7.2 Redacción previa del contenido del contrato de adhesión del cliente...84
- 7.3 Facultad de la entidad para cobrar intereses, honorarios y servicios adicionales...86
 - 7.3.1 Facultad de la entidad para hacer otros cobros...88
 - 7.3.2. Facultad de la entidad respecto a la declaración de cambio...89
- 7.4 Conocimiento y aceptación de reglamentos...91
- 7.5 Conclusiones del análisis...91

8. CONCLUSIONES...94

9. BIBLIOGRAFÍA...97

10. ANEXOS...106

- 10.1 Anexo A. Condiciones banco BBVA...106
- 10.2 Anexo B. Condiciones banco CorpBanca...108
- 10.3 Anexo C. Condiciones banco Occidente...111
- 10.4 Anexo D. Circular externa 0039, Superintendencia...115
- 10.5 Anexo E. Formato de condiciones banco BBVA...119

1. TEMA DE INVESTIGACION

Las Cláusulas abusivas en el contrato de apertura de crédito documentario en Colombia.

1.1 Planteamiento del problema.

En el marco de los tratados internacionales y de libre comercio, se ha venido acrecentando significativamente el intercambio comercial entre los países, cuyo fin principal es la compraventa de mercancías y productos de todas los tipos y contenidos posibles. Para facilitar dicho desarrollo comercial, las instituciones financieras del mundo y país, lo hacen a través de la celebración de contratos de adhesión entre las partes contratantes, dentro de los cuales se encuentra el contrato de apertura de crédito documentario, como instrumento válido para todo tipo de transacción comercial.

Por su naturaleza tanto los contratos de adhesión y por ende los contratos de crédito documentario, conllevan dentro de su contenido una serie de cláusulas, autorizadas y reguladas por el ordenamiento jurídico, pero que en muchos casos, por la facultad que le otorga la misma ley a las entidades vigiladas, dichas cláusulas se reputan de abusivas para los clientes financieros, por ser infractoras del principio de la buena fe y la autonomía de la voluntad de las partes, por el grado de desequilibrio que presentan en la relación contractual.

Aunque en Colombia existe diversa normatividad vigente como el código comercial, el código civil, el estatuto de protección al consumidor, el Estatuto orgánico del sistema financiero y directivas externas de la Superintendencia Financiera de Colombia y órganos de vigilancia y control, que regulan la prestación del servicio público financiero, se presenta inconformidad y rechazo respecto a la actividad bancaria, bajo los argumentos que muchas de las condiciones establecidas por los bancos, son arbitrarias y van en contra de los derechos de los usuarios.

Siendo el contrato de crédito documentario el instrumento más completo para el comercio internacional, el problema radica en el tráfico contractual contemporáneo, en la existencia de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en tanto, causan desequilibrio en la relación contractual, siendo aún la doctrina la que discute lo abusiva de las cláusulas contractuales y las que parten desde la ilegalidad en el ejercicio de los derechos.

1.2 Problema de investigación.

¿Se encuentran cláusulas abusivas en el contrato de apertura de crédito documentario en Colombia?

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Generales

Analizar la existencia de cláusulas abusivas que puedan existir en los contratos de apertura de crédito documentario y conocer su validez, manejo y control en Colombia.

1.3.2 Específicos

- Observar las características y el marco legal que tiene la teoría general del contrato y su interpretación en Colombia.
- Estudiar cuales son las características y elementos del crédito documentario y de las cláusulas abusivas en Colombia.
- Determinar si las cláusulas del contrato de apertura de crédito documentario son abusivas y conocer la responsabilidad legal de los bancos, frente a su aplicación.
- Conocer la función de vigilancia y control del Estado y de justicia frente a las cláusulas abusivas respecto al consumidor financiero.

INTRODUCCIÓN

El tema de las cláusulas abusivas, es una figura de derecho con doble perfil, de una parte, este tipo de cláusulas son permitidas y aceptadas por el ordenamiento jurídico, pero al mismo tiempo, su aplicación lesiona los principios básicos del derecho, al permitir que una de las partes, imponga las condiciones y el cliente financiero las acepte. Así las cosas, una cláusula es abusiva o no, dependiendo del abuso de los derechos de los consumidores, de lo contrario aun siendo arbitraria, no se reputa de abusiva porque se enmarca dentro de lo permitido por el ordenamiento jurídico.

Estas cláusulas, hacen presencia en los servicios financieros y especialmente en los contratos de apertura de crédito documentario, surgidos como consecuencia de una necesidad de la relación comercial internacional, dando confianza a los sujetos situados en plazas diferentes en la seguridad de recibir la mercancía y el pago de manera rápida y certera. Es por eso que el contrato de crédito documentario, se constituye en un instrumento esencial en el negocio jurídico, a pesar de la presencia de cláusulas preestablecidas por el banco, pero que son permitidas por la ley, respetadas por el ordenamiento jurídico y aceptadas por el consumidor financiero.

A este respecto el profesor Miller, E. (2007) considera abusivo todo comportamiento que conlleve a que una parte, estipule previamente que no será responsable respecto de la otra por el daño que ésta pudiese eventualmente sufrir, cuando expresa que: “Esta concepción se convierte en una teoría arbitraria, porque en virtud de la necesidad de un servicio, se aceptan las condiciones impuestas por una parte contratante, aun a costa del propio daño” (p. 25).

Bajo esta premisa jurídica, se ha promulgado normas para proteger al consumidor, garantizar el principio de la buena fe, el equilibrio contractual y los derechos de los clientes, pero que al mismo tiempo, respeten el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, en virtud de los principios de igualdad y libertad, mediante los cuales se expresan los intereses y condiciones en el contenido del contrato. En atención que estos principios pueden ser vulnerados en los contratos documentarios, en tanto las condiciones predispuestas contienen uso y prácticas bancarias, con

vocabularios técnicos y jurídicos, que logran confundir al consumidor, por no entender adecuadamente su contenido, pueden contener algún grado de abuso del derecho. Vallespinos enfatiza que las relaciones comerciales hacen grandes cambios económicos y jurídicos generando técnicas contractuales nunca antes previstas por el ordenamiento positivo.

En Colombia gracias al esfuerzo del gobierno y el legislativo, hoy se cuenta con un marco legal propio que propende por regular los usos y las prácticas bancarias, con el fin cumplir los paradigmas de protección de los derechos del consumidor. Dicho cuerpo de normas se evidencia en la ley 142 de 1994; la ley 1328 de 2009; la ley 1480 de 2011; la resolución 3066 de 2011 (actualizada por la resolución 4359 de 2013), resolución 3066 de 2011, 413 de 2006, entre otras.

Paralelo a este marco legal, se ha desarrollado una amplia y variada línea jurisprudencial, para el control, defensa y garantía de los derechos del consumidor, sin embargo, es posible que esta normatividad, aun se quede en letra muerta y el sistema financiero, continúe aplicando cláusulas y prácticas abusivas, en cuanto las normas existentes sean todavía dispersas y su interpretación cree confusión en jueces, consumidores y los defensores a la hora de aplicarlas.

1. TEORIA GENERAL DEL CONTRATO.

Para estudiar y comprender la complejidad conceptual de las cláusulas limitativas o abusivas dentro del ordenamiento jurídico, se hace necesario abordar el tema desde la teoría general del contrato, en virtud que estas hacen parte esencial del mismo. Sin embargo, por la amplitud del contenido de la noción contractual, solo se revisará en esta parte del trabajo, lo concerniente a los postulados de la formación histórica, los requisitos de la voluntad contractual, la interpretación y efectos del contrato, así como los elementos esenciales establecidos en el principio de economía, libertad e igualdad contractual, lo cual será el fundamento teórico, que permite sustentar las segunda parte de la investigación.

1.1 Concepto y evolución de la teoría general del contrato.

El concepto de contrato proviene del vocablo latín “contratus” y es un término que se utiliza de forma exclusiva en el área del derecho y determina una acuerdo voluntario entre dos o más sujetos de derecho, tienen la facultad legal para comprometerse y contraer obligaciones y de dicha relación se deriva una serie de derechos y obligaciones. En este orden de ideas, para que el contrato exista y alcance su eficacia, la ley exige cumplir tres condiciones básicas: a) consentimiento libre de dos partes, es decir, libre de vicios como el error, la violencia y dolo; b) el objeto, representa el interés compartido de las partes en el contrato, ya sea bienes o servicios, y c) una causa justa para la celebración del contrato, la cual constituye la razón que lleva a las partes a realizar el acuerdo.

Respecto de la formación histórica del contrato, el doctor Carlos Alberto Soto (2003), *en el artículo sobre las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusiva en los contratos predispuestos*, expresa que los jurisconsultos romanos no concibieron un concepto general del contrato y por tanto la definición que le dieron fue muy diferente a la que hoy se tiene, sin embargo, no se descarta encontrar allí su origen, cuando sostiene que: “Lo que conoció el derecho romano fue la existencia de convenciones, en las cuales algunas de las partes deba una

cosa o hacia algo para a cambio recibir a cambio algo que la otra parte prometía a su vez, dar o hacer” (Soto, 2003, p. 567).

Y tal como lo asevera el doctor Fernando Hinestrosa (2002), el derecho romano carecía de la teoría y de las reglas generales para todo tipo de contrato, sólo eran regulados los acuerdos reconocidos por los pretores. Pero empleando ellos la analogía se empezaron a aplicar los principios y reglas generales a otros tipos de contratos como en el comodato, mutuo, compraventa, arrendamiento y mandato entre otros. (p. 6).

Afirma Soto (2003) que el derecho romano también conoció los pactos como acuerdos de voluntades entre las partes, pero que estas no generaban ningún tipo de obligación y por lo tanto no se podía exigir su cumplimiento, solo se constituían en contrato o un acuerdo cuando se construían obligaciones mediante determinadas formas solemnes, es decir, mediante palabras o ritos, por la suscripción de un documento o por que se realizaba un determinado comportamiento, no por el simple acuerdo de voluntades.

En el derecho romano, la fuerza del contrato se escudó inicialmente en el formalismo y la solemnidad, pero con la entrada en vigencia de los postulados del derecho canónico esta fuerza avanzó significativamente, al fundamentarse en principios que atacaban el simple formalismo, como fueron el consenso que obliga (*solus consensus obligat*), y la acción que nace del simple pacto (*ex nudo pacto actio nascitur*).

La corriente de pensamiento afirma Soto (2003), expresada en “el derecho canónico perfeccionó la teoría del contrato, al concebir que dicha relación reposaba en el acuerdo de voluntades y faltar a una promesa se constituía en un engaño, mentira o pecado. Esta doctrina, aunque un poco confesional, imprimió un valor fundamental al consenso, porque impuso a las partes el deber de fidelidad a la palabra dada y el deber de veracidad en todas las relaciones” (p. 568).

De igual forma, considera este autor, que la teoría del voluntarismo jurídico contribuyó eficazmente en la evolución de la teoría contractual, porque para esta corriente el contrato surgió

por la voluntad de las partes para obligarse al expresar: “Cualquier persona que deseara obligarse, lo hacía por su voluntad” (Soto, 2003, p. 567).

Los aportes de este autor son esenciales en la doctrina contractual, no solo porque se constituye en un elemento básico en toda relación contractual contemporánea, sino porque introduce una relación subjetiva, por ser la voluntad humana la creadora de la obligación y en tal sentido, se presenta bajo la forma de un acuerdo de voluntades; contrario al postulado de entender la voluntad como un factor aislado de una sola persona, la cual es ineficaz para crear una obligación, ya sea en su provecho, teniendo en cuenta que para el derecho solo es posible reconocer su efecto cuando se da en relación con otra.

Sin embargo, Jaime A. Carvajal y Jesús M. Arteaga (1999), en su libro *curso de obligaciones*, discurren del planteamiento anterior al considerar que la voluntad unilateral no es completamente ineficaz en sí, porque a pesar que sólo las voluntades conjugadas en los contratos producen efectos jurídicos, teniendo en cuenta que el derecho reconoce el papel fundamental de la voluntad y le concede este efecto, es posible concebir una voluntad única en el contrato, como elemento simple del concurso de voluntades. Tanto que así lo reconoce el C.C. en el artículo 666, al afirmar que el derecho personal o crédito nace por un hecho suyo, o la sola disposición de la ley, se contraen obligaciones correlativas. Sostienen que: “En realidad, son innumerables los casos de efectos jurídicos producidos por la voluntad aislada, como es el caso del testamento, aceptación o repudio de herencias, renuncia a la prescripción, o a una servidumbre, o a una garantía; confirmación de un acto nulo, confirmación del acto de un agente oficioso, revocación y renuncia a un mandato, entre otros” (p. 10).

Para Carvajal y Arteaga (1999), el acuerdo entre las partes implica que en el contrato haya por lo menos, dos consentimientos, un mínimo de acuerdo y acuerdo sobre la existencia, naturaleza y objeto del contrato, de lo contrario se asume que hay error obstáculo, es decir, un defecto de la naturaleza que impide la formación del contrato y por lo tanto lo hace inexistente. “Respecto a la existencia de dos consentimiento, esto es, que las partes tengan al mismo tiempo el mismo consentimiento, pero como no se puede exigir que en todos los contrato se dé un acuerdo perfecto, es necesario por lo menos, exigir un mínimo de acuerdo” (p. 12).

Así mismo, los acuerdos deben incidir sobre la naturaleza y el objeto del contrato, en el sentido que ambas partes deben coincidir y consentir sobre una misma cosa, esto es, que ambas partes crean vender y no que una crea vender y la otra tomar en arriendo, porque en este caso no hay contrato, porque se está consintiendo sobre naturalezas diferentes.

El doctor Fernando J. López Zavalía (2011) en el libro *Teoría de los Contratos*, advierte que en el derecho romano cuando se celebraba un contrato, los contratantes debían obedecer a unas fórmulas preestablecidas y rígidas, pero que luego se evolucionó a formas más flexibles, que permitieron la manifestación de la voluntad de los contratantes, que el contrato hoy, es válido solo con que exista la voluntad de las partes. Considera que “el contrato toma forma desde que una o varias personas acepta obligarse, respecto a otra o dar alguna cosa o prestar algún servicio” (p. 54).

Por su parte, para la corriente del Jus Naturalismo o Escuela de derecho Natural, la teoría del voluntarismo conjugado de Soto, o el aislado de Carvajal y Arteaga, no es relevante para la doctrina contractual, porque para el Jus Naturalismo, el solo consenso obliga a las partes contratantes, la voluntad es un factor inherente al consenso; ve en el derecho un sistema planamente autónomo y totalmente ajeno a los valores morales y subjetivos en contraposición a la obediencia de los ciudadanos a los regímenes políticos totalitarios.

El doctor Guillermo Ospina Fernández (1994), en su libro *Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios jurídicos*, considera que hoy el contrato es el elemento principal de desarrollo de la actividad comercial, al afirmar: “en la sociedad actual debido a la complejidad de desarrollo económico y social, el contrato se constituye en el principal acto jurídico, porque los bienes ya se encuentran apropiados, entonces las necesidades se satisfacen mediante el intercambio de tales bienes y la prestación de servicios, entre los asociados, de suerte los contratos y las obligaciones constituyen el objeto específico de dar, hacer o no hacer y cumplen con el requisito del intercambio” (p. 61).

Más adelante afirma Ospina Fernández (1994), que: “al considerar el contrato como el principal acto jurídico para la prestación de bienes y servicio entre los asociados, habida cuenta que los bienes existen per se, ha permitido aceptar que los legisladores han convertido de modo decisivo, la tendencia de la teoría y la práctica contractual en el soporte más importante de la vida social moderna, en cuanto en esencia el contrato regula la vida de todos los negocios jurídicos” (p.63).

En oposición a la concepción del derecho romano, en el derecho colombiano, es posible que el contrato y la convención no sean términos sinónimos, por cuanto, la convención es el género que comprende actos bilaterales, no creadores de obligaciones como por ejemplo, un arreglo para pagar una remisión, mientras que el contrato por su naturaleza es un acto bilateral creador de obligaciones, a pesar de que del código civil conciba que ambos conceptos constituyen un acto por el cual las partes se obligan (C.C. artículo 1495).

Al respecto el artículo 1495 de Código Civil dice: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa...”. En este sentido, se entiende que cuando se habla convención, se refiere al acuerdo de dos o más personas que tienen como fin crear, modificar o extinguir una obligación, mientras la palabra contrato es el acto por el cual una persona se obliga con la otra. Sin embargo, considero que para la ley es indiferente, es decir, no hace una distinción jurídica o filosófica diferenciada, porque las obligaciones nacidas de los contratos se denominan obligaciones convencionales y obligaciones contractuales.

De igual forma, López (2011) expresa que: “los contratos se perfeccionaban con el solo consentimiento y por lo tanto obligaban a las partes a lo pactado y a todas las consecuencias que de él se deriven, en tanto que el único requisito para la existencia, es la declaración de la voluntad de dos individuos, excepto los contratos para celebrar capitulaciones matrimoniales e hipotecas, los cuales requieren de un formalismo especial” (p. 54).

Para la teoría moderna, el derecho contractual acoge los principios expuestos por las corrientes de pensamiento descritas y las considera como el origen del principio de la autonomía de la voluntad, es así como hoy se considera que el único soporte de las obligaciones es la voluntad manifiesta por medio del contrato o de la ley. Sin embargo, dadas las circunstancias sociales

actuales, se hace necesaria la intervención estatal, para evitar el abuso unilateral de la autonomía de la voluntad y por ende el desequilibrio de la relación contractual.

Así las cosas, para la celebración y validez de la relación contractual moderna, son requisitos indispensables el formalismo y la protocolización, elementos que no eran muy utilizados en los comienzos de la relación contractual, por cuanto solo bastaba con el acuerdo verbal. En este sentido el contrato hoy es una entidad jurídica y estatal compleja, que conlleva una serie de requisitos en la celebración, validez, interpretación y ejecución.

1.2 Requisitos de la voluntad contractual.

El código civil colombiano respecto a la teoría contractual lo establece en el artículo 1495. De este mandato legal, surge el presupuesto de la voluntad contractual, que permite que el contrato nazca y sea válida, sin embargo, esto es posible cuando la voluntad cumpla con los siguientes requisitos: a) que cada parte entienda obligarse y b) un consentimiento serio, es decir, libre de la simulación y del fraude a la ley. Lo anterior implica que exista una forma expresa, como oposición a la simulación; y c) que cada parte se obligue dentro de la legalidad, en contraposición al fraude a la ley.

De lo establecido en el código civil, se considera que frente al primer requisito no existe mayor dificultad, por cuanto las partes mediante un acto consiente, libre y voluntario deciden comprometerse a través de la relación contractual; de igual forma, sucede con el tercero, porque en el evento que el contrato se realice por fuera de la ley, se estaría actuando en el campo de lo legal y la misma ley entraría a sancionar esta conducta. Sin embargo, respecto a la teoría de la simulación, si aparecen dificultades tanto para el derecho como para la misma relación contractual, en virtud que es la misma voluntad de las partes, la que se asocia para consentir o para simular.

Para el profesor Ospina (1994), la simulación “es la discordancia entre la voluntad real y su declaración y se da en el concierto de dos o más personas para fingir una convención ante el público con el fin de que esta no produzca, en todo o en parte los efectos aparentados, o en

disfrazar mediante una declaración pública una convención realmente celebrada con el ropaje de otro negocio diferente; o camuflar a una de las partes verdaderas con la interposición de un tercero” (p. 108).

Plantea Ospina (1994), que la simulación que involucra un acuerdo entre las partes, produce declaración de la voluntad pero contrarias a lo que realmente se desea, con el fin de engañar a terceros; las partes convienen o simulan la existencia de un contrato, sin que en realidad exista, por cuanto lo único que busca es engañar haciendo creer que se celebró un contrato, en el caso de una simulación total, mientras que la simulación relativa procede cuando las partes celebran un contrato, pero aparentan la existencia de otro. “En este contexto de la teoría contractual, cobra espacio las cláusulas abusivas, al manipularse el precepto legal, del consentimiento y la voluntad de las partes, para dar marcha a la imposición de la voluntad del poder dominante en la relación contractual” (p.110).

Por su parte Manuel Albaladejo (2001), en el libro *Derecho Civil I*. citado por González J. y Méndez F. (2004), establece que “la simulación contractual se da cuando las partes del contrato emiten una declaración no coincidente con la voluntad interna, con el fin de engañar a terceros” (p. 656).

De acuerdo a lo anterior, los requisitos de la voluntad se circunscriben al terreno de la libertad, el consentimiento y la legalidad. Lo que implica que las persona que deciden ejecutar una relación contractual, esta decisión voluntaria y consiente, debe ser regulada por la ley. Siendo la voluntad un elemento subjetivo y factor principal del contrato, no puede ser una voluntad discrecional frente al ordenamiento jurídico del Estado.

1.3 Interpretación y efectos del contrato.

La doctrina considera que la efectividad de un contrato depende de la interpretación que se haga de su contenido por parte del operador jurídico y las partes que los suscribieron, entendida esta

como la necesidad de precisar lo que pretendieron decir las partes. La interpretación puede darse en dos posiciones: desde la posición objetiva o desde la posición subjetiva. La primera, conlleva el deber de dar preferencia a lo planteado en el texto declarado por las partes, donde expresan su intención, mientras que la subjetiva, consiste en precisar en lo posible, la intención de las partes con el fin de determinar lo que quería declarar la persona.

El profesor Jorge Viera (1999), expone que entender el contrato supone la existencia de un conceso permanente y coherente desde el mismo momento de la celebración hasta su ejecución, de quienes lo celebran. En este contexto dice, “la necesidad de interpretar el contrato es fundamental porque pueda desaparezca el consenso y aparezca disenso, respecto a la naturaleza, el contenido, el alcance y los efectos de la declaración de la voluntad realizada al momento de la celebración del contrato; la interpretación, surge como un mecanismo jurídico para reconstruir la voluntad de las partes” (p.7).

En este sentido, la interpretación adquiere un carácter puramente subjetivo, porque su fin es la reconstrucción de la voluntad de las partes, sin embargo, la interpretación no puede tener como único fin la reconstrucción de la voluntad, porque en determinados negocios la voluntad puede haber sido emitida de una forma oscura, o bien habiendo sido la intención inicial clara, la evolución de las circunstancias jurídicas y económicas exigen ratificar la declaración de la voluntad con el fin de adaptarlas a las nuevas circunstancias, en este caso se debe acudir al principio de la buena fe, como factor moderador de la interpretación y darle un sentido más objetivo, de esta forma la interpretación adquiere un carácter objetivo.

La legislación colombiana se identifica con la posición subjetiva y se ciñe a sus postulados, en tal sentido, busca la intención común en la voluntad de las partes declarada en el texto. Así las cosas, la interpretación es una actividad conjunta y sistemática, donde las palabras deben tomar el uso que se les haya dado y en el lugar donde se haya celebrado el contrato. Ghorpe (1985), considera que “la interpretación busca rescatar y respetar la verdadera intención del declarante o de las partes en general, respetando el principio de la buena fe, porque este cumple una función integradora cuando no hay regulación en el contrato, o una función correctora cuando no hay vacío, sino expresiones confusas, para subsanar defectos de expresión” (p.132).

Para la Corte Suprema la interpretación en los contratos de adhesión, tanto la doctrina como la jurisprudencia aceptan que la interpretación debe ser diferente cuando se trata de contratos en los cuales no hay libre discusión de su contenido, por la situación de debilidad manifiesta que existe en una de las partes, es decir, aquella que no determina el contenido del negocio. No significa lo anterior, que todos los contratos por adhesión sean malos para la parte débil, sino que el problema se concentra en aquellas cláusulas denominadas abusivas. Algunas reglas como la del inciso 2º del artículo 1324 del C.C., han tratado de atemperar el rigor de estos abusos. En esta oportunidad la Corte afirmó que: “citando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que resumirse que estas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación”. (Corte Suprema. Sentencia de agosto 29 de 1980, M.P Humberto Murcia Ballén).

A cerca de la interpretación contractual, en el libro *Responsabilidad civil y Aquiliana* el doctor Edgardo Ignacio Saux (2005), “describe de manera concreta cuáles son los aspectos importantes en los que el Decreto Reglamentario 1798/94 señala en su literal c) el comportamiento abusivo del predisponente al poder tener este comportamiento abusivo al inicio, durante o después de la celebración del contrato, advirtiendo que este abuso no es solamente respecto al clausulado del contrato sino también con respecto a su buena fe” (Pág. 114).

A pesar del avance que ha tenido la jurisprudencia y la doctrina en esta materia, se hace necesario tomar medidas contundentes, para dar soluciones concretas y eficaces respecto a la aplicación y sanciones de las cláusulas abusivas, porque es claro que las mismas, deben sancionarse de manera drástica, excluyendo su aplicación o sancionándolas con ineficacia de pleno derecho. Autores como Mosset Iturraspe y Soto Coaguila, proponen soluciones basadas más en la equidad, aun siendo criterios todavía muy vagos, que requieren de mecanismos más activos que lleven a su materialización.

Acerca del pensamiento del doctor Gherzi Carlos en su libro *Problemática moderna: nulidades contractuales y cláusulas abusivas*” señala que Iturraspe, ve la solución de manera estricta en la interpretación contractual, al ver la prescripción como el “conjunto de prescripción de la ley respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico”. (p.149).

El doctor Soto Coaguila en su libro *La autonomía Privada y la Buena Fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato*, piensa que la interpretación del contrato se debe basar en la autonomía voluntad y que este principio debe ser absoluto, y si por si acaso se presenta este derecho limitado será el Estado el que lo limite con el fin de evitar abusos en la contratación privada ya sea por desigualdad económica y social de las personas o de la información que se dio al otro sujeto al momento de contratar. Pero en la interpretación no solo se debe hacer uso de este principio, también se debe mirar la buena fe contractual, es decir que no contravengan el orden público y la moral (p. 623).

1.4 Igualdad y libertad fundamentos jurídico del contrato.

Camilo A. Rodríguez Yong (2013), al respecto de la libertad y la igualdad contractual, que hacen parte de la autonomía de la voluntad y consiste en la facultad de una persona para decidir si quiere contratar, con quien quiere hacerlo y bajo qué condiciones, sostienen: “Entre las prerrogativas que envuelven la libertad contractual, se encuentran la libertad de contratar o no contratar, libertad de elegir con quien celebrar el contrato, libertad de escoger la forma del contrato, libertad de celebrar el contrato de forma inmediata o de forma progresiva y libertad de establecer el contenido del contrato, entre otros” (p.29)

De la lectura de lo expuesto se infiere que el contrato se fundamenta en presupuestos filosóficos y sociológicos que operan en el acuerdo de voluntades de las partes que se obligan. En palabras de Luis Díez Picazo (1999), “estos presupuestos son de tipo económico, de igualdad y de libertad;

son reconocidos y concedidos por la doctrina y la ley, respecto a las partes contratantes, porque a través de ellas se expresa el querer y el consentimiento en el contenido del contrato” (p. 121).

Con fundamento en el presupuesto de economía Soto (2003), “considera que este, está enmarcado en la teoría de la economía liberal, la cual se fundamenta en el lema de *“laissez faire, laissez passer, le monde va lui meme”* y en la idea de que las leyes del mercado, el egoísmo y la competencia individual, actuando en interés de cada persona, se constituyen en el mejor motor de la felicidad y de la prosperidad de las naciones, sin embargo, expresa, este presupuesto no tiene mucha relevancia en la solemnidad contractual actual” (p. 567).

Respecto al principio de igualdad de las partes Soto (2003), manifiesta que “este se base en la idea suprema y ineludible de la igualdad, como posibilidad sustancial que tienen las personas contratantes, en atención a que el contrato es el mejor medio de acuerdo para arreglar los intereses privados, por ser el acto más común de los contratantes que se encuentran en igualdad de condiciones para expresar las intenciones de la negociación, lo que se supone un arreglo entre iguales” (p. 567).

Para este autor, “la libertad se encuentra en la exaltación de la libertad de las personas. Toda persona es libre por naturaleza para negociar y celebrar un contrato, lo hacen porque así lo desea, porque su voluntad a si lo manda. Bajo este concepto un contrato celebrado libremente es un contrato justo y equitativo” (Soto, 2003. p. 567).

Suescun Melo (2009), dice que los principios de libertad y la Igualdad se utilizaban como pilares de la contratación, pero que fueron altamente cuestionados a finales del Siglo XIX y comienzos del Siglo XX. Afirma: “Pues los comerciantes de esta época ya no tendrían la facultad de imponer sus propias reglas comerciales. Desde este problema entre comerciantes y normas estatales, el Estado se vio obligado a legislar específicamente sobre los contratos bancarios y la protección que se le debía dar al consumidor” (p.33).

Sin embargo, para algunos autores estos principios tan esenciales en la relación contractual, no siempre están presentes porque en muchos contratos una parte somete la voluntad del otro, y los

principios señalados se ponen al servicio del poder dominante y es donde aparece la figura abusiva del derecho. A este respecto es importante traer nuevamente los interrogantes de Soto (2003), cuando se pregunta: qué pasa con los contratos donde las partes contratantes no negocian su contenido, sino que una de las partes se ve en la obligación de adherirse al contenido contractual predispuesto por una de las partes?, acaso no se presenta el abuso y el desequilibrio de la relación contractual?Cuál es la función del derecho en éste caso? (p. 567).

Considero que estas y muchas otras preguntas que surgen por la imposición del poder dominante de una de las partes en la relación contractual, están sin resolver, contrario sensu, el ordenamiento jurídico ha preferido aceptar las figuras abusivas en el derecho, quizá por la incapacidad filosófica y doctrinal de dar una respuesta y una explicación concreta, que permitan que los preceptos de igualdad y libertad, se constituya en insalvable en la relación contractual o porque en realidad, dicho desequilibrio es inherente al contrato.

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), establece que en realidad no existen pactos, ni autorización legal que permita que una de las partes modifique lo pactado, por lo tanto este comportamiento carece de fundamento legal. Sin embargo, en atención al principio de libertad e igualdad, se crean comportamientos que quebrantan la voluntad de las partes y justifican la voluntad del acreedor. Caso muy conocido cuando el banco sube la tasa de interés convenida, libera las garantías constituidas en su favor, aumenta la tasa de interés para la mora, hace cobros por uso de las tarjetas débito y crédito, etc.; en estos casos, los cambios unilaterales son jurídicamente posibles porque son renunciaciones de derechos o expectativas sobre los cuales el acreedor puede disponer libremente, lo que no significa que también el acreedor pueda modificar el contrato en su favor, ya que puede llevar a que se agraven de las condiciones, obligaciones y cargas (artículo 326).

Tanto el código de comercio como la Carta Superior, permiten y justifican el comportamiento unilateral del acreedor y por ende el quebrantamiento de los preceptos de la libertad y la igualdad, porque consideran que después de celebrar el contrato aparecen circunstancias imprevisibles y extraordinarias que agraven, modifiquen o alteren las obligaciones y responsabilidades iniciales, obligando a los bancos a establecer ajustes que permitan mantener o

recuperar los mismos términos convenidos desde un comienzo. Esto me parece apenas un sofisma para hacer creer al cliente financiero que es para su conveniencia y la salud del contrato, porque el banco sabe que no puede construir otra relación que repare el margen de utilidades que se esperaba recibir del contrato en el momento de suscribirlo (Código Comercio, 868; Constitución, 230).

A este respecto, la Corte Constitucional ha señalado en referidas oportunidades que para que este comportamiento este amparado por la ley (en concordancia con la teoría de la imprevisión), se admite la existencia de cláusulas de reajuste unilateral, pero solo pueden ser válidas si la entidad financiera la utiliza como mecanismo para eliminar un desequilibrio extraordinario e imprevisto, surgido luego de celebrado el contrato de ejecución diferida (sentencia C-1547, 2000). De igual forma, Ospina Fernández (1994) sostiene que: “dichos comportamientos, solo son posibles de aceptarse si se encuentran sustentados en requisitos legales, de acuerdo a lo señala los artículos 1502 y 1604 del Código de Civil y artículo 822 del código de Comercio” (p. 78).

Por lo expuesto, no es posible afirmar que sea totalmente válida para el derecho, la absoluta e ilimitada autonomía de la voluntad privada, fundamentada en los postulados de libertad e igualdad de las partes, sino que de alguna manera, esta deben tener un control y limite desde la ley. En palabras de Josserand (1940), “por encima de autonomía de la voluntad, debe reinar el principio de equidad y de la buena fe, como los señalan los artículos 1, 2, 822 código de comercio y 1603 del código civil, ya que son estos preceptos los que deben guiar el comportamiento de las partes en todas las etapas del contrato” (p. 113-166).

Se puede ver entonces que el ordenamiento jurídico en observancia de la doctrina jurídica y los postulados filosóficos planteados, garantiza la libertad y la igualdad de las partes en la relación contractual, por en encima de la voluntad de la autonomía privada y en consecuencia, propender porque los contratos sean celebrados con base en los fundamentos de estos presupuestos, mediante fórmulas eficaces para sancionar a los contratantes que abusen de su posición en perjuicio del más débil, como sucede en los contratos bancarios; en tal sentido, el derecho evita a toda costa, la existencia de conductas arbitrarias y el poder dominante de las partes, a menos que estas obedezcan a la teoría de la imprevisión.

Al respecto el profesor Llamas E. (2006), en *Estudios de derecho de obligaciones*, plantea que: “hoy en día estamos en una economía deshumanizada perjudicando así a la parte débil del contrato, por lo cual es urgente replantear el principio de la libertad e igualdad contractual ya que son pilares fundamentales en la teoría del contrato. Dando como resultado que el contrato se debe redactar de tal forma que no lesione la confianza de la contraparte. Y es esto lo que la doctrina y la jurisprudencia llama el criterio de responsabilidad” (p.5).

2. EL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO DOCUMENTARIO.

Antes de estudiar el contrato de crédito documentario, se hace necesario abordar en breve, algunos aspectos generales, sobre los contratos de adhesión, teniendo en cuenta que el contrato de crédito documentario es por naturaleza un contrato de adhesión, aclarando que solo nos vamos a referir a los contratos de adhesión en el sector financiero.

2.1 Contratos de adhesión.

Partiendo de la norma general de la naturaleza del contrato, se tiene que el contenido del contractual es dispuesto por las partes, regulado por el consentimiento, la autonomía de la voluntad y la buena fe. Sin embargo, existen contratos que rompen con el principio general del contrato, al adoptar una lógica jurídica contraria, consistente en que una de las partes disponga las condiciones y el contenido del contrato y la otra asuma una posición pasiva de aceptación exclusivamente, característica principal de los contratos de adhesión, postulados aceptados tanto por la doctrina y la legislación colombiana.

Diego Omar Pérez (1996) en *Las cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano*, citando a Veloso Paulina, señala que los contratos de adhesión, son contrapuestos a los celebrados, discutidos y negociados, porque las cláusulas son redactadas o dictadas por una sola de las partes, la otra se limita a aceptarlas en bloque adhiriéndose a ellas. El fenómeno de adhesión puede ocurrir en la contratación aislada, fruto del mayor poder de una de las partes, acompañado de la ignorancia o ligereza de la otra, o bien en la contratación masiva donde la empresa impone al consumidor un texto previamente redactado e impreso.

Sea cual sea las circunstancias señalada por Pérez, se considera que el fenómeno de adhesión se debe a la existencia de tres causas fundamentales: el poder dominante de una de las partes, la ignorancia y la ligereza de la otra y por el mecanismo masivo de contratación utilizado por la

empresa. Aunque nos acogemos a estas razones, no es posible aceptar que estas sean las únicas variables que posibilitan los contratos de adhesión.

Para la Superintendencia Financiera (2008) los contratos de adhesión son aquellos elaborados unilateralmente por la sociedad fiduciaria y cuyas cláusulas o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose éstos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad (artículo 3.2). Describe en otro acápite la Superintendencia: “Para que se considere como un contrato de adhesión no debe existir necesariamente una parte contratante que sea superior económicamente sobre la otra” (Superintendencia Financiera, 2008, artículo 3.2).

Es posible dice Pérez (1996), que: “las condiciones generales de los contratos de adhesión, suplan el vacío legislativo en algunas materias, pues lo que más interesa al predisponente, es definir completamente el contenido jurídico de su relación jurídica. Es posible que la interpretación constante de este tipo de contratos aporte criterios de interpretación a favor o en contra de las partes” (p.28).

Tanto para Pérez como para la Superintendencia, existen algunas desventajas en los contratos adhesivos. El principal inconveniente dice Pérez, “es la reducción de la libertad negocial. En efecto es usual que el adherente se someta a la voluntad del disponente, al no existir el poder de negociación en poder de uno de los contratantes, es posible que el contrato de adhesión termine acompañado de cláusulas abusivas, el consumidor se ve obligado a captarlo. Estas cláusulas que son inicialmente lícitas, resultan inequitativas o extremadamente onerosas favoreciendo la posición contractual de predisponente” (p.29).

Para otros autores, los contratos de adhesión tienen una doble naturaleza: una anti contractual y otra contractual. Para la teoría extracontractual el consentimiento es totalmente restringido porque no hay un acuerdo entre la partes, al existir desigualdad entre los contratantes, mientras que la tesis contractual, acepta que simplemente es un contrato diferente a los de libre discusión.

Esta última teoría es acogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sentencia del 15 de diciembre de 1970. Allí se explica que la contratación por adhesión es la aceptación de la parte más débil, a una oferta realizada por la parte fuerte. “Si la parte débil decide aceptar la celebración del contrato, estará también sujeta a la aceptación de todas cláusulas que integran el contrato, sean o no abusivas” (p. 33).

De lo expuesto se puede concluir en primer lugar, que ni la ley, ni la jurisprudencia han dicho, ni podrán afirmar tal cosa, que lo realmente válido en un contrato, sea la discusión entre las partes interesadas, pues lo único que se exige es que este convenio sea consentido por las partes. Este postulado indica que la ley no le preocupa el fenómeno de adhesión en los contratos, lo que exige es que medie el consentimiento como elemento regulador del mismo.

En segundo lugar, es importante que quien se adhiera y acepte las condiciones expresando su consentimiento, lo haga libremente y no mediante coacción, partiendo del principio que toda persona es libre de aceptar o rechazar el contrato. Sin embargo, aunque la ley considera que debe existir igualdad en cuanto al equilibrio que debe proporcionar el contrato, nunca se ha referido a la igualdad de las partes, es decir, no establece que el convenio se realice entre partes con la misma igualdad económica y jurídica, lo cual también resultaría jurídicamente imposible. Lo que si exige la ley, es que las condiciones generales del contrato, se pacten dentro de los límites legales vigentes, lo cual implica que no vayan en contravía de las buenas costumbres y orden público.

2.2 Aproximación al concepto de contrato de crédito documentario.

Antes de estudiar los contratos de crédito documentario, se hace necesario referirnos al sistema financiero y bancario, por la relación de dependencia que se deriva de este tipo de contrato con el sistema financiero. El sistema financiero en Colombia, hace parte del sistema financiero internacional y constituye uno de los elementos fundamentales de crecimiento y desarrollo económico del país. El sistema financiero está formado por el conjunto de instituciones (bancos), los medios de capital (capitales) y los mercados financieros (captación, inversión y crédito).

La función principal de las instituciones financieras consiste en realizar las tareas de la economía de mercado, mediante la captación de capitales ahorradores o unidades de gasto con superávit, con el fin de encausarlo hacia los prestatarios o unidades de gasto con déficit, sirviendo como intermediarios de activos entre los ahorradores y los inversores públicos o privados (Molina, 2001, p. 615).

En este sentido, las funciones del sistema financiero se pueden resumir en tres: a) captar el ahorro y canalizarlo en créditos e inversión, b) mantener en oferta los productos que se adapten a las necesidades de los prestatarios y c) lograr dentro las políticas del Estado la estabilidad financiera. Así las cosas, la actividad financiera es consecuencia del mercado financiero, es decir, esta acción pone en contacto los agentes económicos, que determinan precios, proporcionan liquidez, producen plazos y costos de intermediación.

Para Delfino Cazet (1977): “el derecho bancario hace parte del derecho comercial y está constituido por prácticas del derecho privado. Por lo tanto, el derecho bancario es regulado con las normas que controlan las relaciones contractuales privadas” (p.17). Afirmar Molina (2001), que la actividad financiera y bancaria, se desarrolla a través de un conjunto de normas, instrumentos, documentos predeterminados; por tratarse de una actividad contractual facultada por la ley, la entidad bancaria establecen una serie de condiciones unilaterales, las cuales pueden constituirse en cláusulas abusivas, sometiendo el servicio financiero al cumplimiento dichas condiciones. Así las cosas dice: “Los contratos bancarios tienen formas homogéneas y preestablecidas y aunque en su redacción y forma no son regulados, la transnacionalización del mercado ha logrado que se ajusten a modelos internacionales y a la ley. A pesar de que los contratos bancarios son autónomos, la práctica negocial ha creado condiciones generales de manera uniforme y de conformidad con el marco legal” (p. 616).

De otra parte, aunque la contratación bancaria es una especialidad de la contratación civil y mercantil, no se da una regulación específica para el sistema bancario, en tal sentido, los contratos bancarios son innominados y atípicos, porque obedecen a una construcción de las partes

contratantes, entonces requieren para la creación la presencia de elementos utilizados en otro tipo de contratos.

Por tratarse de una actividad liberal donde casi siempre se impone la voluntad de la entidad financiera, se requiere la acción decidida de los órganos estatales de control, supervisando y haciendo cumplir las leyes y de esta forma, evitar que el sistema financiero abuse del poder, que le concede la misma regulación, y de esta forma propiciar el sano desarrollo del mercado financiero, evitando los abusos y arbitrariedades de los agentes que intervienen en el mercado.

En Colombia la Superintendencia Financiera, es la entidad encargada de diseñar las políticas financieras y los conceptos indispensables para que los servicios bancarios se presten adecuadamente y dentro de las sanas prácticas bancarias. Por orden constitucional y legal la Superintendencia debe garantizar los derechos que tienen los individuos cuando hacen uso del sistema bancario, en atención a que los bancos cuando elaboran los formatos de las condiciones generales del contrato de apertura de crédito documentario, insertan cláusulas abusivas, que el cliente se ve obligado a aceptar por necesidad de obtener el crédito.

Y como es aceptado por la Corte Constitucional a partir de la sentencia 660 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz el principio de la autonomía de la voluntad es la libertad en el manejo del consentimiento, no es un poder absoluto de autogobierno de intereses sino que esta autonomía debe ceñirse a los límites impuestos por el mismo ordenamiento jurídico.

2.3 El contrato de crédito documentario.

En esta parte del trabajo nos dedicaremos a estudiar el contrato de crédito documentario, a la luz de expuesto por estudiosos del tema. El análisis pretende abordar concepto, características, importe del crédito, función económica, duración, elementos, formas, modalidades, clases de aperturas, costos, objeto, garantías, obligaciones del banco y obligaciones de cliente, extensión y ventajas y desventajas del contrato, entre otros.

2.3.1 Concepto del contrato de crédito documentario.

Según lo expuesto por Rodríguez Azuero (2002), “el crédito bancario es concebido como la posibilidad dada al acreditado de acudir al patrimonio del banco en concurrencia de una suma determinada o la facultad que goza el acreditado para utilizar, a su árbitro, la suma puesta a su disposición. Todo contrato que implique la existencia de una disponibilidad a favor de una persona es la facultad de demandar la entrega de una suma de dinero” (p. 521).

Se entiende por contrato de apertura de crédito, dice Rodríguez Azuero (2002), “al acuerdo según el cual el banco (acreditante) se compromete con su cliente (acreditado) a conceder crédito de dinero o de firma, directamente a él o a un tercero que indique, dentro de ciertos límites cuantitativos y mediante el pago por el acreditado de una remuneración” (p. 522).

El contrato de crédito documentario se caracteriza porque: tiene su origen en el acuerdo de voluntades, está regido por el derecho privado, cumple con el rigor jurídico y cumple una función de servicios dados por la entidad bancaria, surgida de una obligación de naturaleza contractual; de igual forma, está regido por el principio de la buena fe.

El doctor Carlos Gilberto Villegas (1993), define el contrato de apertura de crédito documentario, como “un contrato donde solo operan los documentos, allí no hay ni mercancías ni dinero. Así que el banco solo utilizará documentos exclusivos, sin tener en cuenta lo referente a las mercancías” (p. 238).

El Código terrestre de 1887 lo define como: “una solicitud que hace el tomador al dador para que el dador le otorgue una carta de crédito, con el fin de garantizar una compraventa internacional, la cual se le conoce como cartas órdenes de crédito. Esta definición refleja la verdadera naturaleza jurídica del crédito documentario” (Código Terrestre, 1887).

Albornoz (2002), considera que el crédito documentario es de naturaleza compleja y que no existe una posición doctrinal o jurisprudencial definitiva, por eso, muchos autores se inclinan por la teoría de la delegación acumulativa pasivo o por la del negocio jurídico complejo. “En la

legislación colombiana el contrato de crédito documentario, no está totalmente regulado, de modo que se trata de un contrato atípico (por lo menos es el trato que se le da), en tal sentido, se utilizan las normas de la banca internacional, elaborados por las Cámara de Comercio Internacional, con total uniformidad” (p. 134).

Para Villegas (1993), el contrato de apertura de crédito documentario puede tener dos variedades: “a) el banco pone a disposición del usuario financiero una suma de dinero para que éste disponga de ella en la forma, términos y condiciones convenidos, y el acreditado se obliga a pagarla, más los intereses y comisiones en los términos estipulados; y b) el banco se obliga a contraer una obligación por cuenta del cliente financiero, con la condición de que el cliente financiero cubra de manera oportuna el importe de la obligación y pague la asistencia acordada. Este tipo de variedad se acuerda en el momento de la aceptación de la apertura del crédito documentario” (p.239).

Muguillo (2004), señala que “la Jurisprudencia ha indicado que la naturaleza jurídica del contrato de apertura de crédito, se encuadra dentro del género de los contratos preparatorios y la especie de contratos de coordinación, se trata de un contrato definitivo que genera efectos obligatorios para las partes contratantes desde el mismo momento de su celebración” (p. 121).

En el caso de colombiano, estos contratos, carecen de una normatividad propia y se rigen aparentemente, por la voluntad de las partes, mediante la modalidad de contratos de adhesión siguiendo las normas básicas de la contratación general, es decir, la costumbre, los usos y los principios generales del derecho; el contrato como tal, es expresado en los formulario usados y aplicados uniformemente a nivel nacional e internacional.

A esta altura del trabajo se hace necesario precisar la diferencia o similitud que existe entre el crédito documentario, carta de crédito y contrato de crédito documentario, puesto que se viene hablando indistintamente de ellos. Para la mayoría de los autores consultados, los tres instrumentos son equivalentes, en cuanto hacen referencia al contrato de compraventa realizado entre el exportador y el importador, no parece haber ninguna diferencia entre ellos. Sin embargo, para Espinosa (2009), considera que crédito documentario y la carta de crédito es el mismo

instrumento de pago, pero independiente del contrato que dio origen a la relación contractual, es decir, al contrato de crédito documentario la carta de crédito es un documento distinto (p. 104).

Para Vidal (1958), por ejemplo no “existe diferencia entre la carta de crédito y el contrato de crédito documentario, los dos son instrumentos que nacieron de la práctica comercial entre operadores de comercio internacional, que dan cuenta de la necesidad de un mediador entre ellos, la carta de crédito o contrato de crédito, suplen esta necesidad y afirma que los créditos documentarios ofrecen además, mayor seguridad en cuanto al riesgo de cobro” (p. 2- 3).

La Corte los califica como dos instrumentos completamente distintos, pero con una mutua relación. Considera que las cartas de crédito constituyen el instrumento o documento, donde se pactan las condiciones y cláusulas del contrato del crédito documentario, lo cual me parece acertado y ajustado a derecho.

Así, la jurisprudencialmente, le da un enfoque individual frente a las partes que intervienen en el crédito documentario. La Corte, señala que la naturaleza jurídica de la carta de crédito tiene una relación sustancial tripartita. Una es la que surge entre el ordenante y el beneficiario, ligados entre sí por un contrato de compraventa. Otra, la que surge entre ordenante y emisor, relación determinada por las condiciones de la carta de crédito. Y, una tercera, la que se cumple entre emisor y el beneficiario, también reglada por la carta. La jurisprudencia siempre ha sostenido que las tres relaciones existentes en la carta de crédito hacen que este negocio sea completo, aunque cada uno de las relaciones de las partes del contrato estén consideradas individualmente, pero como dice la doctrina, todos estén vinculados entre sí (Corte Suprema de Justicia, 1983).

Respecto a los sujetos que intervienen en la carta de crédito, Villegas expresa que ésta generalmente, tiene una forma triangular pero al ser un negocio complejo en la práctica estarán también las siguientes personas:

1. **El ordenante.** Es el importador o comprador de la mercancía, es quien solicita la apertura del crédito documentario y prepara al banco emisor sobre las condiciones para llevarlo a cabo. Es el obligado a pagar.

2. **El banco emisor.** Es el banco elegido por el comprador que procede a la apertura del crédito y emite el documento representativo del mismo. Es la entidad que efectúa el pago del crédito al vendedor si se cumplen las condiciones exigidas en el mismo.
3. **Beneficiario.** Es el exportador o vendedor de la mercancía, y tiene el derecho de cobro por haber cumplido con las condiciones impuestas en el crédito. Él es receptor del documento del crédito, y quien recibirá una garantía de pago siempre que presente la documentación requerida.
4. **Banco corresponsal.** Según la responsabilidad que tenga, se llamará banco pagador si le entregara dinero a la vista al beneficiario una vez hecho el cumplimiento de sus obligaciones (pago a la vista), banco negociador si se le hubiera encargado descontar letras al beneficiario contra el cumplimiento de sus obligaciones (pago diferido), banco aceptador si acepta las letras del beneficiario para pagárselas al vencimiento o banco avisador si solo actúa notificando al beneficiario de la apertura del crédito a su favor. Los usos y costumbres hacen que el banco corresponsal pueda ser más de un sujeto, por tener responsabilidades diferentes (Villegas 1993, p. 193).

En síntesis, el contrato de crédito documentario es un convenio en virtud del cual un banco emisor, a petición de un cliente, se obliga a efectuar un pago a un tercero (vendedor) o autoriza a un banco avisador o confirmador a efectuar dicho pago, aceptación o negociación, luego de la recepción de los documentos dentro de las condiciones y términos requeridos para el crédito. Entendemos que es una relación entre tres sujetos: entre A (comprador), B (vendedor) y la entidad bancaria (pagador), lo cual implica una estrecha correlación entre ellos, para que pueda efectuarse el negocio esperado.

Así las cosas, el crédito documentario, como instrumento jurídico ofrece una serie de garantías comerciales tanto al exportador como al importador, en virtud de la seguridad que brinda la transacción a los contratantes. De una parte, el exportador tiene la garantía de pago de uno o más bancos, mientras que el importador goza de la certeza de que solo habrá pago si sus exigencias son cumplidas. Es una orden de pago condicionada por un banco, a pedido del importador, a favor del exportador.

2.4 Características del contrato de crédito documentario.

La apertura del contrato de crédito documentario es una actividad realizada por el vendedor y el importador, con el fin de acreditarla ante un banco, para que a cambio este, les retribuya otorgando una determinada cantidad de dinero.

Dice Rodríguez Azuero (2002), que el contrato de crédito documentario se caracteriza por ser principal, oneroso, conmutativo y de ejecución sucesiva. De las características definidas se puede inferir que el objeto del contrato es contar con una disponibilidad, es decir, con la posibilidad de obtener crédito de dinero o de firma dentro de cierto tiempo, si el contrato se ha pactado a plazo o en forma inmediata, si fue la modalidad adoptada en el acuerdo. “El cliente tiene la certeza de contar con el dinero en el instante en que las circunstancias así lo indiquen. Es esta razón por la cual la doctrina ha hecho énfasis en forma constante sobre la característica de la disponibilidad como distintiva del contrato y razón de ser del mismo. En todo caso no es real, esto es, no se requiere la entrega de cosa alguna para su perfeccionamiento” (p.226).

2.4.1 Es consensual. Porque para su perfeccionamiento se requiere el consentimiento de las partes. El acuerdo de voluntades lo perfecciona y establece el inicio de los derechos y las obligaciones para los contratantes, así el banco al momento del pacto no efectuó el desembolso del crédito, pues este, solo es real cuando cliente realice la utilización del crédito. Sin embargo, dice Martorell Ernesto (1996), que “esta característica tiene una particularidad y consiste que el banco sigue siendo el propietario de la suma de dinero dispuesta, hasta que el cliente la haga efectiva” (p. 458). (2001). Zunzunegui (2001) dice que: “El contrato de crédito se califica como contrato consensual que se perfecciona por el concurso de voluntades de quienes lo suscribieron” (Zunzunegui Fernando p. 552).

Por su parte Bonfanti Mario (1987), en *traducción del Manual de Derecho Bancario de Molle Giacomo*, respecto a esta característica expresa que “la apertura de crédito es un contrato consensual con efectos obligatorios, porque el banco, aun cuando está obligado a mantener a disposición del acreditado una suma determinada, sigue siendo propietario de ella hasta el momento de la utilización” (p. 138).

2.4.2 Es bilateral. Porque las partes se obligan recíprocamente. El código civil establece que un contrato es bilateral cuando una las partes se obliga recíprocamente y es unilateral cuando una de las partes se obliga para con la otra que no contrae obligación alguna (artículo 1496).

El profesor Rodríguez Azuero (2002) plantea que:

La relación existente en el contrato es entre el banco quien dispone de la suma de dinero para poner a disposición del cliente financiero, y el cliente financiero quien debe pagar la provisión de dinero recibida del banco. Al momento de celebrar el contrato de la apertura de crédito documentario, surgen obligaciones para ambos contratantes. Por esta razón es importante el acuerdo entre las partes. Puesto que el banco (por una parte) debe tener a disposición del cliente las sumas de dinero prometidas, mientras que el acreditado (por la otra) debe pagar el precio del aseguramiento en la provisión de dichos fondos. Es un contrato bilateral porque, al momento de su celebración, surgen obligaciones a cargo de ambas partes: del banco conceder crédito de dinero o de firma con cargo a la disponibilidad, y del cliente remunerarlo por el servicio (p. 530).

Por su parte Zunzunegui (2001), dice que “es bilateral porque atribuye obligaciones a ambas partes contratantes, es decir, tanto a la entidad de crédito (atender las solicitudes de disposición del cliente) como al acreditado” (p. 282). “Se necesita el acuerdo del cliente y del banco para perfeccionarse, a diferencia de la autorización para girar en descubierto que como lo manifestamos es unilateral, basta la manifestación de la entidad bancaria” (Muguillo, 1998, p. 121).

2.4.3 Es mercantil. Por tratarse de un acto de comercio. Generalmente en este tipo de contratos, ambas partes contratantes son comerciantes, en tal sentido el destino del crédito concedido por el banco es utilizado para fines comerciales. Dice Zunzunegui Fernando (2001), que “el contrato es mercantil, por tratarse de actos de comercio. La mercantilización es aún más clara en los contratos de crédito dado que normalmente ambos contratantes son comerciantes y el destino del crédito es la actividad propia del acreditado” (p. 257).

2.4.4 Es oneroso. Porque el banco recibe una comisión para poner a disposición del cliente financiero, una suma de dinero del crédito solicitado. A demás el banco devenga los intereses del crédito. Martorell Ernesto dice (1996), que “el contrato es oneroso mientras el banco recibe una comisión, asume por su parte la obligación de poner a disposición del cliente las sumas pactadas” (p.458). Y Bonfanti Mario (1987), considera que “es oneroso porque el crédito devenga intereses a favor de la entidad de crédito e implica obligaciones para ambas partes” (p. 138).

2.4.5 Es innominado. Porque no cuenta con una regulación legal específica en Colombia. Aunque los formatos de apertura de crédito documentario en el país se acogen a la misma forma universal, esta no define las condiciones generales que establece su contenido. A pesar de ser una transacción cuyo uso se está haciendo cada vez más frecuente, todavía es atípico porque la regulación en la legislación colombiana es aun precaria. Martorell dice (1996), “este contrato no cuenta con una regulación legal específica en el derecho vigente” (p. 459). Mientras que Bonfanti (1987), “es innominado o atípico, ya que no se encuentra legislado, a pesar de su uso frecuente en la actividad bancaria” (p. 121). Para Zunzunegui (2001), “es atípico por no estar regulado en los textos legales” (p. 257).

2.4.6 Es adhesivo. Porque, en todos los casos el cliente financiero se adhiere a las condiciones impuestas por el banco, mediante la aceptación a través de la firma. Por ser un contrato de adhesión, la entidad bancaria inserta las condiciones especiales y responsabilidades del contrato, que considere válidas, así no se ajusten totalmente a los requisitos legales, pero que deben de cumplirse por el cliente. El Código de Comercio establece, que “una cláusula es accidental cuando ni por esencia ni por naturaleza le corresponde al contrato, de esta forma lo que se hace es cambiar la naturaleza de la responsabilidad contractual” (artículo 1501, código de comercio).

Estas cláusulas suelen aparecer en la letra menuda del contrato, y las razones para ello pueden ser: una para confundir al cliente financiero quien lee con rapidez y acepta el crédito y segundo una vez insertada dentro del cuerpo del de las cláusulas generales, basta solo con la firma para considerarlas aceptadas. Para Zunzunegui (2001), es “adhesivo porque el acreditado se adhiere

usualmente en bloque a un conjunto de condiciones negócias preparadas por la entidad de crédito” (p 258).

2.4.7 Es de ejecución sucesiva. Porque la totalidad de las obligaciones se desarrollan dentro de la vigencia de la obligación crediticia o del servicio bancario establecido en el contrato. Así por ejemplo, es deber del deudor el pago mensual de lo pactado, hasta que se extinga la obligación. Para Bonfanti Mario (1987), es “de duración o de ejecución continuada que tiene lugar por actos individuales que se extienden en el tiempo” (p. 138), mientras que para Zunzunegui (2001), es también denominado “de tracto sucesivo porque las prestaciones de las partes se realizan a lo largo del plazo de duración del contrato” (p. 158).

2.4.8 Es Intuito Persona. Porque es construido con base en la identificación de las partes, en especial de la del cliente, donde se establece a través del estudio del crédito, las capacidades y calidades, como requisito indispensable para otórgale el servicio bancario. De igual forma, los efectos y beneficios del servicio bancario recaen solo sobre el sujeto o cliente tomador. Martorell Ernesto (1996), dice “sólo se concretan los contratos de crédito tras un estudio acabado de las posibilidades económicas de repago del potencial acreditado” (p. 159). Zunzunegui (2001), es “un contrato *intuitu personae* porque, al otorgarlo, la entidad de crédito toma especialmente en cuenta las circunstancias personales del acreditado” (p. 258).

2.4.9 Es de buena fe. El contrato de apertura documentaria es un acto jurídico, todo acto jurídico debe estar regido por los parámetros del principio de la buena fe. La Corte Suprema de Justicia determinó que la buena fe consiste en a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad equiparándola a la conducta de quien obra con espíritu de justicia y equidad, al proceder razonable del comerciante honesto y cumplidor (sentencia de 23 junio de 1958). Y como afirma la doctora Mónica Fernández (2002). Este principio es violado cuando se pactan dentro del contrato las cláusulas *claims made*, pues estas cláusulas afectan directa y claramente el interés de los clientes financieros al generarles un claro desequilibrio contractual e implicando un abuso de la posición dominante por parte de las compañías del sector financiero. (p. 11).

2.5 Elementos del contrato de crédito documentario.

En cuanto los contratos bancarios se derivan de las condiciones establecidas en el contrato en uso de la autonomía de la voluntad de las parte, se hace necesario estudiar sus principales elementos constitutivos. Entre los elementos más destacados, se encuentran los personales, los reales y los formales.

2.5.1 Elementos personales. Se refieren a los sujetos que intervienen en el negocio jurídico, quienes pactan las condiciones que constituyen el contenido del contrato. En el caso de los contratos bancarios se identifican dos sujetos, uno personificado por quien aporta el dinero para la financiación, el acreedor y otro, que dispone del dinero para cubrir la solicitud, el banco. La ley establece, que en el caso del contrato bancario, el negocio debe intervenir una persona jurídica y una persona natural. Esto porque el sujeto que se compromete a poner a disposición de otra persona una determinada suma de dinero, debe tener un respaldo financiero, en tal sentido, la responsabilidad debe estar en cabeza de una persona jurídica, es decir, la entidad financiera.

La otra parte, la constituye la persona natural o jurídica, beneficiaria del servicio prestado por la persona jurídica. El sujeto beneficiado puede ser singular o plural, en la medida en que el beneficio haya sido solicitado por una o varias personas naturales o jurídicas. En el evento que la apertura del crédito haya sido solicitada por varias empresas, puede suceder que si nada se pactó en el contrato de apertura de crédito documentario, cualquiera de las sociedades podrá disponer de la totalidad del crédito, pero si se pactan límites en la utilización del crédito, cada empresa podrá actuar sólo dentro de los límites pactados.

2.5.2 Elementos reales. Corresponde este tipo de elemento al objeto mismo del contrato de crédito, es decir, al dinero que dispone el banco en beneficio de quien lo solicita, en este orden de ideas, se refiere al crédito y el interés derivados del mismo. El contrato bancario tiene como objeto el crédito en sí mismo, pues su esencia es dar al cliente la potestad para disponer del dinero que le autoriza el banco por un periodo determinado. Así las cosas, este crédito produce un

interés en beneficio del banco, los cuales son controlados y vigilados por la por la Superintendencia Financiera, a pesar de que se digan que el banco es libre para establecerlos, en virtud de las cláusulas abusivas.

Además del elemento crediticio y sus respectivos intereses, existen otros elementos que se pueden considerar como reales en el contrato de crédito documentario. Estos se refieren a las comisiones que el cliente financiero debe pagar al banco, las cuales pueden ser: a) comisión de apertura, b) comisión de estudio, c) comisión de amortización anticipada y d) comisión de disponibilidad.

2.5.3 Elementos formales. Constituye este elemento, el contrato documentario pre-impreso en formularios previstos y redactados por la entidad bancaria, sin embargo este requisito no es indispensable, porque el contrato de apertura de crédito documentario, es un contrato no formal. Para Zunzunegui Fernando (2001), El contrato de crédito es “un contrato esencialmente no formal, aunque se instrumenta habitualmente por escrito. Además, el contrato de crédito se redacta habitualmente en impresos redactados por la entidad bancaria. Y dicha forma escrita o las menciones previstas al efecto no tienen carácter esencial o *ad solemnitatem*” (p. 259- 262).

Además del elemento crediticio y sus respectivos intereses, existen otros elementos que se pueden considerar como reales en el contrato de crédito documentario. Estos se refieren a las comisiones que el cliente financiero debe pagar al banco, las cuales pueden ser: a) comisión de apertura, b) comisión de estudio, c) comisión de amortización anticipada y d) comisión de disponibilidad.

Para el doctor Rodríguez Azuero (2002), además de los anteriores elementos, el contrato bancario existen otros, entre los que se puede mencionar:

1. **La cuantía.** Es un elemento que resulta de gran importancia para los intereses de los contratantes, fijar la cuantía del contrato de crédito y es establecer si debe obedecer a una línea determinada o indeterminada, así como la forma del reembolso. Lo lógico, es la fijación

de una cuantía determinada, si bien por excepción podrían establecerse líneas por cuantía indeterminada precisando la forma de reembolso y condicionando las nuevas entregas.

2. **El plazo.** El plazo es la duración del contrato o el tiempo del cual le dispone hacer el crédito al cliente bancario para su utilización. Cuando hay un plazo éste se refiere, por regla general, a la duración del contrato o término durante el cual el banco se obliga a mantener la disponibilidad a favor de su cliente y éste puede impartir las órdenes de pago correspondientes.
3. **La forma de utilización.** Es indispensable que el banco sepa en qué forma va a ser utilizado el crédito. El contrato debe prever en qué forma puede ser utilizada la línea de crédito.
4. **La remuneración.** La remuneración es un sistema mixto combinado por comisiones por la simple disponibilidad, más comisiones en la concesión de crédito de firma e intereses sobre los desembolsos realmente efectuados, cuando ellos suponen una financiación. Otra cláusula ordinaria en el contrato es la que establece la forma de la remuneración que consiste en un sistema mixto compuesto por comisiones por la simple disponibilidad, más comisiones en la concesión de crédito de firma e intereses sobre los desembolsos realmente efectuados, cuando ellos suponen una financiación.
5. **La garantía.** Para que el banco responda por eventuales obligaciones, éste conviene con el cliente la prestación de determinadas garantías o la firma de un pagaré. Cuando en el contrato de apertura de crédito se haga, se debe dejar constancia en el contrato. Si para responder por las eventuales obligaciones a su cargo se conviene que el cliente preste determinadas garantías o se obligue a suscribir un pagaré, de estas circunstancias deberá dejarse constancia en el contrato, por regla general. Por ejemplo, el acreedor, quien tendría una garantía real del cumplimiento de la obligación y su representada, porque tendría acceso al crédito solicitado y además conservaba la propiedad de su inmueble.
6. **Causales de terminación unilateral.** A excepción de las reguladas por la ley, se deben pactar las demás causales que den su terminación, además, se debe consagrar un preaviso para realizar la terminación. Causales de Terminación Unilateral. “Si la ley no las consagra deben ser pactadas en el contrato respectivo. Lo más conveniente, si no existe un plazo, parece ser consagrar un preaviso para la terminación” (Rodríguez Azuero, 2002, p.525- 528).

De lo anterior se concluye, que los autores respecto a los elementos del contrato de crédito documentario, no expresan planteamientos y criterios uniformes, que existen una variada gama de elementos de acuerdo a la óptica de donde se mire el contrato, lo cual no permite determinar con claridad meridiana sus alcances, lo que indica, que el tema es materia de estudio y por ahora, solo se tienen criterios subjetivos, de acuerdo a la interpretación de quien lo investiga.

3. TEORIA GENERAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Antes de analizar el concepto de las cláusulas abusivas, se hace necesario determinar cuál es su origen y evolución en el desarrollo del derecho, toda vez que la procedencia se remonta más allá de las prácticas y usos de nuestro derecho, alcanzando las actividades realizadas en el derecho romano en esta materia, lo cual se evidencia en los acuerdos pactados entre individuos a través del consenso y el acuerdo entre partes, en concordancia con el mismo origen del contrato.

3.1 Origen de las cláusulas abusivas.

No obstante que inicialmente la práctica de las cláusulas generales de contratación fue poco usada, se considera que estas tuvieron su origen en el derecho romano, en la práctica de la relación contractual. El profesor Maimar (2006), en el libro *Curso del derecho privado romano*, dice que “aunque los negocios se celebraban mediante la base del acuerdo de las voluntades de las partes, se deduce, no tienen espacio las cláusulas abusivas” (pág.399). Sin embargo, muchos autores coinciden en afirmar que ellas nacieron con el contrato, sin importar la forma de celebrarlo.

Al respecto Soto (2003), afirma que “posterior al el perfeccionamiento que sufre el contrato debido a las concepciones y postulados teocráticos introducidos por el derecho canónico, se dio importancia al consenso, a la palabra empeñada, a la promesa, porque era un deber la fidelidad y la veracidad de las partes. De todas maneras, considero, que en el acuerdo verbal celebrado, no estaba ausente del todo la influencia del poder de la voluntad unilateral, en razón a que en todo negocio jurídico, existe un tenue desequilibrio de la autonomía de la voluntad” (pág. 567).

Por su parte, Michel Schooyans (2005), en el artículo “*Dios, o el postulado de la razón práctica*”, publicado en la revista *Electrónica del Instituto Santo Tomas*, dice que “la revolución industrial da un importante desarrollo a la actividad contractual, porque con este acontecimiento histórico, nace prácticamente la contratación en masa; esto hace que sea necesario entonces, el estudio de cláusulas de responsabilidad limitada, en el contrato de transporte

marítimo de mercancías, porque se necesitaba que este fuera regulado por un conjunto de condiciones que determinaran palmariamente las obligaciones para las partes” (p. 2-14).

En la actualidad el derecho, la doctrina y la jurisprudencia han orientado los esfuerzos y conocimientos a garantizar y proteger los derechos del consumidor que resulten lesionados, por la implementación de cláusulas arbitrarias, en la relación contractual. En Colombia, la doctora Carmen Valderrama Rojas en su libro *Perspectivas del Derecho de Consumo*, que en el capítulo escrito por el doctor Jaime Arrubla Paucar afirma que el concepto de cláusulas abusivas fue emprendido por la “doctrina iusprivatista y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”. (p. 392). Por mandato de la Constitución toda relación contractual debe garantizar la supremacía de los derechos fundamentales, mandato que obliga tanto a las partes, como a los operadores judiciales a poner marcado énfasis en la utilización de los medios adecuados para evitar desequilibrios tormentosos en la relación contractual, toda vez que se ha hecho costumbre especialmente en los servicios financieros, que la parte fuerte, es decir, la entidad financiera, traslade los riesgos al consumidor.

3.2 Concepto de cláusula abusiva.

En consideración a lo expuesto, una cláusula es abusiva en tanto limita los derechos de una de las partes en beneficio de la otra o cuando se traslada la responsabilidad contractual solo al cliente financiero. En la doctrina jurídica, existen varios conceptos de cláusulas abusivas. El doctor Carlos Ignacio Jaramillo (2001), considera que una clausula es abusiva porque: “a) no ha sido negociada de manera individual; b) violenta la buena fe negocial y c) genera un desequilibrio relevante en los derechos y obligaciones de las partes del contrato” (Corte Suprema, 2001).

En tanto el profesor Rodríguez Yong (2013), considera que las cláusulas abusivas “son aquellas que, siendo redactadas e impuestas por una de las partes del contrato, genera un desequilibrio significativo e injustificado en la relación contractual, como consecuencia del reconocimiento de prerrogativas irrazonables o injustificadas en favor del predisponente, o genera cargas y obligaciones de la misma naturaleza en contra del adherente” (p. 52).

Para Elena Bellod Fernández y otros (2002), la cláusula abusiva consiste en “aquella condición que no es susceptible de negociar individualmente, en tanto su práctica no fue consentida expresamente; por tanto, va en contravía del principio de la buena fe, causan perjuicio y desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, derivadas del contrato”. (p, 483).

Por su parte, Manuel García Amigó (1965), las cláusulas abusivas son “aquellas estipulaciones, disposiciones o normas contractuales donde el consumidor o el usuario no tiene margen o espacio de negociación, es decir, vienen impuestas, lo que implica que aquel ni las consiente expresamente, puede modificar sus características, colisionando con las normas de la buena fe, perjudicando al usuario o consumidor y generan un desequilibrio en a favor de la parte que las impuso y en contra del consumidor o usuario”. Más adelante afirma García Amigó (1956), “aunque las cláusulas abusivas se encuentran en la mayoría de los casos en contratos celebrados con consumidores o usuarios, se pueden dar en cualquier tipo de negocio contractual, por ejemplo entre empresarios y profesionales, donde una de las partes no ha tenido su margen de negociación, es decir, no ha podido arbitrar, defender o exponer sus intereses precontractuales que han devenido en el contrato posteriormente celebrado” (p.33).

Agrega García Amigó (1956), una cláusula abusiva es la estipulada por uno de los contratantes, generalmente por el más fuerte económicamente, y generalmente lesiva para la parte que se ve obligada a aceptarla. Solo atribuyen ventajas, eximiendo de riesgo o pérdida a una de las partes, exime o limita la responsabilidad, invierten la carga de la prueba y obligan a renunciar al fuero de la jurisdicción. Esta tipo de cláusula es muy usada en los contratos de adhesión, en los de seguros y otros similares, son contrarios a la igualdad de las partes y a la equidad.

En este mismo sentido, Solarte (2004), señala que “la cláusula de reajuste unilateral no es abusiva en sí misma porque solo contiene una autorización distinta a la pactada inicialmente, solo se podría tachar de abusiva si el reajuste se apartó del principio equidad y de la buena fe” (p. 289). Por eso es necesario que si el banco utiliza una cláusula de ajuste unilateral, para estudiar los cambios en la tasa de interés con el fin de proteger la estructura financiera del contrato inicial, es completamente válido.

Por su parte, el Laudo Arbitral del 23 de febrero la Cámara de Comercio de Bogotá, define las cláusulas abusivas en los siguientes términos:

Son abusivas las cláusulas que incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ellos en detrimento del principio de celebración y ejecución de buen fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual (Cámara de Comercio de Bogotá, 2007, p. 4).

De este modo la ley señala que: “son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en el que el consumidor puede ejercer sus derechos” (ley 1480 de 2011, artículo 42).

Para el profesor Rengifo (2002), la cláusula abusiva van en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor o del adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y “que pueden tener o no el carácter de condición general, puesto que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negocio individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares” (p.197).

Se observa en las definiciones dadas por los autores expuestos, respecto al concepto de cláusulas abusivas, que todos apuntan a señalar que estas existen cuando por distintas razones, se presenta un desequilibrio injustificado en la relación contractual, causado por la imposición unilateralmente de la autonomía de la voluntad de una de las partes, en tal sentido, no existió la posibilidad para la negociación y la concertación entre las partes contratantes. Coinciden en afirmar, que las cláusulas abusivas, son violatorias del principio de igualdad, de libertad y de la buena fe que le asiste a las partes y causan detrimento y lesión al más débil.

Pretendiendo acercarnos a una definición en el servicio financiero, se puede afirmar que las cláusulas limitativas abusivas, son las convenciones concentradas dentro de un contrato como un

elemento accidental del mismo, modificando la responsabilidad contractual, para que el cliente bancario soporte en todo o en parte el riesgo del incumplimiento imputable a las entidades bancarias, liberando al banco del pago de indemnizaciones por causar daño.

3.3 Clases de cláusulas abusivas.

Considera la doctrina que no se puede hablar de un número determinado de cláusulas abusivas, por cuanto su presencia en los contratos de adhesión es indeterminada, y su existencia se debe a la permisibilidad o no de la legislación de cada Estado. De igual forma, existe varias clasificaciones dependiendo del criterio que se observe para calificarlas, el cual puede ser: el efecto que produzca en el servicio, la limitación de los derechos, el tipo de contrato o sector que afecta y las orientaciones sobre las cuales recae.

Los criterios enunciados nos permiten determinar tres grupos fundamentales. En el primer grupo se encuentra aquellas cláusulas abusivas más comunes dentro de las que se pueden señalar las siguientes: las cláusulas que vinculan el contrato a la voluntad del empresario; las cláusulas que limitan el derecho de los consumidores y usuarios; las cláusulas que determina falta de reciprocidad en el contrato; las cláusulas que imponen al usuario garantías desproporcionadas o impone sobre el usuario la carga de la prueba y las cláusulas que resultan desproporcionadas, respecto a la perfección o ejecución del contrato. En el segundo grupo, se presentan las cláusulas abusivas bancarias; las cláusulas abusivas de los contratos de seguros y las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, aunque estas también se presentan en los contratos de compraventa y arrendamientos. Para el tercer grupo, las más destacadas son: las cláusulas financieras, las cláusulas de vencimiento anticipado y las cláusulas que afectan la ejecución.

Respecto al segundo grupo, se considera que por regla general en el sector bancario se dan abusos en los servicios financieros prestados a los clientes, teniendo en cuenta que dentro de los contratos bancarios abundan las cláusulas abusivas, caso que será estudiado más adelante. Es conocido y usual también, las cláusulas abusivas en los contratos de seguros, porque las aseguradoras establecen condiciones que determina que las pólizas no deben responder por determinados daños, sino que deben ser asumidos por el cliente, responsabilidades que

habitualmente los clientes desconocen. Generalmente, este tipo de controversias son resueltas por vía judicial obligando a las aseguradoras a responder. Como ejemplo de estas cláusulas abusivas, tenemos las de seguros de hogar, de automóvil, y de responsabilidad civil, entre otras.

Otras cláusulas que afectan a la ejecución de los contratos es establecer precios de un inmueble que no se ajuste a lo legal, pacto de una venta extrajudicial, extender la hipoteca a los bienes muebles, cobrar los honorarios de los abogados por vía extrajudicial para hacer efectiva una hipoteca, que el deudor deba obligarse a someterse a un juez o tribunal distinto al que la ley señale, pactos donde se compromete al deudor a compensar la deuda hipotecaria y pactos que obligan extender la hipoteca a otros bienes existentes.

Esta clasificación es apenas una muestra de las cláusulas abusivas más comunes de una compleja y variada gama, que hacen presencia en los contratos; lo incomprensible es que en muchos casos estas cuentan con la complacencia de la ley y de la misma parte lesionada y están libres de toda acción intencionada de la voluntad dominante, teniendo en cuenta que lo que se ha pretendido es adecuar el comportamiento de las partes para satisfacer los intereses y las diferencias dentro de la relación contractual.

No obstante, la anterior clasificación, se debe dejar claro que para ninguno caso, se trata de presentar una lista cerrada y única de cláusulas abusivas, descartando la posibilidad de que existan muchas otras condiciones abusivas. La existencia de un grupo expreso y único, implicaría la existencia de acciones concretas para atacarlas, sin embargo, se trata de orientaciones para distinguir cuáles pueden serlo o no, por ejemplo Vicente Carbonell (2010), dice: "Una misma cláusula puede ser abusiva o no, según cómo esté redactada" (p. 13).

3.4 Naturaleza de las cláusulas abusivas.

Para empezar este punto, digamos que las cláusulas abusivas son de naturaleza jurídica y se rigen por lo establecido en las normas del derecho privado. Todos los contratos contienen una serie de disposiciones legales que los regulan y están contempladas en el conjunto de disposiciones del

código civil y del Código del Comercio; son supletorias a la autonomía de la voluntad privada de las partes, en tanto, la autonomía de la voluntad de las partes se constituye en la esencia fundamental de los contratos bancarios, en tal sentido, no es atentatoria al orden público y las buenas costumbres.

La autonomía privada de la voluntad le da un sentido jurídico a las cláusulas, porque medida el libre consenso de las partes, donde lo pactado de esta forma, se constituye en ley para quienes lo suscriben. La autonomía privada de la voluntad es una potestad que le otorga la ley a los intervinientes para la elaboración del contrato, quienes pueden en virtud de esta facultad, fijar determinadas cláusulas en la estructuración del negocio jurídico. En otras palabras, es la facultad que tienen las partes para determinar el contenido del contrato con el fin de que cada uno de los contratantes ajuste los intereses personales al contenido del contrato. Así las cosas, dicha facultad es inherente al contrato y el cuerpo del contrato depende del conjunto de condiciones e intereses que las partes consideren necesario establecer.

Para Rogelio Enrique Peña (1997), la autonomía privada de la voluntad contractual se ha fundamentado en los postulados de igualdad y libertad de las partes intervinientes en la construcción del contrato. Para el caso de la legislación colombiana, todo el caudal normativo y doctrinal proviene de lo preceptuado en el artículo 1602 del código civil al establecer que: “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causal legales” (código civil, 1997).

En tanto que la autonomía privada de la voluntad es de naturaleza jurídica, esta debe ser un acto responsable de los contratantes, toda vez que se dispone libremente de las iniciativas, los intereses y las condiciones, encontrándose presente en todos los contratos desde su nacimiento hasta el perfeccionamiento y ejecución, en tal sentido deben estar en el límite de la ley. La declaración de voluntad, da poder de los contratantes para autorregular los intereses y motivaciones. La autonomía de la voluntad, tienen un efecto vinculante, que debe ser reconocido por los operadores judiciales, siempre que no infrinjan las normas imperativas.

Este mandato legal, no puede ser otra cosa que la afirmación de que las personas son libres para celebrar un contrato, porque nadie obliga a otro hacerlo, existe plena libertad en los individuos para establecer las condiciones necesarias y discernir si el contrato es conveniente o no, de lo contrario la misma norma penalizaría la ineficacia del contrato ya sea por vicio en el consentimiento o por falta de capacidad de ejercicio. Aun en uso del principio de libertad, las partes contratantes están limitadas para modificar las normas imperativas, por cuanto estas no son sujetas a modificación por la autonomía privada contractual. Tienen libertad para determinar normas dispositivas como el contenido del contrato y formas de terminación del contrato, pero en ningún caso modificar las preestablecidas por la ley.

El doctor Manuel García Amigó (2011), explica que la naturaleza jurídica de las cláusulas abusivas en países como Francia, adoptaron la doctrina contractual, porque se ha hecho cada vez más fuerte la corriente privatista. Pero la falta de normas respecto a lo contractual dejó que no tuviera un mayor control sobre las condiciones que estos contratos añadían y en especial nada sobre los contratos de adhesión. Cosa contraria sucedió en Italia, en donde la tesis contractual se encargó de normalizar las condiciones generales del contrato. En Italia hubo gran enredo por esto porque mientras la doctrina deducía siempre diferentes cosas, hacia incurrir en error al tratar de interpretarla cosa que no sucedió con la jurisprudencia que siempre tuvo un mismo punto de vista. Así que ellos guían la naturaleza de las cláusulas limitativas de responsabilidad de acuerdo a lo dispuesto en la jurisprudencia. “En España, se hizo una diferenciación entre condiciones generales del contrato y las condiciones generales de la contratación, pero ambas son normas objetivas que se asemejan a los usos mercantiles” (p. 234 y ss.).

Según Carmona Ruano Miguel (1997), en la jurisprudencia española se explica que la naturaleza jurídica que tienen las cláusulas limitativas de responsabilidad contractual se determina de acuerdo al contenido de la obligación que del contrato se derive, sin importar el hecho generador de la responsabilidad civil (p. 34). Refiere Carmona (1997), que se debe tener especial cuidado para saber si lo que se está estudiando como abusivo es una cláusula limitativa o una cláusula delimitadora del riesgo, ya que ambas tienen un régimen jurídico distinto. Las cláusulas limitativas de un derecho debe ser aceptada expresamente y las cláusulas limitadoras del riesgo, no están sujetas a esta formalidad y su eficacia solo estaría acreditada si se demuestra que el

cliente bancario la conocía con anterioridad y aun sabiéndolo la aceptó dentro del contrato de apertura de crédito documentario (p.35).

La doctrina Jurídica ha dado diferentes respuestas a cerca del tema de la naturaleza de las cláusulas limitativas de responsabilidad contractual, en ese sentido, estima necesario proyectar las siguientes precisiones:

a) Ver si la naturaleza convencional de la cláusula se incorporó de acuerdo a los límites que da la ley referente a la cuantía de los daños y b) ver si se demostró que la parte débil del contrato estudió la naturaleza de las convenciones que están dentro de las condiciones generales del contrato (declaraciones unilaterales). Basados en estas dos reglas, se puede afirmar: a) existe cláusula limitativa de responsabilidad al darle al usuario bancario una mínima tutela o un mínimo de derecho de acción contra el contrato de apertura de crédito documentario, o en contra de una serie de derechos o bienes indispensables. b) las cláusulas limitativas de responsabilidad están justificadas a la naturaleza del contrato y son afines a los intereses de los contratantes (Rivera Álvarez, 1997, p. 34).

La Corte (2011), en la sentencia del 9 de diciembre de 1936 en un recurso de casación, preciso:

No obstante la cuestión de la validez y efecto de las cláusulas de no responsabilidad, es todavía objeto de vivas discusiones [...] el art. 1604 del C. C. al precisar la responsabilidad general que corresponde al deudor según la naturaleza de los contratos que celebre y al dar la norma para la carga de la prueba de las obligaciones contractuales, permite a las partes estipular expresamente una responsabilidad especial y modificar consecuentemente la regla sobre la prueba del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones. Relacionando tal precepto con los arts. 63 y 1522, siempre se ha entendido que el deudor no puede estipular la exención de su responsabilidad en caso de que la inejecución de su obligación debido a dolo o a su culpa grave (Corte Suprema de Justicia M.P William Name, p. 405 y ss.).

Más adelante, esta misma sentencia señala que el artículo 1644 del Código de Comercio no puede aplicarse de manera absoluta a favor de una de las partes, para pactar los límites de responsabilidad, porque ya existen límites legales y que se señalan la obligación misma que se presta como normas imperativas, casos en los cuales no se pueden estipular cláusulas en contrario. (D.2.14.38, artículo 16 del Código Civil), porque si se hace se estarían trasgrediendo el orden público y las buenas costumbres al dejar vivos términos tan desequilibrados a favor de la parte contratante, convirtiéndose entonces en un abuso de la posición dominante sobre el contrato. (Corte Suprema de Justicia, M.P William Namen, p. 406).

Así las cosas, la jurisprudencia apunta a señalar que la naturaleza jurídica de las cláusulas abusivas, en el escenario de los contratos de apertura de crédito documentario, se constituyen en actos preparatorios pero no generan efectos obligantes para los contratantes.

En síntesis, se concibe que la naturaleza de las cláusulas abusivas, sea jurídica porque están reguladas por la ley. Si bien es cierto, el ordenamiento jurídico permite los negocios jurídicos pactados bajo las condiciones de la autonomía de la voluntad de las partes, estos están completamente regulados y limitados por esta. De igual forma, tanto la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, como lo pactado en las condiciones del contrato, así se trate de cláusulas abusivas, tiene fuerza vinculante para la ley.

3.5 Características de las cláusulas abusivas.

Se viene afirmando que una cláusula se reputa de abusiva cuando carece de la posibilidad de negociación individual, cuando atenta contra el principio de la buena fe, cuando es impuesta por la parte dominante, y en general, todas aquellas condiciones que respecto a un negocio jurídico, presente desequilibrio entre los deberes y los derechos de los contratantes.

Para el profesor Rubén S Stiglitz (1994), las características de las cláusulas abusivas, se identifican con los elementos expuestos por el legislador, en consideración que esta solo se formalizan, cuando se quebranta la libertad de una de las partes contratantes, considera que existen las siguientes:

1. Que no haya sido negociada individualmente.
2. Que al consumidor le haya sido presentada dicha cláusula ya redactada previamente.
3. Que el consumidor no haya podido participar (o influir) en el contenido.
4. Que su constitución constituyan una infracción a las exigencias de la buena fe.

Respecto a la negociación individual, implica que al cliente financiero nunca se le dio la oportunidad de negociar la condición propuesta por el banco y de modificar el contenido, por tal razón se constituyó en un simple sujeto pasivo y adherente.

Namen Vargas (2000), considera que “la ausencia de negociación individual, esto es, de discusión, reflexión, concierto o influencia de uno de los sujetos en el contenido de la cláusula, calificará la cláusula de abusiva”, constituyendo en supuesto fáctico para su estructuración o en criterio evaluativo y aplicativo de su tipificación. Si la cláusula no fue presentada al adherente, esta será invalida y por lo tanto, no tendrá aplicación en el contrato. (p.9).

Por ser la característica en esencia inherente a la naturaleza de las cláusulas abusivas, en el sentido que los elementos que las caracterizan o las hacen diferentes a las demás condiciones del contrato, corresponden a aquellos que impiden la negociación entre partes contratantes y por tanto vulneran los principios de la autonomía individual y la buena fe, nos adentramos en campo ya estudiado, consideramos que bajo la urgencia de desarrollar otros temas, no se hará una exposición más amplia de las características enunciadas. Estas serán estudiadas con más rigor en el capítulo de los contratos de crédito documentario.

3.6 Principios que rigen las cláusulas abusivas.

Por su naturaleza jurídica, las cláusulas abusivas, se rigen por la autonomía privada de la voluntad y la buena fe. Estos principios, de alguna forma, ya fueron estudiados más arriba, en lo que concierne a su origen, sin embargo, en breves renglones se analizará los planteamientos de otros autores, los códigos civil y de comercio, así como lo conceptuado por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

Se viene afirmando que la voluntad de las partes no es ilimitada, pero sí inmediata, y aunque debe estar presente en todo tipo de negocio jurídico, se pone en entredicho en los contratos de adhesión y por excelencia en los de crédito documentario, por la existencia de cláusulas predispuestas y en aquellos que vayan contra el principio de la buena fe. Significa esto, que la autonomía de la voluntad, no es del todo autónoma, como tampoco tiene efectos vinculantes *per se*, porque requiere el reconocimiento de la propia ley para que produzca efectos jurídicos.

Según Suescún Melo (2009), la autonomía de la voluntad es la facultad que tiene una persona para auto regularse en su forma de actuar, respecto a la adherencia a los contratos bancarios, al afirmar que: “Es la elección del particular de contratar o no contratar; escoger la persona del contratante; determinar el tipo de contrato que se va a celebrar y; definir el contenido y régimen del acto jurídico” (P. 3).

La Corte Constitucional, considera que se ha venido dando una mayor libertad a las transacciones entre los particulares y sus actos jurídicos de carácter económico, que igualmente la libertad de contratación se deriva de la propia Constitución, implicando esto unas limitaciones de base legal y garantizando unas relaciones justas y libres entre los particulares, al expresar que: “La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares” (Sentencia, T-240 del 23 de julio de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha venido desarrollando el concepto de la autonomía de la voluntad desde 1939, pero solo hasta 1974 empezó a regular las relaciones bancarias, es decir, la voluntad del consumidor bancario. En 1980, indicó que la voluntad privada de la autonomía era más importante que las demás leyes contractuales, razón por la cual no puede desconocerse su naturaleza contractual; en 1994 la autonomía de la voluntad privada ya cuenta con facultades para el consumidor financiero dándoles la oportunidad de escoger con quien hacer el contrato y la facultad de poder estipular las cláusulas bajo las cuales se sujetará. Y la imposición de las cláusulas abusivas implica una sanción para quien las inserten dentro del contrato, imponiéndole el legislador el pago de una indemnización por ir en contra de intereses legítimos.

Para el doctor Oviedo (2010), la autonomía de la voluntad es tan importante que afirma que su reconocimiento en los contratos de compraventa internacional permite que los contratantes puedan excluir la aplicación de las normas de la Convención de Viena de 1980. Y tengan la facultad de escoger la ley que regirá el contrato ante cualquier problema que se presente. (p. 9).

En la sentencia de 6 de julio de 2009, la Corte indicó que la autonomía de la voluntad funcionaba a la perfección para todo tipo de contratos, pero ¿qué pasa entonces con los contratos de adhesión?, dijo que desde 1974 existen dos teorías para solucionarlo:

La Teoría reglamentaria. Es una declaración unilateral efectuada en ejercicio de una función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa. Y en la adhesión de otra voluntad, no contribuye a la formación del acto cuyo efecto no es otro que llenar un requisito secundario. Y la Teoría contractual de los actos de adhesión. Los contratos de adhesión son verdaderos contratos que merecen una interpretación particular, pero contratos al fin porque el individuo conserva la voluntad de contratar o no, y si lo hace es porque quiere. El individuo es libre de no comprometerse pero una vez comprometido, está obligado a respetar su decisión; es el efecto del contrato. Se deben distinguir las cláusulas esenciales de las cláusulas accesorias (sentencia del 6 julio de 2009. M.P. William Namen Vargas).

Respecto al principio de la buena fe, se ha dicho que es un principio que también constituye límite a la autonomía privada de la voluntad, en cuanto controla el exceso que pueda darse en las cláusulas abusivas. Al respecto la Carta Política (1991), establece: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellas adelanten ante estas” (Constitución Política, artículo 83).

La norma Superior propende garantizar el cumplimiento de la moral pública, el orden social y las buenas costumbres; en tal sentido, no queda espacio para la existencia de cláusulas que rompan con los fundamentos constitucionales, en cuanto abusen del derecho, del principio de la buena fe

y causen desequilibrio injustificado en la relación contractual, por la actuación de la autonomía de la voluntad privada de las partes.

González, Pérez Jesús (2009), dice “La buena fe significa fundamentalmente rectitud y honradez de todas las personas. Es la ética entre los particulares, es la confianza, la conducta justa, recta, honesta y leal del otro, y se constituye en un comportamiento que resulta exigible a todos como un deber moral y jurídico propio de las relaciones humanas y de negocios” (pág. 44).

De igual forma, la Consejera de Consejo de Estado doctora Ruth Estella Correa Palacio (2007), dice que los artículos 835, 863 y 871 del Código de Comercio señalan que se presumirá la buena fe, que las partes deben proceder en la etapa precontractual de buena fe exenta de culpa calificada so pena de indemnizar perjuicios, y que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, respectivamente.

El profesor Rodríguez Yong (2013), manifiesta que la buena fe impone a las personas las obligaciones de actuar con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia y responsabilidad, por lo tanto se le reconocen características y funciones importantes en la relación contractual como: “el carácter bipolar o de doble vía, en el sentido de ser exigible a ambas partes del contrato y debe observarse durante las etapas del precontractual, contractual y pos contractual, de allí que se le denomine polifásico” (p.35).

Los profesores Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2005), en el libro *Derecho civil. Parte general y personas*, dicen que el código de Bello, dispone de manera general la buena fe subjetiva y la culpa. Señalan estos autores: “La buena fe es susceptible de dos grados, la buena fe simple y la buena fe exenta de culpa o buena fe calificada (creadora de derechos)”. (p. 186 -187).

De igual forma, la jurisprudencia relaciona el estado de razón y el grado de la actuación del agente, debido a que tal comportamiento crea el derecho de arraigar alguna situación del titular de la misma en razón de la apariencia generada por un error invencible. Pero al momento de argumentar los fallos, la jurisprudencia colombiana ha tenido varios errores al conceptualizar claramente la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva en la etapa precontractual y de ejecución

del contrato. Así sucedió con la Sentencia del 9 de agosto de 2000, de la Corte Suprema de Justicia, respecto al artículo 863 del Código de Comercio, en donde ajusta el comportamiento a un modelo de conducta general, conducta también reiterada en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Bogotá, 1º de diciembre de 1938 M.P.; Hernán Salamanca y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Casación del 2 de agosto, expediente 6146 M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo. Mácula confusión jurisprudencial radica principalmente en que la buena fe subjetiva y la buena fe exenta de culpa tienen los mismos elementos pero, la buena fe exenta de culpa es solamente la especie de la buena fe subjetiva. Y su función es reconocer efectos jurídicos a una apariencia de derecho de la cual se ha derivado un error invencible, haciendo ceder a la realidad jurídica ante aquélla, pero su aplicabilidad no supone un deber de comportamiento frente a la contraparte como sí lo exige la buena fe objetiva.

Por su parte, el código civil (1997), establece: “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emana precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenezcan a ella”(artículo 1603 código civil).

El Código de Comercio establece que en el periodo contractual es indispensable la buena fe, al afirmar: “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen” (Código de Comercio, artículo 863). Más adelante afirma: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural” (artículo, 871).

Si la buena fe es un postulado de naturaleza jurídica, se sitúa en el mismo nivel de la ley y adquiere el carácter de norma dispositiva, de donde se deriva su naturaleza objetiva, por cuanto ajusta la voluntad de las partes al principio de la buena fe, la rectitud y la honradez, en tal sentido, son deberes de conducta, exigidos en cada caso en particular de acuerdo a la relación jurídica y la finalidad perseguida en el contrato. Pensar la mala fe de una de las partes permite dar vida a relaciones viciadas e ilícitas, por tanto, el principio de la buena fe siempre debe de estar presente en la totalidad de la actividad contractual actuando como control de la autonomía de la voluntad

ya que por el carácter ético y social que encarna, permite orientar la interpretación de los contratos y evitar el abuso, el desequilibrio, la vulneración de lealtad y sancionar falsas afirmaciones y fraudes producto de la mala fe (artículo 863, código del comercio).

Por su parte la Corte Constitucional, respecto a la buena fe establece que, en el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se les impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad-, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que *“aquellos adelanten ante estas”*.

La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público. De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados (Sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil).

No obstante lo expuesto, no es viable considerar que el principio de buena o mala fe es el único criterio válido para calificar o no las cláusulas de abusivas, toda vez que existen cláusulas pactadas de buena fe, que causan desequilibrio prestacional a las partes, de igual forma, otras son pactadas de mala fe y generan proporcionalidad en cuanto los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Sin embargo, los negocios jurídicos, deben ajustarse siempre a los postulados derivados de los principios de la voluntad de las partes y la buena fe, como un gesto de legalidad y aceptación de las condiciones negociadas o preestablecidas en el contrato de crédito documentario.

4. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO DOCUMENTARIO.

Las cláusulas abusivas de limitación de responsabilidad contractual, son incorporadas en los servicios financieros y específicamente en el contrato de apertura de crédito documentario, por virtud de la ley, al permitir que el banco las redacte, amparado en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Una vez allí, es imposible modificarlas o por lo menos discutir las con el cliente bancario, pues al encontrarse dentro de un solo cuerpo de cláusulas, el cliente solo le queda la opción de adherirse a ellas.

El presupuesto básico que define y limita las cláusulas abusivas en los contratos de crédito documentario, se sintetiza en la facultad que le otorga la ley al poder dominante frente a la voluntad del cliente financiero. Esto equivale a facultar a las entidades vigiladas a exigir el pago de los créditos y cargos adicionales sobre los pagos ordinarios que el deudor debe efectuar en el cumplimiento de cualquier obligación crediticia. García Amigó (1965), considera que “la inserción de estas cláusulas pretende aliviar su responsabilidad porque lo que se pretende es exonerar de responsabilidad o al menos de dejarlo indemne, dejando sin acción alguna al cliente bancario o sin indemnización por el incumplimiento sufrido dentro del contrato” (p.32).

En la medida en que se trasladen limitantes, disminución o exclusión de responsabilidad imputable directamente a la parte fuerte del contrato, se está pisando terreno de las cláusulas abusivas. No obstante, García Amigó (1965) considera que: “las entidades bancarias quienes son las responsables del diseño de las condiciones generales del contrato, están en la obligación de dar cumplimiento a lo acuerdo, en virtud del principios de la buena fe contractual” (p.33). Este argumento fue acogido por la Superintendencia Financiera, al considerar que no obstante la facultad otorgada por la ley a las entidades bancarias, las obliga a conocer las cláusulas que no están autorizadas legalmente y evitar la incorporación en el contrato.

Así las cosas, las cláusulas abusivas en los contratos financieros, se apoyan en un factor objetivo y un factor subjetivo. El factor objetivo, consiste en causar desequilibrio para aprovecharse del

detrimento ocasionado al consumidor financiero, mientras que el factor subjetivo hace notable la desigualdad en la negociación, pues los bancos ostentan una posición de superioridad frente al usuario financiero. De cualquier modo, expresa Guarino Sommer (2010): “es importante diferenciar que no siempre las ventajas que tenga el banco son patrimoniales, sino que mediante la limitación de responsabilidades en contra del cliente, la entidad financiera acumula beneficios de otra índole” (p.200).

La Superintendencia Financiera (2011), considera que en los contratos de crédito documentario, son abusivas todas aquellas cláusulas que autoricen a las entidades vigiladas a cobrar por servicios no prestados, porque equivale a auto facultarse a exigir el pago de los créditos y cargos adicionales sobre los pagos ordinarios que el deudor debe efectuar en el cumplimiento de cualquier obligación crediticia. También incluye aquellas que exoneran, atenúan o limitan la responsabilidad de las entidades vigiladas sin permitir el uso de los derechos del consumidor financiero. Adicionalmente, califica de prácticas abusivas, redactar contratos con letras ilegibles y difíciles de leer a simple vista.

Digamos que esta práctica muy común en la actividad financiera, obedece a la potestad del banco para utilizar estrategias que permitan prestar servicios en masa, especialmente en lo que se refiere a tomar decisiones sin el consentimiento del cliente y la elaboración de minutas con formas y tipos de letra, que en la mayoría de los casos no permiten ser revisadas en su totalidad.

Consideramos que los anteriores postulados de abusividad, constituyen los elementos básicos para que la Superintendencia fundamente la teoría respecto a las cláusulas abusivas, y de esta forma propenda por las prohibiciones prevista en la Circular Externa 039 de 2011, donde ordena a las entidades vigiladas la eliminación de cualquier tipo de cláusula y prácticas abusivas en los contratos de crédito documentarios.

Vale la pena hacer claridad respecto a la presencia de cláusulas limitativas de responsabilidad en el contrato de apertura de crédito, porque si bien se cree que por el hecho de aparecer en el contenido del contrato, adquieren la naturaleza de cláusulas abusivas, sin embargo no es así, porque la categoría de abusivas, lo determina los órganos competentes y en particular los

funcionarios que estén calificados para hacer dicha valoración y no la sola presencia o no en el contrato bancario. En este sentido, la legislación colombiana ha dado libertades al sector financiero para que establezcan políticas distintas a las que regulan el sistema contractual general, libertad que ha sido sobrepasada por la sagacidad de los bancos y han establecido condiciones del contrato de crédito documentario, que sobrepasan el nivel de lo permitido por la ley.

4.1 Cláusulas abusivas más comunes en el contrato de crédito documentario.

En marco del derecho financiero y con el fin de permitir que la entidad financiera pueda prestar los servicios en masa, la ley colombiana permite que los bancos establezcan cláusulas abusivas, siempre que no afectan los intereses del cliente; sin embargo, tal unilateralidad, puede traspasar el límite de lo legal y adquirir el carácter de abuso del derecho, lesionar las posibilidades del cliente y causar desconfianza en el sector financiero; a pesar de las medidas de control, los bancos establecen una serie de condiciones para la prestación del servicio financiero, más beneficiando sus intereses, que los del cliente. Dentro de las cláusulas abusivas más comunes se pueden mencionar los siguientes grupos:

4.1.1 Las que constituyen abuso del derecho. En este tipo de cláusulas se interponen los intereses del banco, por encima de los marcos legales. Como ejemplo tenemos: a) intereses por encima de lo permitido por la ley; b) la variación de los intereses solo en la dirección de alza; c) el criterio unilateral del banco para fijar la tasa de intereses; d) las cláusulas hipotecarias sobre los inmuebles donde el hipotecado no manifieste su consentimiento expreso, y e) los pactos que representen obligaciones futuras al hipotecado.

4.1.2 Las cláusulas de vencimiento anticipado. Esta consiste en vulnerar el principio general de garantía hipotecaria, solo se puede ejecutar anticipadamente, cuando el deudor incumpla con la obligación crediticia, sin embargo, es habitual que la entidad crediticia incluya cláusulas que les permiten ejecutar anticipadamente por cualquier tipo de incumplimiento del deudor. A este respecto se pueden señalar las siguientes: a) cuando el cliente deja de pagar una o dos cuotas

hipotecarias, b) cuando el deudor enajena el inmueble, c) cuando incumpla alguna obligación accesoria, y d) cuando el valor del inmueble sufra deterioro.

4.1.3 Imposición de obligaciones al cliente. En este grupo se pueden mencionar: a) imposición de tipos de interés al usuario, b) establecimiento de distintas condiciones para la revisión del interés al alza o a la baja, c) requerimientos de garantías reales o personales desproporcionadas, d) imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados, como la obligación de contratar un seguro; e) transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión de la entidad de crédito que no le sean imputables, por ejemplo, demora en la corrección de errores y f) exigencia de retenciones y depósitos obligatorios.

Respecto al tercer grupo, las cláusulas limitativas de responsabilidad, hacen referencia a la necesidad de asumir el riesgo limitado frente al objeto, asegurando solo cierto límite económico para resarcir en caso de incumplimiento. En nuestra legislación, estas cláusulas son permitidas bajo el principio de la libertad contractual y la voluntad de las partes. Sin embargo, para algunos autores la voluntad de las partes presenta ciertos problemas y no es viable, porque siempre la voluntad del banco someterá a la del cliente, causando un marcado desequilibrio en la relación contractual, en tal sentido, se limita la aceptación y se produce una desproporción en los derechos y obligaciones de las partes.

4.2 Cláusulas abusivas en el contrato de crédito documentario en Colombia.

La legislación colombiana, además de acogerse al marco general de las cláusulas abusivas presentadas en el numeral anterior, hace una importante diferencia entre cláusulas y prácticas abusivas, lo cual resulta beneficioso para el conocimiento y defensa de los clientes. Determina que las primeras se refieren a las condiciones establecidas por la entidad financiera dentro del contenido del contrato, mientras que las segundas son uso espontáneos utilizados por la entidad en perjuicio del cliente financiero; considera que ambas pueden lesionar los derechos de los consumidores y por tanto, a las entidades vigiladas les está prohibida su utilización.

A este respecto la Superintendencia mediante la circular externa 038 y 039 de 2001, imparte instrucciones sobre las cláusulas abusivas y establece que de acuerdo con lo establecido el artículo 7 de la ley 1328 de 2009, las entidades vigiladas deben abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convertir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o den lugar a un abuso de posición dominante contractual (SIF, 2001, circular externa 039).

Como se dijo anteriormente, la Superintendencia fundamenta la teoría de las cláusulas abusivas en tres criterios fundamentales: cobrar por servicios no prestados, en atenuar o limitar la responsabilidad sin permitir el uso de los derechos del consumidor y redactar los contratos con letras ilegibles y difíciles de leer. Respecto a esta fundamentación y acuerdo a lo previsto en la ley 1328 de 2009, la Superintendencia Financiera, en esta dirección, considera que son abusivas las siguientes cláusulas:

Aquellas que exoneran, atenúan o limitan la responsabilidad de las entidades vigiladas sin permitir el ejercicio de los derechos del consumidor financiero. Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:

a) Las que obligan al consumidor financiero a certificar que se encuentran en un computador seguro. b) Las que imponen al consumidor asumir de manera anticipada toda la responsabilidad derivada del uso de los diferentes instrumentos para la realización de operaciones (tarjetas débito, crédito, talonarios, dispositivos móviles, entre otros), así como por cualquier falsedad, adulterio, extravió o uso indebido que de ellos se haga por estos o por terceros. c) Las que hacen que el consumidor financiero asuma toda la responsabilidad por cualquier operación realizada con la clave asignada. d) Las que expresen que la entidad no se hace responsable por los virus, programas fraudulentos o cualquier exposición no autorizada o ilícita del servicio que de cualquier manera pueda afectar la confidencialidad o integridad de la información presentada. e) Las que impongan la obligación de utilizar de manera exclusiva un determinado mecanismo alternativo de solución de conflictos. f) Las que impidan a los consumidores financieros solicitar el pago de perjuicios o pedir la terminación o resolución del contrato, en caso de incumplimiento

en las obligaciones por parte de la entidad vigilada. g) Las que imponen al consumidor financiero la aceptación de plazos para efectuar reclamaciones en perjuicio de aquellos establecidos en la ley.

Las que obligan al consumidor financiero a contratar un determinado producto servicio o con una persona específica, respecto a este grupo se pueden mencionar las siguientes:

a) Imponer directa o indirectamente al consumidor financiero la designación de notario que documentará el servicio o crédito otorgado. b) Establecer la compañía con la cual el cliente debe contratar el seguro. c) Las que facultan a la entidad vigilada a contratar o renovar, por cuenta del deudor, las pólizas de seguros sobre bienes en garantía de un crédito, sin que este tenga la posibilidad de escoger la entidad aseguradora.

Las que autorizan a la entidad vigilada para cobrar por servicios no prestados por el incumplimiento de las prestaciones propias del contrato que no impliquen un servicio adicional, son ejemplos de este grupo:

a) las que autorizan a la entidad aseguradoras para cobrar al consumidor por efectuar el pago del siniestro. b) las que facultan a la entidad para cobrar por recibir el pago de los créditos. c) las que disponen que la entidad vigilada pueda realizar cobros por concepto de gastos de cobranza de manera automática y sin realizar gestión alguna encaminada a la realizar dicha labor. d) la que establece que el hecho que no le llegue la cuenta de cobro, no le releva de hacer el pago en la oportunidad convenida, entre otras.

De igual forma, la citada ley establece en el artículo 12 una abundante lista de prácticas abusivas, entre las que sobresalen:

a) redactar los contratos en letra ilegible y difícil de leer a simple vista. b) no poner a disposición copia de los contratos y reglamentos. c) obligar al consumidor a manifestar que conoce y acepta los reglamentos. d) no entregar copia de los documentos ni de los reglamentos de los productos o servicios contratados. e) realizar cobros por gastos de cobranza de manera automática. f) En créditos de vivienda, es práctica abusiva inducir al consumidor a adquirir más productos con la

entidad como requisito para obtener el beneficio de cobertura de la tasa de interés. g) Todas aquellas conductas que contravengan las cláusulas abusivas contempladas en la ley o en dicha circular, también se consideran prácticas abusivas.

Respecto a la tipificación expuesta por la Superintendencia de las cláusulas abusivas, se puede evidenciar que se trata de cláusulas muy comunes, pero completamente generales, toda vez que los bancos en uso del poder dominante y en su afán por la competencia financiera, imponen al consumidor financiero una serie de requisitos y condiciones que desde todo punto de vista son arbitrarias, que puede que por ser tan invisibles y rutinarias, no sean consideradas como abusiva por la Superintendencia. Por lo expuesto en este numeral se evidencia, que la Superintendencia como agente de control gubernamental, tiene pleno conocimiento del abuso que efectúa el sistema financiero en perjuicio de los clientes, y es enfatiza en la prohibición de tales prácticas.

La discusión se centra entonces, en si la citada lista de prohibiciones descritas por la Superintendencia y la ley, evitan el afán de lucro y el abuso de los bancos, utilizando medios poco ortodoxos para burlar el control y sacar provecho del servicio financiero prestado. Consideramos que bajo el amparo que otorga la ley a las entidades financieras, para que unilateralmente establezcan las condiciones de los contratos bancarios, se desvirtúa lo ordenado por el órgano de control administrativo.

5. MARCO JURIDICO DE CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATO DOCUMENTARIOS EN COLOMBIA.

En la legislación colombiana, se han encaminado esfuerzos a buscar establecer un marco legal sólido para el control y sanción los abusos derivados de las cláusulas abusivas en los contratos, celebrados en virtud de la autonomía privada de la voluntad de las partes en el servicio financiero. En este tenor, se cuenta con un cuerpo de leyes, resoluciones y circulares que evidencia la intención del legislador y del gobierno, de garantizar los derechos del consumidor, regular las prácticas financieras y de defender la relación contractual de una voluntad dominante, frente al uso de cláusulas y prácticas abusivas.

De dicho cuerpo de normas se pueden resaltar las siguientes: la ley 142 de 1994, mediante la cual se regula la prestación de los servicios públicos; la ley 1328 de 2009, que regula la protección del consumidor financiero; la ley 1480 de 2011, mediante la cual se establece el estatuto del consumidor; la resolución 3066 de 2011 (actualizada por la resolución 4359 de 2013), por medio de la cual se establece el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones y la resolución 413 de 2006, por la cual se señalan criterios generales, de acuerdo con la ley, sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios, para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo. Paralelo a esto, se ha venido desarrollando una amplia y variada línea jurisprudencial, en pro de la defensa de los derechos del consumidor financieros.

La ley de régimen de protección al consumidor financiero, contiene aspectos legales importantes tendientes al lograr el propósito, donde sobresalen los principios, los derechos y obligaciones del consumidor, los derechos obligaciones de las entidades vigiladas, las prácticas de protección al consumidor, así como el sistema de atención al cliente. Para Rodríguez Yong (2013), la ley 1328 de 2009 en artículo 7, literal e, prohíbe a las instituciones financieras, incurrir en conductas que conlleven a abusos contractuales o convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar paso a un abuso del poder dominante contractual.

El mismo artículo, señala que existen obligaciones especiales para la entidad vigilada, en virtud del derecho que tiene cliente financiero de conocer las cláusulas del contrato documentario, antes de la firma y aceptación, las cuales no pueden ser modificadas unilateralmente por el banco, al determinar que tanto los intereses como las tarifas deben ser pactados en el contrato y al igual que sus anexos, deben ser elaborados con claridad, en caracteres legibles y contener entre otros, los términos y condiciones del producto o servicio, los derechos y obligaciones, las tasas de interés, los precios, las tarifas y la forma para determinarlos (ley 1328 de 2009).

En el literal g, la misma ley (ley 1328 de 2009, art. 7) prohíbe a la entidad financiera, hacer cobros no pactados o no informados previamente al consumidor financiero y exige tener a disposición del cliente los comprobantes y soportes de pagos, transacciones realizadas por cualquier canal. En el literal h, se impide cobros por concepto de gastos de cobranza prejudicial sin haberse desplegado una actividad efectiva encaminada a esta gestión y sin haber informado previamente al consumidor el valor del mismo, de igual forma el cobro de honorarios debe ser adecuado.

El artículo 11 (ley 1328 de 2009), prohíbe el uso de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, evitando cualquier condición que implique para el cliente, limitación o renuncia al ejercicio de los derechos, se invierta la carga de la prueba en su contra, se incluyan espacios en blanco o cualquier condición que limite los derechos del consumidor, se exonere, atenúe o limite la responsabilidad y los deberes de la entidad financiera derivados del contrato. En consecuencia cualquier estipulación o uso de cláusulas abusivas en el contrato, se entenderá por no escrita o sin efecto para el consumidor financiero.

Respecto al uso de prácticas abusivas, el régimen de protección al consumidor financiero, hace claridad al precisar que queda prohibido condicionar al consumidor para que acceda a la adquisición de productos o servicios o realice inversiones para la prestación de los servicios, tal es el caso de obligarlo a recibir la tarjeta de crédito, como condición para otorgarle un crédito. Renovar un servicio sin solicitud o autorización expresa del cliente y la inversión de la carga de la prueba en caso de fraudes contra el consumidor. De igual forma, la ley 1328 de 2009, art. 12, prohíbe el uso de todas las cláusulas y prácticas señaladas en la resolución N° 039 de 2011.

La jurisprudencia ha dicho que las entidades financieras gozan frente a los usuarios de una posición dominante que les permite fijar e imponer el contenido de la relación contractual. En este sentido la Corte hace el siguiente pronunciamiento:

Tampoco ha de negarse que las empresas dedicadas a esa labor en principio ostentan una posición dominante pues según se sabe, la banca, en sus diferentes manifestaciones es una compleja amalgama de servicios y crédito donde las empresas financieras que la practican dependen de un enorme poderío económico que barrenado los principios liberales de la contratación, les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponer a los usuarios las condiciones de las operaciones autorizadas para realizar (sentencia del 6 julio de 2009. M.P. William Namen Vargas).

Por su parte, el código civil colombiano trata ligeramente el tema sobre las cláusulas restrictivas, exonerativas o limitativas de responsabilidad cuando expresa: "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por un consentimiento mutuo o por causas legales" (artículo 1602) y reconoce el poder del individuo en la decisión de contratar, por medio de la autorregulación, al afirmar que: "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras" (Código Civil artículo 1618).

Este precepto legal es avalado por la Corte Suprema de Justicia, cuando manifiesta:

En punto a interpretación de los contratos, la exigencia es más imperativa, si cabe, en razón de la materia que se refiere, cual es la libertad humana considerada como fuente de relaciones de derecho. El acto jurídico es uno de los medios con que el hombre ejerce esa libertad, y se comprende que su interpretación por parte de los jueces no tenga otro fin que respetar y garantizar esa libertad. Ello quiere decir que la operación interpretativa del contrato parte necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo, es traicionar la personalidad del sujeto comprometido en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o

desvirtuar la voluntad plasmada en él. Por lo mismo y con el objeto de asegurar siempre el imperio de la voluntad, las declaraciones vagas, confusas, oscuras o inconsonantes deben ser interpretadas, ya que todo proceso del querer persigue un fin. (Sentencia del 19 de septiembre de 2009. M.P. William Namen Vargas).

Con respecto a lo anterior, cabe precisar que el Juez es el único que tiene la posibilidad de intervenir en los contratos privados, interpretando los elementos y las cláusulas, con el fin de evitar el desequilibrio por circunstancias imprevisibles, involucrando la voluntad objetiva y la subjetiva. Al respecto, la Corte Suprema se pronunció de la siguiente manera en la sentencia del 10 de marzo de 1995:

Conforme a la autonomía de la voluntad, los particulares gozan de libertad para acudir en la regulación de sus relaciones negócias entre sí, a una cualquiera de las formas contractuales típicas, que la ley pone a su disposición como instrumentos eficaces e idóneos para el desarrollo de la operación proyectada y de los intereses a ella vinculados, o, si así lo prefieren, pueden cambiar elementos diversos para crear un contrato típico, que se adecúe a sus particulares circunstancias y a las finalidades perseguidas en la celebración de ese contrato (sentencia de 10 de marzo de 1995. M.P. Humberto Murcia Ballén).

Así las cosas, el control respecto a los contratos de crédito documentario ejercido en Colombia, radica en convalidar la autonomía de la voluntad en concordancia con la teoría liberal, fundamentada en los principios esenciales de la persona como la libertad y la igualdad, porque los contratos documentarios solo tienen fuerza vinculante, en virtud de la voluntad de las partes. Considero que las entidades vigiladas están de acuerdo con esta teoría, porque no aceptan la creación de nuevos contratos en donde las partes acuerden nuevas condiciones, aunque exista una imposición unilateral de la autonomía de la voluntad, por tratarse de contratos en masa.

Se observa con lo expuesto, que en Colombia, existe un marco legal para el control y la defensa de los derechos del consumidor financiero, especialmente con lo preceptuado en la ley 1328. Si bien es cierto, los bancos en virtud del poder económico, ejercen una posición dominante en las

operaciones y servicios realizados por los usuarios, de lo cual se deriva una hegemonía para imponer el contenido del contrato y por ende de su posterior administración y ejecución, también es cierto, que dicha conducta está permitida y regulada por la ley.

6. CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA.

Jaime Arrubla en su las *Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia* (p. 391) del libro de Carmen Valderrama anteriormente citado; aduce que la intervención que hace el Estado en el manejo de contratos de adhesión basados en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, se realiza con la legislación desarrollada en el país y en el extranjero, Teniendo como consecuencia que el Estado legisle a cerca de las cláusulas abusivas para su supresión de tal clausula o la terminación del contrato.

La Constitución Política le atribuye al ejecutivo la competencia del control financiero, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria y la asignación de atribuciones específicas de inspección, vigilancia y control, respecto a las actividades y funciones del sector financiero. La Corte señaló que los servicios financieros tienen que allanarse a los principios fundamentales del Estado Social de Derecho y someterse expresamente a procurar el bien común y el interés general.

Sin embargo, la regulación y el control, es una función compartida entre el Congreso y el Presidente de la Republica, de conformidad con las pautas y criterios generales de las leyes marco de control y vigilancia estatal, por tratarse del manejo recursos e inversiones captados del público, en virtud de lo señalado en los artículos 58, 78, 150-19, literal d; 189,24 y 25, 209, 211,333, 334 y 335 de la Constitución Política.

Así las cosas, la tarea de control la cumple el Presidente de la República a través de la Superintendencia Financiera que por disposición de la ley 1328, ampara a los consumidores de bienes y servicios ofertados por las entidades vigiladas, cuya libertad de competencia e iniciativa tienen que limitarse a los preceptos legales enunciados. En este contexto, el control de las cláusulas abusivas en Colombia tiene una doble jurisdicción, en tanto, se puede hacer por vía administrativa o por vía judicial. Para Laguado (2003), según la doctrina y la jurisprudencia el control administrativo de las cláusulas abusivas, es “una función administrativa y es realizado por una agencia gubernamental que se encarga de revisar el contenido del contrato antes de ser puesto

a disposición del mercado, pero luego de ser aceptado, produce efectos cuyo control corresponde a la vía judicial” (p.213).

Esta función en Colombia, es ejercida mediante normas, disposiciones administrativas, entidades gubernamentales y funcionarios defensores, entre los que tenemos: el Estatuto de Protección al Consumidor, la Superintendencia y el Defensor del Consumidor.

La Jurisprudencia colombiana, al igual que en otros países se tiene como regla principal, la autonomía de la voluntad privada pero con las restricciones necesarias para brindar el orden social y el respeto a los derechos fundamentales. Pero, la libertad contractual que se da a los particulares es un arma de doble filo, pues al ser un derecho absoluto permite que el legislador tenga que interpretar la intención de la celebración del contrato, ya que el interés de celebrar un contrato puede ir en contravía con el equilibrio que la sociedad exige al no mirar el bienestar social. La Corte al analizar las cláusulas abusivas ve principalmente dos cosas: una que no contraría la buena fe y la otra es que no genere desequilibrios injustificados para ninguna de las partes contractuales. Pero no podrá calificar una cláusula abusiva si ya el contrato está ejecutado. (p. 406).

6.1 Estatuto de Protección del Consumidor.

María José Vaquero Pinto en su libro *Reflexiones sobre el derecho privado patrimonial*, en el capítulo 8º escrito por la doctora María Domínguez Yamasaki, asegura que en los contratos de adhesión existe una pre-redacción unilateral contratantes y la otra solo debe aceptarlo o rechazarlo, y que el que apareamiento de las cláusulas abusivas cada vez más se confunde entre el derecho público y el derecho privado, cometiendo en ambos tipos de contratos, infracciones administrativas si se ha puesto en peligro o el orden social o el económico. (p. 155 – p. 175)

Este mismo autor, en el capítulo 8º de su libro escrito por Javier Mora Méndez explica de una manera clara y concisa que las cláusulas que el predisponente ha redactado y que vayan en contra de la buena fe del consumidor, causándole un perjuicio o desequilibrio significativo surgiría la cláusula abusiva y por lo tanto es necesario su control. Sosteniendo que es absolutamente

necesario una regulación de las condiciones generales que el sector bancario debe utilizar porque la ley, ha estado renuente a legislar a fondo sobre este tema. (p. 253 -279). Y con las normas actuales de Colombia no solo estamos ante esta falta de legislación concreta y precisa, si no ante la ambivalencia de saber si se está protegiendo al adherente- consumidor o al adherente -cliente

El capítulo II el Estatuto del Consumidor, establece respecto a las condiciones negóciales generales de los contratos de adhesión, que se debe cumplir como mínimo con los siguientes requisitos: a) Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales, b). Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas y c) En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco. Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo (art.17).

Respecto a las cláusulas prohibidas, establece que en los contratos de adhesión, no se podrán incluir cláusulas que permitan al productor y/o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones (art. 38).

Considera el Estatuto, que son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza. Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.

Así las cosas, son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que: a) Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden; b) Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden; c) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; d) Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor; e) Establezcan que el productor o proveedor no

reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado; f) Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones; g) Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo; h) Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero; i) Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo; j) Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal y k) Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas legalmente establecidas cuando estas existan; l) Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral (art. 42 y 43).

De igual forma, establece las acciones jurisdiccionales para la protección del consumidor, entre las que señala: a) Las populares y de grupo y las que la modifiquen sustituyan o aclaren; b) Las de responsabilidad por daños por producto defectuoso, c) La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios. Señala el Estatuto del Consumidor que la competencia, el procedimiento y demás aspectos procesales para conocer de las acciones que trata la Ley 472 de 1998 serán las previstas en dicha ley, y para las de responsabilidad por daños por producto defectuoso que se establece en esta ley serán las previstas en el Código de Procedimiento Civil.

En cumplimiento del artículo 116 de la Constitución política, el Estatuto del Consumidor le atribuye facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera, para que el consumidor financiero, a su elección, someta a conocimiento de esa autoridad, los asuntos contenciosos que se susciten entre ellos y las entidades vigiladas, para que sean fallados en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez.

En desarrollo de dicha facultad, la Superintendencia Financiera podrá conocer de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas

exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público. La Superintendencia Financiera no podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo. Tampoco podrán ser sometidas a su competencia acciones de carácter laboral (art. 57).

Además de establecer las acciones de protección al consumidor, establece el estatuto de una forma clara y paso a paso el procedimiento para ejercer las acciones de protección, determinando que los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán mediante procedimiento verbal sumario (art. 58).

De otra parte, dice Rodríguez (2013), que la Superintendencia en desempeño de la función de control, ordena modificar las cláusulas generales de los contratos de adhesión cuando sus estipulaciones sean contrarias a lo previsto en ley o afecten los derechos de los consumidores. Esto es, que la Superintendencia tiene la facultad de hacer modificar un contrato que contenga cláusulas abusivas, siempre que esta no haya sido facultada por la ley u otra autoridad y solo procede para los contratos de adhesión celebrados en el contexto de relaciones de consumo (p.88).

Delogu L. (2000), dice que “al comienzo la jurisprudencia se concentró en fallar sobre decisiones judiciales internacionales, pero debido a los avances en la problemática nacional, se legisló sobre un régimen especial con el fin de tratar el tema de algunas cláusulas restrictivas de responsabilidad que aparecen en ciertos contratos y que son lesivas para el consumidor con el fin de controlarlas, limitar su validez, determinar su interpretación y la sanción, en tal sentido aparece el nuevo Estatuto de Protección al consumidor” (p.87).

Por su parte Gual (2008), considera que el estatuto consagra que la sanción debe ser la nulidad absoluta de las cláusulas abusiva que superan sus límites de validez, pero no el contrato, siempre

y cuando la cláusula no tiene que ver de manera directa con el objeto que se va prestar dentro del contrato, porque si la cláusula toca algo sustancial sobre el contrato si se aplicará la nulidad total del contrato al afirma que: “El control que se les brinda ahora a los consumidores con este estatuto es evitar la intervención de terceros extraños al negocio, como son los jueces” (p. 30).

Para Santos (2004), el Estatuto acoge las sanciones de nulidad relativa (teoría francesa seguida en el Código Civil Colombiano) o anulabilidad (teoría Italiana seguida por el Código de Comercio colombiano) evitando de cualquier manera la intervención del Juez; persona que jamás participó en la redacción del contenido del negocio jurídico y sus cláusulas, limitando su intervención en el clausulado para interpretar a su manera la nulidad (absoluta o parcial) del contrato. No importa el principio de la estabilidad y seguridad jurídica del contrato como ley para las partes. Este ha sido un gran avance en el país para proteger a los consumidores cuando se sienten en una situación de desventaja.

Para algunos autores, el estatuto evidencia algunas falencias, porque solo hace un control de carácter formal, al resguardar apropiadamente el conocimiento previo que debe tener al adherente sobre las cláusulas contractuales (Ponzanelli, 1984, p. 32). Este control, hace entonces que el proponente tenga la obligación de dar información al usuario, lo que hace posible la transparencia. Pero el artículo no garantiza la protección real para los adherentes, al cubrir de manera engañosa el verdadero alcance de las cláusulas.

Pizarro C. (2004) considera que sabiendo que los adherentes solamente se fijarán en cosas para ellos importantes, como en el precio y la cosa de la compraventa, porque por la necesidad que tienen de adquirir el producto, no se detienen en leer con cuidado y de manera comparativa los beneficios que tendrían. “Por lo que la protección que se daría sería únicamente a los consumidores financieros que si se dediquen a la tarea de poder comparar y estudiar el contenido esencial del contrato, para así conocer no solo sus compromisos al momento de aceptar las cláusulas sino a conocer las obligaciones que tendrán futuro” (p. 27).

6.2 Función de control de la Superintendencia Financiera.

En cumplimiento de las competencias otorgadas por la ley 1328 y la Constitución, la Superintendencia Financiera, ejerce el control administrativo, a través del mecanismo de circulares externas (C.E), donde se han impartido instrucciones para la protección del consumidor financiero y “ordena a las entidades vigiladas, eliminar de las prácticas bancarias las cláusulas abusivas y brindar la información necesaria a los clientes y abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convertir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o den lugar a un abuso de posición dominante contractual” (SIF, 2001, C.E. N° 039).

Con este propósito la entidad, expidió dos circulares externas que buscan garantizar y proteger al consumidor. Así por ejemplo, en la circular N° 038 de 2011, ordena a las entidades vigiladas del sistema financiero poner a disposición de los consumidores información detallada y por separado, de cada uno de los productos y servicios prestados, en las páginas Web y en sus oficinas, antes de que ocurra la celebración del contrato, durante la ejecución e incluso después de la terminación del mismo. Y en la circular N° 039 de 2011, ordena la eliminación de todo tipo de cláusula abusiva en los contratos de adhesión y prohibió la realización de prácticas consideradas abusivas, por parte de las entidades vigiladas.

Dentro de las cláusulas abusivas, se incluyeron aquellas que exoneran, atenúan o limitan la responsabilidad de las entidades financieras, sin permitir el ejercicio de los derechos del consumidor financiero, así como las que autorizan a las entidades para cobrar por servicios no prestados o servicios adicionales. Adicionalmente califica como prácticas abusivas redactar contratos con letras ilegibles y difíciles de leer a simple vista, realizar cobros por conceptos de gastos de cobranza de manera automática y cobrar al consumidor financiero por productos y servicios sin que exista conocimiento previo, autorización o consentimiento expreso del este.

Para algunos autores, la Superintendencia Financiera ejerce el control administrativo en los servicios públicos, el servicio financiero y de consumo, ejerciendo claras manifestaciones y regulaciones respecto a la actividad financiera. Por ejemplo, Soto (2003), dice que el artículo 146

del Estatuto Orgánico del Sistema financiero, establece en relación con los negocios fiduciarios que la Superintendencia lo siguiente: “los modelos respectivos, en cuanto estén destinados a servir como base para la celebración de contratos por adhesión o para la prestación masiva del servicio, serán evaluados previamente por la Superintendencia Financiera al igual que toda modificación o adición...” (p.589).

Por su parte, Rodríguez Yong (2013), expresa en relación con la misma norma que: “La fiduciaria tiene la obligación de someter a consideración previa de la Superintendencia, no solo los contratos de adhesión, para la prestación de los servicios financieros en masa, sino también las modificaciones o adiciones hechas al contrato” (p.87).

Significa entonces que la Superintendencia Financiera hace una aprobación previa de los modelos de los contratos masivos de los servicios financieros, antes de que estos sean aplicados por la entidad financiera, lo cual me parece apenas procedente, en aras de encontrar un equilibrio entre el banco y el cliente financiero. Se observa, que la función de la Superintendencia va más allá de ordenar y prohibir a las entidades bancarias mediante las llamadas circulares externas, el uso de cláusulas y prácticas abusivas, sino realiza controles previos a la prestación de los servicios financieros.

6.3 Defensor del consumidor financiero.

Siguiendo la ruta establecida por la legislación para el control de la actividad financiera en Colombia, el legislativo mediante la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2281, estableció que las siguientes entidades deberán contar con un Defensor del Consumidor Financiero: los establecimientos de crédito; las sociedades de servicios financieros; las entidades aseguradoras; los corredores de seguros; las sociedades de capitalización, las entidades de seguridad social administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida; los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios y agroindustriales; las sociedades comisionistas de bolsas de valores; los comisionistas independientes de valores y las sociedades administradoras de inversión. Esta defensoría actúa a través de una persona natural, designada conforme a lo establecido en la ley.

Las funciones de las defensorías son entre otras: Actuar como vocero de los consumidores financieros ante la entidad; conocer y resolver de manera objetiva, oportuna y gratuita para los consumidores financieros, las quejas que ellos le presenten en relación con la calidad de los servicios o productos que ellas ofrecen o prestan o en relación con el posible incumplimiento o inobservancia de los contratos, las disposiciones legales o los reglamentos internos aplicables al desarrollo, ejecución o finiquito de las operaciones, servicios o productos que las entidades ofrecen o prestan a sus consumidores financieros; prestar por los servicios relacionados con la conciliación de las diferencias o conflictos que se presenten entre el consumidor financiero y la entidad, cuando así lo solicite cualquiera de los interesados en determinado negocio, todo ello en los términos establecidos en el numeral 11 del artículo 2.34.2.1.5 del decreto 2555 de 2010, el literal c) del artículo 13 de la Ley 1328 de 2009, la Ley 640 de 2000, el decreto 3993 de 2010; ejecutar recomendaciones a la entidad relacionadas con los servicios y la atención al consumidor financiero, y en general en materias enmarcadas en el ámbito de su actividad; atender oportunamente y efectivamente a los consumidores.

Tanto las defensorías como los clientes financieros deben acogerse a los procedimientos señalados en el artículo 5 del decreto el decreto 2281 de 2009, para acoger y resolver las quejas y reclamos suscitados de la relación contractual. El Defensor del Consumidor Financiero deberá evaluar la información aportada y resolver la queja o reclamo en un término no superior a ocho (8) días hábiles, contados desde el día siguiente al vencimiento del término estipulado en el numeral 69. La decisión deberá ser motivada, clara y completa. Dicha decisión, deberá ser comunicada al consumidor financiero y a la entidad vigilada el día hábil siguiente después de proferida. En caso que la decisión sea desfavorable al consumidor financiero, puede acudir a otros medios de protección de sus derechos.

Además de la normatividad, las acciones, los procedimientos y los órganos existentes para la protección del consumidor financiero, la Superintendencia Financiera, adoptó la figura de la conciliación extraprocesal para intentar dirimir los conflictos surgidos por los desacuerdos existentes entre los bancos y el consumidor financiero, en virtud de las cláusulas abusivas. Si el consumidor financiero desea adquirir estos servicios los gastos de honorarios los debe asumir la

entidad financiera, sin embargo, por el desconocimiento de este tipo de alternativas de solución de conflictos, no es muy común.

7. ANALISIS DE CONDICIONES EN EL CONTRATO DE CRÉDITO DOCUMENTARIO.

En esta parte del trabajo, se pretende revisar las condiciones generales de tres contratos de apertura de crédito, mediante un análisis comparativo, con el fin de determinar a la luz de la normatividad y los postulados teóricos estudiados, la posible existencia de cláusulas abusivas. Los contratos objeto del análisis son los formatos de condiciones establecido por el banco *Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia s.a. BBVA*, el banco *CorpBanca* y el banco de *Occidente*. Para un mayor orden de la investigación, el contenido de los contratos se ubica en el anexo A, B y C del presente trabajo.

Se trata entonces de un análisis cualitativo, sobre las categorías conceptuales más relevantes de los contratos, en torno a la pregunta focal de las cláusulas abusivas. Para una mayor comprensión del análisis comparativo, se hacen las siguientes precisiones respecto a las siglas a utilizar: C1A, corresponde a la condición x del banco *BBVA*; C1C, corresponde a la condición x del banco *CORPBANCA* y C1O, corresponde a la condición x del banco de *OCCIDENTE*. Donde C es igual a la condición; 1 es igual al número de la condición; A, C, O, equivale al banco. En el análisis también se tendrá en cuenta los planteamientos teóricos y postulados recogidos en la investigación, así como los criterios normativos establecidos por la ley 1328 de 2009 y la Superintendencia, respecto a lo que constituye una cláusula abusiva, dentro de este tipo de relación contractual.

Teniendo en cuenta que en el contenido de los contratos objeto de este análisis, presenta una variedad de condiciones para el análisis, se hace necesario seleccionar solo algunos elementos que de alguna manera agrupen las cláusulas abusivas, como efecto de la acción de la voluntad superior. En este orden de ideas, tales elementos son: la responsabilidad de la entidad, frente a los derechos del cliente; la redacción previa del contenido del contrato y adhesión del cliente; la facultad de la entidad para cobrar intereses, honorarios y servicios adicionales y el conocimiento y aceptación de reglamentos, los cuales a su vez se subdividen en otros aspectos importantes.

7.1 Responsabilidad de la entidad frete a los derechos del cliente.

Respecto a este grupo de cláusulas, se observa que en las condiciones establecidas por los bancos, existe una serie de elementos exonerativos y limitativos responsabilidad bancaria, lo cual restringe los derechos del cliente financiero y le exige de manera expresa, la aceptación del articulado total del contrato.

En este sentido, los contratos bancarios establecen limitantes, disminución o exclusión de responsabilidad (C1A), para que dicha responsabilidad contractual, solo recaiga en el cliente y mediante la firma del contrato, acepte y se auto comprometa, por cláusulas predisuestas e implícitas. Se considera que esta práctica a la luz de la ley 1328 de 2009, es desde todo punto de vista, abusiva porque crea de manera forzada no consentida, obligaciones a favor de la entidad financiera y en contra del cliente. De otra parte, la única opción que le queda al cliente es adherirse a condiciones inclinadas hacia el banco, lo cual genera un detrimento de sus derechos, en tanto, no tiene la posibilidad de consentir libremente y en igual de condiciones, sino que solo le queda la posibilidad de aceptar.

7.1.1 Aceptación de condiciones implícitas.

El banco BBVA (C1A), obliga al cliente a aceptar condiciones implícitas, contenidas en el contrato de crédito y establecidas previamente. Esta conducta bancaria se ubica en el marco de las características de las cláusulas abusivas, porque exige al cliente aceptar todas las cláusulas expresas en el contrato y aquellas que no están pero que pueden resultar después de suscribirlo, al determinar que el cliente debe aceptar todas las prácticas y usos bancarios que rijan en Colombia y en el país donde se apertura el crédito. Es de anotar, que revisada las condiciones establecidas por los otros bancos, esta condición no aparece estipulada expresamente.

Este tipo de cláusulas no es otra cosa que la aceptación de una parte oculta en el contrato y la modificación de otra parte del mismo, luego de haberlo firmado, lo cual podría entenderse como la alteración de la relación contractual inicial. Esta conducta bancaria es inaceptable, pues con

base al principio de la inalterabilidad de la relación contractual sólo puede modificarse el contrato si existe un acuerdo de las partes contratantes. De igual forma, el principio Pacta Sunt Servanda establece expresamente que los pactos deben ser cumplidos, tal y como fueron pactados.

Sin embargo, la doctrina si admite la posibilidad de modificar un contrato con base en la aplicación o existencia de una cláusula implícita, pero solo si hay eventualidades que cambie las circunstancias básicas del contrato, se podrá solicitar el principio *rebus sic stantibus* (las cosas según las circunstancias). Por regla general, estas cláusulas se aplican en los contratos cuya prestación corresponde a períodos de tiempo prolongados, porque desaparece el equilibrio de las prestaciones que las partes han pactado en un principio, por circunstancias inesperadas.

La jurisprudencia acepta la aplicación de esta cláusula si se cumplen una serie de requisitos como lo son: A) La existencia de una alteración extraordinaria de las circunstancias iniciales del contrato. B) Que la alteración provoque un desequilibrio importante entre las partes. C) Que la alteración no haya podido ser prevista por los contratantes. D) Que no exista otro medio legal de restablecer la alteración sufrida. E) Que la alteración de las circunstancias del contrato no esté motivada por la actividad culposa de alguna parte (Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1394-01 de 1995.M.P. Edgardo Villamil Portilla).

Este tipo de condiciones puede reputarse como abusivas porque se está obligando anticipadamente al cliente financiero a aceptar una serie de supuestas cláusulas implícitas al contrato de crédito que no fueron acordadas ni consensuadas inicialmente, de tal suerte, que todo lo que en adelante resulte y sea inherente al contrato debe ser susceptible de aceptación. Aceptar situaciones implícitas, significa que el cliente debe aceptar todo aquello sobreviniente e hipotético que pueda aparecer en la ejecución del contrato y que no está enunciado en el texto. La abusividad de esta cláusula de acuerdo a la hermenéutica jurídica y a la doctrina contractual, está en admitir la posibilidad de aceptar todo lo no pactado, porque cualquier evento puede ocurrir luego de celebrado el contrato y el cliente está en la obligación de aceptar.

7.1.2 Exoneración de responsabilidad respecto a los documentos.

En el análisis de las condiciones establecidas, se evidencia que los bancos se eximen de toda responsabilidad respecto a los documentos que el cliente debe aportar para la solicitud y legalización del contrato. Alegan que ellos no se obligan por las consecuencias que sobrevengan causadas por cualquier falencia en los legajos. Así las cosas, el banco BBVA (C6A), no se responsabilizan por los documentos que menciona la carta de crédito documentario, dejando el trabajo de la custodia de dichos pliegos al titular del crédito.

Ante la eventual pérdida o demora de la documentación, la entidad bancaria alega que esto es culpa del cliente porque actuó de manera diligente en el cuidado de los mismo, por el contrario, el banco actuó con la seguridad debida en el manejo del crédito, por lo tanto, no es responsable de los hechos que ocurran, porque estos deben viajar exclusivamente a riesgo del cliente (C6A). El banco de Occidente (C11O), señala la misma condición, para el caso de pérdida y demora de los documentos, mientras que el banco CorpBanca (C8C), se exceptúa de responsabilidad por los extravíos, errores o demoras en la tramitación o entrega de documentos.

Si bien es cierto, los bancos no tienen la obligación de recibir la documentación respectiva, por ser esta una función de buena fe del corresponsal, si es cierto que parte de las tareas del banco es revisar en detalle los legajos, precisamente para evitar las demoras o insuficiencia que reclaman, toda vez, que constituyen el antecedente legal para la celebración del contrato de crédito documentario. Por lo menos, esta responsabilidad debe ser compartida entre las partes, no de otra forma, puede el banco exigir el cumplimiento del contrato, si ciertas tareas del proceso contractual, queda solo en cabeza del cliente financiero.

Estas acciones de auto exoneración de responsabilidad por parte de los bancos, se circunscriben en el escenario de las cláusulas abusivas, porque impone al consumidor, de manera unilateral, asumir anticipadamente, la obligación de responder por la omisión de un tercero. Esta conducta se observa cuando el banco BBVA (C3A), se auto exime de responsabilidad en la relación contractual, por las consecuencias derivadas de la demora, extravió, inexactitud, autenticidad, falsedad o valor legal de los documentos que se entreguen. (Circular externa N° 039, literal a, numeral 10.1.1 y la ley 1328 de 2011 en su artículo 11 literal d).

Respecto a la falsificación de los documentos, la Corte alude que la falsedad documental es un riesgo que existe en el tráfico comercial y por esto el banco no puede exonerarse de responsabilidad, aunque se demuestre que fue que uno de sus empleados actuó con culpa, malicia, negligencia o imprudencia demostrada; trasladando inmediatamente al carga de la prueba al banco. (Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1394-01 de 1995.M.P. Edgardo Villamil Portilla).

7.1.3 Exoneración de responsabilidad respecto al proceso de aduanas, nacionalización y traspaso de mercancías.

En las condiciones (C7A; C10C; C8O), los bancos se exoneran de toda responsabilidad frente al proceso de aduanas ante las autoridades locales, por carencias o defectos de los documentos para dicho trámite. Si bien esta conducta, no es posible reputarla de abusiva, por ser una tarea propia del dueño de la mercancía, la empresa transportadora, los usuarios operadores, declarantes, importadores y de la misma DIAN, se debe considerar que auto exonerarse de responsabilidad, en una cláusulas del contrato bancario no es procedente, toda vez que esta es una tarea determina por la ley y las practicas del mercado; el hecho que se suscriba en el contrato, es ya un posible acto de arbitrariedad.

Lo mismo ocurre con la función de nacionalización de mercancías y la autorización de retiro de las mismas. Si no es tarea del banco intervenir en este tipo de procesos, en tanto, su obligación consiste en proporcionar los recursos financieros para que las mercancías ingresen al país, no debería ser una condición limitante de responsabilidad. Es claro entonces, que cargar la responsabilidad solo al cliente importador, se circunscribe en el contexto de las características de las cláusulas abusivas, determinadas en los postulados teóricos y la normatividad. Sin embargo, revisado este tipo de exclusión de responsabilidad bajo el lente de la circular y la ley, no se evidencia ningún abuso por parte de la entidad bancaria, por ser permitido y aceptado como práctica bancaria para este tipo de contratos, aunque no sea una responsabilidad recíproca y equitativa.

Hacer que el cliente se comprometa para que el traspaso de mercancía se realice de manera segura, fácil y rápida, es un comportamiento ceñido a las prácticas legales de los usos bancarios nacionales e internacionales. Sin embargo, en esta condición los bancos restringen al cliente, para en caso de incumplimiento, como consecuencia de las comunicaciones u otras deficiencias, es de exclusiva responsabilidad y no del banco (C1A). De igual forma, el banco de Occidente (C3O), obliga al cliente a sumir la responsabilidad de cualquier perjuicio que sufra el banco por el retardo o falta de pago, sin consideración a las circunstancias del tal evento, al establecer que el cliente debe firmar y aceptar que de cualquier forma se hace responsable y asume cualquier perjuicio que sufra el banco por el retardo o falta de dicho pago. La misma condición más adelante, exige que el cliente acepte pagar cualquier diferencia que resulte a favor del banco, en relación con el tipo de cambio y los intereses causados (C3O).

7.1.4 Exoneración de responsabilidad respecto al proceso de comunicación.

Este tipo de cláusulas determinan que una relación respecto a la comunicación que debe existir entre los sujetos implicados en el contrato bancario, es decir, entre A (comprador), B (vendedor) y C, la entidad bancaria quien respalda mediante el contrato crediticio. Esto implica, que debe existir una efectiva y oportuna comunicación, desde el momento en que se empieza el negocio de la mercancía hasta el momento del desembarco. Sin embargo, el banco no asume responsabilidad por demoras, extravíos, pérdida, retardo o mutilación de dichas comunicaciones, teniendo en cuenta que es solo un intermediario entre el comprador y el vendedor de las mercancías.

Esta condición no se puede tildar de abusiva, aunque limite la responsabilidad solo al comprador y el vendedor, exceptuando de responsabilidad al banco, como consecuencia de una deficiente comunicación entre estos, es decir, entre A y B, pero si es bueno preguntarnos, si la deficiencia de la comunicación es por parte del banco, por qué este evento no queda previsto en el contrato?

7.2 Redacción previa del contenido del contrato y adhesión del cliente.

Carlos Ignacio Jaramillo (2001), considera que en la medida que no exista negociación de contenido contractual cualesquiera sean las circunstancias, vulnera el principio de la buena fe

negocial y genera un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Por su parte, Rodríguez Yong (2013), piensa que es abusiva una cláusula cuando es redactada e impuestas por una de las partes del contrato, porque genera desequilibrio injustificado, cargas y obligaciones en contra del adherente, como consecuencia del reconocimiento de prerrogativas irrazonables o injustificadas en favor del predisponente. De igual forma, Elena Bellod Fernández (2002), dice que son abusivas cuando la condición no es susceptible de negociación individual, en tanto su práctica no fue consentida expresamente.

Para Manuel García Amigó (1965), las cláusulas son abusivas cuando el consumidor usuario no tiene margen o espacio de negociación, porque es impuestas, lo que implica que no las puede consentir expresamente, modificar sus características, colisionando con el principio de la buena fe, perjudicando y generando desequilibrio en a favor de la parte que las impuso y en contra del consumidor. Es estipulada por uno de los contratantes, generalmente por el más fuerte económicamente, y generalmente lesiva para la parte que se ve obligada a aceptarla. Solo atribuyen ventajas, eximiendo de riesgo o pérdida a una de las partes, exime o limita la responsabilidad e invierten la carga de la prueba y obligan a renunciar al fuero de la jurisdicción.

Estos planteamientos contribuyen a afirmar que cuando se incluyen en un contrato, contenidos predispuestos, proporcionan irracionalmente ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente y cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del principio de buen fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual. En concordancia con los preceptos expuestos, la ley señala que una cláusula se reputa abusiva cuando produce desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en el que el consumidor puede ejercer sus derechos (ley 1480 de 2011), deja claro que toda inequidad en la relación contractual, desequilibrio y desproporción en el contrato, es arbitrario.

Así las cosas, el examen de las condiciones establecidas por los bancos, en el crisol de los postulados teóricos y legales, se puede afirmar que se cumplen todas las características que conllevan a suponer que las estipulaciones allí establecidas, circunscriben el terreno de lo abusivo, en cuanto son predispuestas, rompen el equilibrio negocial, atentan contra el principio

de la buena fe, causan cargas injustificadas al cliente y con una única alternativa para el consumidor cual es la de adherir, comprometerse y obligarse, a las condiciones establecidas en el contrato de crédito documentario.

Quedó demostrado, que el contrato de crédito documentario es por naturaleza un contrato de adhesión, lo que implica que las condiciones son celebradas por una voluntad dominante de manera unilateral, para que el cliente financiero adhiera y acepte de manera voluntaria, su contenido. No obstante lo anterior, no es válido afirmar que tanto el contrato de adhesión como las cláusulas abusivas, entren en el contexto de lo ilegal, porque ambos elementos jurídicos son permitidos y regulados por la ley.

7.3 Facultad de la entidad para cobrar intereses, honorarios y servicios adicionales.

Respecto a los intereses, se considera que al momento de firmar el contrato de adhesión se pactan los intereses corrientes, que se deben pagar a lo largo del crédito bancario, sin embargo, en las mismas condiciones contractuales, los bancos se auto facultan para aumentar los intereses, de acuerdo eventos futuros motivados por el tipo de interés aplicado por la moneda del país donde se abre el crédito (C5A; C20; C5C), lo que implica que los intereses definitivamente no son los que el cliente acepta, sino que aparece la potencial facultad del banco para cobrar otros distintos a los pactados, en virtud de que siempre se va a negociar con una moneda diferente a la acordada.

Betancourt et Vargas (2008) expresan que esta condición auto faculta a las entidades bancarias, para aumentar unilateralmente el interés pactado, ya que los bancos se enfrentan a una incertidumbre sobre la tasa de interés cuando el Banco de la Republica sube las tasas por encima de lo anticipado por ellos, ya que los intereses del crédito bancario fue determinado con una tasa esperada menor, con la justificación que el Banco Emisor negocia en el primer semestre con una tasa conocida y estudiada por ellos, mientras que en el segundo periodo esta tasa es totalmente desconocida. Este cambio, sobre los aumentos o disminuciones en las tasas de interés bancario es un tema estudiado por el régimen de inflación objetivo, que no solo estudia esto, sino el comportamiento de los bancos en su competencia perfecta y el riesgo de tasa de interés estudiado en los dos periodos anuales como es su costumbre hacerlo. (p. 5-8).

Los bancos comprometen también al cliente (C5A; C2O; C5C), al pago de los intereses corrientes o de mora sobre las sumas de las mercancías desde el día de pago a los beneficiarios por parte de los bancos corresponsales, hasta el día en que sea cubierto el importe de la utilización de la mercancía. En este sentido, esta cláusula entra en el escenario de lo abusivo en la medida que los intereses moratorios son fijados de manera unilateral por el banco, de acuerdo a las variaciones del mercado de divisas u otras situaciones que se presenten, pero siempre ajenas a la voluntad del cliente.

De igual forma, los bancos BBVA y Occidente (C13A; C3O), exigen al cliente financiero que se declare deudor del valor del valor total del crédito y que en caso de mora se pague un porcentaje no determinado en el contrato por el total de la deuda (sin deducibles) y el pago de honorarios. Por su parte, el banco CorpBanca (C3C), obliga al cliente a debitar de forma automática de las cuentas de ahorro y corrientes el valor de la deuda derivada del crédito documentario, incluidos los intereses, gastos, comisiones e impuestos, siendo aún más arbitrario, porque si el cliente no cuenta con disponible, el banco le otorga sobregiro exigiéndole pagar el costo del sobregiro, cargado. Le constriñe además, a asumir los riesgos de los costos cambiarios que se deriven de la utilización del crédito, estando el banco facultado para comprar divisas con el fin de pagar el crédito y los intereses actuando como mandatario del cliente.

Es común que una persona natural o jurídica al momento de endeudarse, considere los aspectos generales de la obligación, con el fin de estar seguro de poder cumplir con los pagos. En tal sentido, consulta la tasa de interés del crédito solicitado, los gastos asociados al crédito como impuesto de timbre y estampillas, gastos notariales y seguros. Además, verifica si tales seguros son voluntarios u obligatorios, cuál es la cobertura de la póliza, cuáles son los gastos de cobranza, en caso de atraso en el pago de una o más cuotas, entre otras medidas, entre otras.

Una vez la persona tiene cubiertos todos estos aspectos, es cuando decide contratar con la entidad financiera, la cual está en la obligación de especificar los mecanismos de cobro y morosidad. Por ejemplo respecto a los intereses de morosidad, debe especificarlos junto con la variación, el tiempo de cobro y los gastos de cobranza extrajudicial. Sin embargo, estas consideraciones no

aparecen en las condiciones del pre impreso, haciendo que la cláusula no es clara y completa, en este sentido, puede ser tachada de abusiva. Para el doctor González Joel, las cláusulas deben ser concluyente e inequívoca así se haya aceptado expresa o tácitamente, de lo contrario debe tratada como abusiva.

El banco de Occidente (C15O), se auto faculta para aumentar el interés fijado en una cuota igual o proporcional a los tipos de interés, del país donde se hay establecido el crédito, exigiendo al cliente que se reconozca deudor por las sumas que resulte del ajuste del interés corriente y moratorio, de forma anticipada. El banco CorpBanca (C2C), obliga al cliente a pagar el valor de los intereses generados por la utilización del crédito documentario, así como el valor de las comisiones y gastos en moneda legal o en divisas de acuerdo a razones internas y unilaterales del banco. En ambos casos, las conductas bancarias pueden ser consideradas como abusivas.

Esta exigencia de los bancos, para que el deudor se declare responsable del pago intereses, honorarios y porcentajes sobre el total de la deuda, en caso de mora (C13A; C3O), no se puede considerar como una condición abusiva en lo que respecta al primer inciso, porque que se pacta una declaración de deudores, lo cual es apenas obvio, teniendo en cuenta que el banco otorgo un crédito y es su deber garantizar que el cliente cumpla. Sin embargo, es abusiva en lo que respecta al segundo inciso porque queda solo en manos del banco la función de fijar el interés, los honorarios y el porcentaje que el cliente debe pagar, por la mora, más allá de lo pactado.

7.3.1 Facultad de la entidad para establecer otros cobros.

Respecto a otros pagos, los bancos exigen al cliente declararse deudor (C10C), por multas y perjuicios que se presente por algún evento futuro. Los pagos serán aumentados (C2O), en todos los gastos, costos, sobrecargo causados por cualquier razón, así como comisiones de intermediarios cambiarios y comprometerse para que dichos pagos tengan un débito automático. Otra forma de exigir pagos, es a través de la retención de las mercancías (C8O), quedando el banco facultado para tomar posesión de ellas y de los documentos que las representen, venderlas o negociarlas con el fin de satisfacer la deuda. Desde cualquier punto de vista, en ambos casos, existe una conducta arbitraria, especialmente obligar al cliente a facultar al banco para debitar de cualquier cuenta o título que posea, el valor total de los gastos, a favor del banco (C4O).

El banco BBVA, exige al cliente que se comprometa a reintegrar a su favor (C14A), en caso de que no sea aprobado el registro de importación, los gastos e intereses por la utilización de la Carta de crédito, más el importe pagado a los beneficiarios por el valor de las mercancías en las respectivas divisas. Los bancos son responsables de actuar de buena fe y con un cuidado razonable en cuanto a las prácticas locales y extranjeras, de verificar la forma correcta de la aceptación en una letra de cambio, pagaré, recibos o cualquier otro documento. Si bien, no pueden ser responsables por la genuinidad y exactitud de las firmas o de la autoridad del signatario firmante, basta que esta tenga apariencia de veracidad, en tanto, no le es dado transferir responsabilidades al solicitante, por fuera de lo legal.

No obstante lo anterior, esta cláusula podría ser abusiva al exigir que por causas ajenas a la voluntad del cliente, se pague al banco los gastos e intereses que se cause la utilización de la Carta de Crédito más el importe pagado a los beneficiarios por el valor de las mercancías en las respectivas divisas. De igual forma, como los intereses no están pactados en las condiciones iniciales, se entiende que estos son fijados por el banco, lo que equivale a adoptar decisiones de manera unilateral e imponer obligaciones al consumidor que modifican lo aceptado inicialmente.

Es abusiva, porque atenta contra lo estipulado por la Superintendencia en el literal b, numeral 10.1, de la directiva N° 039. De igual forma, se entienden que son abusivas aquellas cláusulas que facultan a la entidad para cobrar por recibir el pago de los créditos, las que disponen que la entidad vigilada pueda realizar cobros por concepto de gastos de cobranza de manera automática y sin realizar gestión alguna encaminada a la realizar dicha labor y las que establecen que el hecho que no le llegue la cuenta de cobro, no le releva de hacer el pago en la oportunidad convenida, entre otras.

7.3.2 Facultad de la entidad respecto a la declaración de cambio.

De conformidad con lo previsto en la Resolución Externa No. 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República (en adelante R.E. 8/00 J.D.) y demás normas que la modifiquen o adicionen, los residentes y los no residentes que canalicen a través del mercado cambiario

cualquiera de las operaciones de cambio definidas en el artículo 1 del Decreto 1735 de 1993, deberán presentar una declaración de cambio en los términos previstos en esta Circular.

La declaración de cambio deberá presentarse por quien realiza la operación, su representante legal, apoderado o mandatario especial aunque no sea abogado, calidades que se presumirán en quienes se anuncien como tales al momento de la presentación. Los Intermediarios del mercado cambiario, podrán actuar como mandatarios o agentes oficiosos para la presentación de las declaraciones de cambio, sujetos a las restricciones y formalidades que impone la Ley (C11A).

La presentación de la declaración de cambio que acredita la negociación o transferencia de las divisas para efectuar el pago o el reintegro a través de los IMC o de las cuentas de compensación, por parte del representante legal, apoderado o mandatario especial del titular de la operación de cambio, no puede implicar el cumplimiento de una operación interna entre residentes en contravención de lo dispuesto en el artículo 79 de la R.E. 8/00 J.D (Manual de Cambios Internacionales Circular Reglamentaria Externa- DCIN- 83).

Aunque esta transacción cambiaria es responsabilidad del cliente, la cláusula es abusiva en cuanto limita la responsabilidad del banco y obliga al consumidor financiero a hacerse responsable por los perjuicio que sufre el banco por la falta de dichos reembolsos, se considera que si esto sucede, no es culpa exclusiva del cliente, sino del sistema cambiario establecido y regulado por el Banco de la Republica.

Así las cosas, se constituyen en cláusulas abusivas, porque los bancos imponen la obligación de aceptar todas las disposiciones prácticas y uso bancarios, en cuanto el banco coloca los usos y prácticas establecidas unilateralmente, como condición del contrato. La circular externa N° 039 de 2001, establece que son abusivas todas las cláusulas que autoricen a las entidades vigiladas para adoptar decisiones de manera unilateral o le impongan a los consumidores financieros modificaciones y obligaciones adicionales a las inicialmente pactadas (C.E. N° 039, literal b, numeral 10.1).

7.4 Conocimiento y aceptación de reglamentos.

La Superintendencia establece que una cláusula es abusiva cuando obliga al consumidor a manifestar que conoce y acepta los reglamentos nacionales e internacionales de uso bancario (C.E. N° 039), sin embargo, CorpBanca (C7C), ordena al cliente a manifestar que conoce las normas de las reglas internacionales que rigen los créditos documentarios.

Dentro de las cláusulas que rigen los contratos de crédito documentario internacional, se pueden mencionar algunas que van en contravía de lo dispuesto por la Supe financiera, al exonerar de responsabilidad tanto al banco emisor, como al corresponsal, respecto a la forma, suficiencia, exactitud, autenticidad, veracidad, o el valor legal de algún documento; a las condiciones generales o particulares que se indiquen o se agreguen en los documentos; a la descripción, cantidad, peso, calidad, estado, embalaje, despacho, valor o existencia de las mercancías, y a los actos, omisiones, solvencia, incumplimiento de las obligaciones de los despachadores, transportadores, aseguradores de la mercancía o de cualquier otra persona relacionada con la operación. Es de aclarar que esta condición no aparece expresa en los contratos de los otros bancos, examinados.

7.5 Conclusiones del análisis.

Del ejercicio se desprende que las condiciones establecidas por los bancos, vistas bajo el lente de las normas y la doctrina, es posible que muchas se circunscriban en el terreno de las cláusulas abusivas, en cuanto sobrepasan el límite permitido por la ley, haciendo precisión que la legislación colombiana permite ciertas libertades al sector financiero para que establezcan políticas distintas a las que regulan el sistema contractual general, para efectivizar la prestación del servicio financiero en masa.

En concordancia con los postulados de Soto (2003), para quien la libertad y la igualdad son ideas supremas e ineludible que constituyen la posibilidad sustancial de las personas contratantes, por ser el contrato un acto humano, el mejor medio para acordar y arreglar los intereses privados, en

igualdad de condiciones, lo que supone un arreglo entre iguales, se puede concluir que los contratos analizados demuestran que se trata de un catálogo de condiciones preestablecidas por un voluntad dominante, donde el cliente solo le queda la posibilidad de aceptar y someterse, debido a la necesidad de suscribir el crédito documentario.

En este mismo sentido, Solarte (2004), señala que las cláusulas de reajuste unilateral no son abusivas en sí mismas, porque solo contiene una autorización distinta a la pactada inicialmente, solo se podría tachar de abusiva si el reajuste se apartó del principio equidad y de la buena fe, en este sentido, es necesario entender que si el banco utiliza una cláusula de ajuste unilateral, con el fin de proteger la estructura financiera del contrato inicial, es completamente valido, planteamiento con el que no se puede estar complemente de acuerdo, porque dicho reajuste es una inclinación desproporcionada a favor de la entidad y en contra del cliente, no de que otra forma, sería indispensable el ajuste.

Así las cosas, el ordenamiento jurídico en observancia de la doctrina jurídica y los postulados filosóficos planteados en la investigación, deben propender por garantizar la libertad y la igualdad de las partes contratantes, por en encima de la voluntad de la autonomía privada y en consecuencia, buscar que los contratos sean celebrados con base en dichos presupuestos, mediante fórmulas eficaces que eviten el abuso del más débil, para que el derecho pueda impedir a toda costa, la existencia de conductas arbitrarias y el poder dominante de las partes, al menos que estas obedezcan a los postulados de la teoría de la imprevisión.

En tanto, una cláusula se reputa de abusivas cuando establece limitantes, disminución o exclusión de responsabilidad a favor del banco, se cobra por servicios no prestados, no existe acción negocial, se presenta al consumidor la cláusula redactada previamente, faculta al banco para exigir pagos no pactados, cargos adicionales. El cliente no participa en la construcción del contenido del contrato, desigualdad en la negociación y desequilibrio en la relación contractual, vulneración del principio de igualdad, de libertad y de la buena y existencia de una posición dominante, frente a una voluntad pasiva y adherente.

Las cláusulas incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen sin explicación proporcional o razonable, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, en detrimento del principio de celebración y ejecución de buen fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual, entran en el escenario de la arbitrariedad contractual y por lo tanto, adquieren el carácter de abusivas, de acuerdo a los criterios tomados de la doctrina y la normatividad vigente.

8. CONCLUSIONES

En atención a lo expuesto en la investigación se puede concluir que las cláusulas abusivas en Colombia, de alguna forma, son aceptadas por el ordenamiento jurídico, en la medida que permite la intervención de la autonomía de la voluntad de las partes en el negocio jurídico y dichos acuerdos son incluyentes, regulados y amparados por la ley. La infracción del principio de la buena fe y el equilibrio de las prestaciones del contrato, hacen que una cláusula adquiera el carácter de abusivas, sin embargo, el abuso solo lo determina el juez con fundamento a la ley y al grado de lesión que cause a la relación contractual o a una de las partes, en tal sentido, este tipo de conductas está viciado y por tanto es considerado ilegal y la normas lo sancionan.

En este orden de ideas, las cláusulas abusivas tienen naturaleza jurídica porque están reguladas y controladas por la ley; es decir, el ordenamiento jurídico permite que en los contrato de crédito documentario, en virtud del principio de autonomía de la voluntad privada de las partes, se pacten condiciones reputadas de abusivas, pero dichas condiciones son reguladas y limitados por la ley. De igual forma, tanto la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, como lo pactado en las condiciones del contrato, así se trate de cláusulas abusivas, tiene fuerza vinculante, para las partes.

Los contratos de crédito documentario, son por su naturaleza contratos de adhesión, situación que hace que a la entidad bancaria, le esté permitido imponer su voluntad en el contenido del contrato, no obstante lo anterior, la Superfinanciera ha venido vigilando y controlando estas prácticas, con el fin de evitar los abusos respecto a los clientes financieros. Aun teniendo el carácter de abusivas, muchas cláusulas dejan de serlo por estar expresas en el contrato de adhesión, por el hecho de tener la oportunidad de aceptar el contenido del contrato.

Sin embargo, no existe una posición doctrinal y jurisprudencial definitiva al respecto, pues la mayoría de los autores se inclinan por la teoría de la delegación acumulativa pasiva o por la del negocio jurídico complejo. En la legislación colombiana el contrato de crédito documentario, no está regulado en su totalidad, de modo que se trata de un contrato atípico, que acepta y aplica las normas internacionales elaboradas y aprobadas por las Cámara de Comercio Internacional.

Las cláusulas abusivas, son convenciones que modifican la responsabilidad contractual, para que el cliente bancario soporte en todo o en parte el riesgo del incumplimiento imputable a las entidades bancarias, liberando al banco del pago de indemnizaciones por causas daño. En el contrato de crédito documentario hacen presencia una variedad de gamas de cláusulas abusivas, unas con la complacencia de la ley y otras con la aceptación forzada del cliente, en muchos casos, libre de intencionalidad por parte de la voluntad dominante, en virtud de los comportamientos que permiten satisfacer los intereses y diferencias contractuales.

El principio de buena fe, es un criterio básico que permite calificar si una cláusula es o no abusivas, sin embargo, existen cláusulas pactadas de buena fe, que causan desequilibrio prestacional a las partes y otras, pactadas de mala fe, que generan proporcionalidad en cuanto los derechos y obligaciones de las partes contratantes, esta aparente antinomia jurídica, no es otra cosa que un semáforo que nos indica que las cláusulas abusivas, antes que una figura jurídica objetiva y controlable, es un elemento subjetivo de alta complejidad para interpretarlo y conceptuarlo. Así las cosas, una clausula es abusiva o no, en la medida que abuse de los derechos de los consumidores, de lo contrario aun siendo arbitraria, no es abusiva porque se enmarca dentro de lo permitido por el ordenamiento jurídico.

Colombia cuenta con políticas que protegen los derechos del cliente financiero y como consecuencia se ha constituido un marco normativo, para investigar y sancionar a las entidades vigiladas, cuando se demuestre que en su contenido se vulnera la voluntad del consumidor financiero, evidente con la promulgación de la ley 1328 de 2009, la ley 142 de 1994, la ley 1328 de 2009, la ley 1480 de 2011, la resolución 3066 de 2011, 4359 de 2013, 3066 de 2011 y 413 de 2006, el Estatuto del Consumidor, las circulares de la Superintendencia Financiera, entre otras. Surge entonces la pregunta, ¿será que en realidad, un desequilibrio en la relación contractual, es inherente al contrato documentario? ¿Si es el Estado el único responsable por mandato de la Constitución y la ley de ejercer el control definitivo, que garantice y proteja los derechos del consumidor financiero, por qué sus políticas son permisivas?.

El propósito del derecho, es garantizar el cabal cumplimiento de la moral pública, el orden social y las buenas costumbres; las cláusulas abusivas, al parecer fraccionan los fundamentos de la lógica jurídica, en cuanto abusan del derecho, del principio de la buena fe y causan desequilibrio injustificado en la relación contractual, sin embargo, son vinculantes para la ley, porque para el derecho es esencial y valido el respecto de la autonomía de la voluntad privada de las partes en el negocio jurídico, en tal sentido, son aceptadas por el ordenamiento jurídico.

Del análisis de las condiciones establecidas por los bancos, vistas bajo el lente de las normas y la doctrina, se concluye que en concordancia con los postulados teóricos estudiados, es posible que algunas se circunscriban en el terreno de las cláusulas abusivas, en cuanto sobrepasan el límite establecido por la ley, sin embargo, no se pueden catalogar de ilegales, en tanto, la legislación colombiana otorga libertad y facultades a las entidades financieras para que establezcan políticas distintas a las que regulan el sistema contractual general.

Con la investigación queda demostrado que con respecto a las cláusulas abusivas en el sistema financiero, aún existen vacíos jurídicos que es necesario revisar; no se ha logrado una efectiva protección de los derechos del consumidor financiero, toda vez, que para ello se hace necesario limitar la autonomía de la voluntad privada de las partes contratantes y determinar una justa interpretación de los principios de la buena fe, la libertad, la igualdad y la conmutabilidad de los contratos de crédito documentario, situación que afecta la posibilidad que los bancos, diseñen condiciones contractuales para la eficacia de la prestación de los servicios bancarios.

La doctrina de las cláusulas abusivas constituye apenas un límite a la autonomía de la voluntad y aunque las partes son libres para fijar el contenido de las relaciones contractuales, dicha facultad no puede servir de excusa para que una de ellas abuse de la otra y obtenga beneficios injustificados, cuando esto sucede, la teoría de las cláusulas puede servir para remediar dicha situación.

9. BIBLIOGRAFÍA

1. ALBADALADEJO, Manuel. (2001). *Derecho Civil I*. Barcelona. Citado por GONZALES, J.M y MÉNDEZ F.P. (2004). Libro en Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. (2004). Editado por Servicio de Publicaciones, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Universidad de Murcia. España.
2. ACOSTA, José. (2013). *Derecho del consumo*. Universidad Santo Tomás e Ibáñez. Bogotá.
3. AGUILAR, Hilda. (2002). *La operatividad de la “Litis dependencia” en el ámbito del reconocimiento y ejercicio de las decisiones judiciales y arbitrales extranjeras en España*. Artículo doctrinal No. 6. Editorial, Universidad de Coruña. Citado en el acuerdo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña.
4. ALBORNOZ, Jorge. & Ali, Paula. (2002). *Crédito documentario*. Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza, Argentina.
5. ÁLVAREZ, Agustín & Cornet, Victoria. (2010). *Liber Amicorum*. En homenaje al profesor Dr. Luis Moisset de Espanes, T.1, Segunda Parte. Córdoba.
6. ANAYA, Celina. (2012). *Riesgos en las transacciones electrónicas bancarias. ¿Una carga que debe ser asumida por la banca?*. Vol. 11. No. 1. Universidad Externado de Colombia. Artículo publicado en la revista e-Mercatoria. Bogotá.
7. ARRUBLA, Jaime. (2009). *Contratos mercantiles. Contratos atípicos*. Legis. 2009. Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá.
8. ARTEAGA, Jaime. y CARVAJAL, Jesús. (1979), *Curso de obligaciones*. Temis. Bogotá.
9. BADOSA, Coll. (1987). *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Real Colegio de España. Bolonia.
10. BELLOD, Elena. (2002). *Cláusulas de vencimiento anticipado de un préstamo*. Citado en el Diario Jurídico por Carlos Guerrero.
11. BERNAL, Mariana, (enero – junio 2010). *La doctrina de los Actos Propios y la interpretación del Contrato*. Universitas No. 120. Bogotá.
12. BERNAL, Mariana. & Villegas, Lorenzo. (2008). *Problemas de la contratación moderna y la protección al consumidor en las tecnologías de información y comunicación*. Revista Universitas, Banco de la Republica, Bogotá.

13. BETANCOURT, Yanneth. & Vargas Hernando., (2008). *Borradores de Economía. Encajes bancarios y la estrategia de inflación objetivo*. Boletín 533. Banco de la República. Bogotá.
14. BETANCOURT, Yanneth. & Vargas Hernando., (2009). *Ensayos sobre política económica. Encanjes bancarios y tasas de interés*. Vol. 27, Núm. 59, Edición junio. Banco de la República. Bogotá.
15. BOHÓRQUEZ, Antonio. (2005). *De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano*. (Vol. 2). Editorial Doctrina y Ley, Bogotá.
16. BONNECASE, Julien. (2000). *Supplementau traité de Droit Civil por Baudry-Lacanerie*. Citado por Vázquez Ferreyra, Roberto. Responsabilidad Civil “Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Roberto H. Brebbia. Rosario: Vélez Sarsfield. Buenos Aires.
17. BRAVO, Juan. (2008). *Derecho tributario. Escritos y reflexiones*. 1ª Edición. Universidad del Rosario. Bogotá.
18. CADENA, Walter & Cubillos, Germán. *Colombia de espalda jurídica internacional: el caso del crédito documentario*. Universidad Libre. Bogotá.
19. CALONJE, Nattaly. (2011). *Fortalecimiento de la Protección al Consumidor Financiero Frente a la Actividad Contractual Bancaria*. Artículo de revista <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3698527> No. 12. Localización: [Via Inveniendi et Iudicandi](#).
20. CARMONA, Miguel. (1997). *Las cláusulas definitorias y las cláusulas limitativas del contrato de seguro*. Revista Española de Seguros, N° 89. España.
21. COLMENARES, Ángela. (2008). *Cláusulas abusivas. Estudio sobre su concepto y su topología*. Universidad Santo Tomas. Bogotá.
22. CASTRO, Germán. *Créditos Documentarios: Publicación 500 Vs. Publicación 600*. Recuperado el 26 de enero de 2013 de: <http://comerciointernacionalylogistica.blogspot.com/>.
23. DIEZ, Luis. (1999). *Derecho de los daños*. Civitas ediciones. Madrid.
24. DÍEZ, Luis. (2001). *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, 4ª edición, Civitas, citado por SILVA RUIZ, Madrid.
25. DELFINO, Luis Alberto. (1977). *Los contratos Bancarios*. Ediciones jurídicas. Madrid.
26. DELOGU Lucia. (2000). *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*. Padova: CEDAM. Citado por José Manuel Gual Acosta en su ensayo *Cláusulas restrictivas de responsabilidad. Observaciones al régimen vigente y propuestas de reforma*. nov. 2008. Diez, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.
27. ECHEVERRI, Verónica María. (2011). *El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores*. Revista Opinión Jurídica, 10, 125- 144. Medellín.

28. ECHEVERRI, Verónica María. (2010). *Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión*. Revista Opinión Jurídica, 9, 127- 144. Medellín.
29. ECHEVERRI, Álvaro. (2011). *Responsabilidad civil y negocio jurídico tendencias del derecho contemporáneo*. Grupo editorial Ibáñez. Universidad Santo Tomás. Bogotá.
30. ESPINOSA, Carlos. (1990). *El crédito Documentario*. Medellín: Ediciones Librería del Profesional. Citado por Mercado, Lili. (2009). *Comentarios a la apertura de crédito documentario*. Advocatus, Edición especial N° 13: 85 - 95, (2009). Universidad Libre Seccional Barranquilla.
31. FERNANDEZ, Mónica (July/Dec - 2002). *Las Cláusulas Claims made en el contrato de Seguro de Responsabilidad Civil*. Scielo. Vol.4 o.2. Universidad del rosario. Bogotá.
32. FERNÁNDEZ, Elena. (2006). *Cláusulas de vencimiento anticipado de un préstamo*. Estudios sobre invalidez e ineficacia, Nulidad de los actos jurídicos.
33. FIERRO, Rafael. (2007). *Teoría general del contrato. Contratos civiles y mercantiles*. Editorial Doctrina y ley. Bogotá.
34. FOLSON Ralph, Wallace, Michael. & Spanogle, John. (2005). *Principles of International Business Transactions, trade and economic relations*. Thomson West. Revista e-mercatoria Volumen 9 /109.pdf. pág. 46. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Comercial.
35. GARCÍA, Gabriel. (2004). *La Traducción Española de la Parte General del Código Europeo de Contratos*. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá.
36. GARCÍA, Manuel. (1965). *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Tecnos. Madrid. Citado por José Manuel Gual Cláusulas restrictivas de responsabilidad. Observaciones al régimen vigente y propuestas de reforma Revista Civilizar vol.8 no.15 Julio–diciembre, 2008. Bogotá.
37. GETE-ALONSO, María del Carmen. (2000). *La formación del contrato, en Manual de derecho civil*, t. II, 3ª edición, Civitas, Madrid.
38. GHERSI, Carlos. (1998). *Problemática moderna: nulidades contractuales y cláusulas abusivas*. Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza.
39. GONZÁLEZ, Joel. (2011). *Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual*. validez y límites Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N° 1, pp. 89 - 100 quien cita a GARCÍA Amigó, Manuel (1965): Cláusulas Limitativas de la Responsabilidad Contractual. Editorial Tecno. Madrid.
40. GONZÁLEZ, Jesús. (2009). *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Editorial Civitas. Madrid.
41. GONZÁLEZ, José. (1978). *Modificaciones convencionales de la Responsabilidad Civil*. Revista de Derecho Mercantil. Núm. 150.

42. GORPHE, Francois. (1985), *Apreciación Judicial de las pruebas*. Editorial Temis. Bogotá.
43. GUAL, José. (2008). *Cláusulas restrictivas de responsabilidad. Observaciones al régimen vigente y propuestas de reforma*. Civilizar No. 15. Bogotá.
44. GUAL, José. (2008). *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*. Ibáñez. Bogotá.
45. GUARINO, Aldo, Sommer, Christian. (2010). *Líber Amicorum. En homenaje al profesor Dr. Luis Moisset de Espanés*. T.1. advocatus. Córdoba.
46. HERRERA, Hernando & Mantilla, Fabricio. (2007). *Temas estructurales en torno al arbitraje. La conciliación y la negociación*. Universidad del Rosario. Bogotá.
47. HINESTROSA, Fernando. (1998). *Validez e invalidez del contrato en el derecho latinoamericano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
48. HINESTROSA, Fernando. (2002). *Autonomía Privada y Tipicidad Contractual, conferencia Publicada en Reflexiones de un Libre Pensador*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
49. JOSSERAND, Louis. (1940). *El Espíritu de los Derechos y su relatividad*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. Una aproximación al estudio de las normas sociales, desde la dogmática jurídica y la teoría del derecho, como forma de conocimiento filosófico-jurídico. Citado por Francisco Vicente Bonet. En el anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 6. 2005.
50. LAGUADO, Carlos. (2003). *Condiciones generales: cláusulas abusivas y el principio de la buena fe en el contrato de seguro*. Bogotá: Universitas Núm. 105 junio. Universidad Javeriana. Bogotá.
51. LÓPEZ, Hernán. (1993). *Contrato de seguro*. Dupré Editores, Bogotá.
52. LOPEZ de ZAVALIA, Fernando. (2011). *Teoría de los contratos*, Parte General. Citado en el Proyecto de los principios latinoamericanos de derecho de los contratos Informe Argentina por Aída Kemelmajer de Carlucci y otros.
53. LLAMAS, Eugenio. (2006). *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez.*, Tomo 2. LA Ley: España.
54. MAIMAR, Rafael. (2006). *Derecho romano: curso de derecho privado romano*. Segunda Edición Universidad Católica Andrés Bello: Caracas.
55. MARTÍNEZ, Gilberto. (1998). *Responsabilidad civil extracontractual*. Temis. Primera edición. Bogotá.
56. MARTORELL, Ernesto. (1996). *Tratado de los Contratos de Empresa*. Volumen II. Editorial Depalma. Buenos Aires.

57. MILLER, Enrique. (2007). *Buenas Costumbres. Revista de derecho Privado y Comunitario*. Número 3. Doctrina. Ejercicio regular y ejercicio abusivo de los derechos, orden público y buenas costumbres o moral social. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires.
58. MOLINA, Luis. (2001). *El Crédito Documentario y sus documentos*. Fundación Confemetal. Madrid.
59. MOLLE, Giacomo. (1987). *Manual del Derecho Bancario*. Segunda Edición. Traducción por Mario Alberto Bonfanti. Abeledo Perrot. Buenos Aires.
60. MOZOS, José Luis & Soto, Carlos. Dirs. *Contratación contemporánea*. T. 2. Temis. Bogotá. Citado en Red de Revistas Científicas de América latina, el Caribe, España y Portugal. Sistema de información Científica. Por María Echeverri Salazar. El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. Opinión Jurídica, vol. 10, núm. 20, julio-diciembre, 2011. Universidad de Medellín.
61. MUGUILLO, Roberto. (2004). *Tarjeta de crédito. 3a Edición*. Astrea. Citado por la doctora Roteta. Tarjeta de crédito vía ejecutiva. Buenos Aires.
62. MUGUILLO, Roberto. (1999). *Manual de Operaciones Bancarias y Financieras*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Primera Edición, Argentina. p. 112. Texto extraído de Contrato de Apertura de Crédito Bancario p. 4. www.elnotariado.com/images_db/noticias_archivos/432.doc
63. MÚNEVAR, Edgar. & Silva, Humberto. (1989). *De la responsabilidad civil derivada del contrato de transporte*. Tesis. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.
64. MUÑIZ, Luis. (2006). Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual. Estudio comparado de las normas españolas, francesas y estadounidenses, editorial Temis. Bogotá.
65. MUÑOZ, Sergio. (2010). *El principio de la buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano*. En: Alterini, Arrubla, Bonivento, Cárdenas, Cubides, De ángel & otros. Citado por Miranda Londoño, Alfonso. *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*. Tomo IV, vol. 1, Pontificia Universidad Javeriana & Temis. Bogotá.
66. OSPINA, Guillermo. & Ospina, Eduardo. (2000). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Temis. Bogotá.
67. OSPINA, Guillermo. & Ospina, Eduardo. (1994). *Teoría General del Contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Ed. Temis. Bogotá
68. OSPINA, Guillermo. & Ospina, Eduardo. (1987). *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*. 3ª edición, Temis, Bogotá.
69. OSSA, Efrén. (1991). *Teoría general del seguro. El contrato*, Temis, Bogotá.
70. OVIEDO, Jorge. (2010). *Obligaciones y cargas de las partes en la compraventa internacional de mercaderías*. Revista de Derecho privado No. 44. Universidad de los Andes, Bogotá.

71. PEÑA, Rogelio. (1997). *Código civil colombiano*. (Tercera Edición). Ediciones ECOE. Bogotá.
72. PEREZ, Diego. Las cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano <http://revistapielagus.com/articulos/05.-las-clausulas-abusiva.pdf>
73. PIZARRO Carlos. (2004). "*La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno*", en Revista Estudios Socio-Jurídicos. Universidad del Rosario. Bogotá.
74. PONZANELLI, Giulio. (1984). *Le clausole di esonero dalla responsabilità*. Milano: Giuffrè. Citado por GUAL, J. (2008). Cláusulas restrictivas de la responsabilidad. Observación al régimen vigencia y propuestas de reforma. Civilizar. Vol. 8. No. 15. Julio / Diciembre 2008. Bogotá.
75. RENGIFO, Ernesto. (2002). *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
76. REZZONICO, Juan. (1987), *Contratos con cláusulas predispuestas*. Astrea, Buenos Aires.
77. RIVA, José. (1997). *Crédito documentario y otros mecanismos en las operaciones de comercio exterior*. De Palma Buenos Aires. Citado por Mercedes Albornoz. En su trabajo Utilidad y problemas actuales del crédito documentario. Número 44. Febrero 2010. CIDE. Toluca – México.
78. RIVERA, Joaquín María. (2009) *¿Es la función económica un test para controlar las cláusulas penales que tienen una naturaleza limitativa de la responsabilidad?*. Universidad Complutense. Madrid.
79. RIVERA, Joaquín María. (1997). *Las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Universidad complutense. Madrid.
80. RODRÍGUEZ, Sergio. (2002). *Contratos bancarios su significación en América Latina*. Legis. Bogotá.
81. RODRÍGUEZ-Yong, Camilo. (2013). *Las cláusulas abusivas en el contrato de concesión desde la perspectiva estadounidense*. Universitas.
82. SANTOS, Jorge. (2012). *Instituciones de responsabilidad civil*, JAVEGRAF. Bogotá. Tercera edición. Tomo 1. Editor: Pontificia Universidad Javeriana.
83. SAUX, Edgardo Y MULLER, Enrique. (2005). *Responsabilidad civil contractual y Aquiliana*. Primera Edición. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe: Argentina.
84. SCHOOTYANS, Michel. (2005). *Dios, o el postulado de la razón práctica*. Barcelona: Revista electrónica mensual del Instituto Santo Tomás (Fundación Balmesiana) e-aquinas.
85. SILVA, Pedro. (2000). *Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales (condiciones generales de los contratos o de la contratación y las cláusulas abusivas)*. En: A. A. Alterini, J. L. Editorial Palestra y Temis I, II. Bogotá.

86. SILVA, Pedro. (2000), *Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales, en Contratación contemporánea*, dirigido por Alterini, Mozo y Soto, Editorial Temis, t. II, Bogotá.
87. SOLARTE, Arturo. (2004). *La Buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. Revista Universitas*. (No. 108). Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.
88. SOTO, Carlos. (2012). *Teoría general del contrato homenaje al profesor Ricardo L. Lorenzetti*. La Ley: Bogotá.
89. SOTO, Carlos. (2003). *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*. Universitas. Bogotá: Universidad Javeriana.
90. SOTO, Carlos. (2003), *La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato*. Universitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas No.106.
91. SOTO, Carlos. (2000). *La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto, en Contratación contemporánea*. Dirigido por Alterini, Mozo y Soto, Editoriales Palestra y Temis, t. II, Bogotá. Citado por Verónica María Echeverri Salazar. (2011). *Revista Opinión Jurídica*, 10, 125- 144. Medellín.
92. STIGLITZ, Rubén. (1994). *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
93. STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel. (1985). *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor*. Editorial Depalma. Citado por Responsabilidad civil contractual y Aquiliana. Por Edgardo Ignacio Saux. Universidad Nacional. del Litoral, Argentina R.
94. STOFFEL, Philippe. (2013). *La autonomía del derecho contractual del consumo: de una lógica civilista a una lógica de regulación*. *Revista de Derecho Privado* No. 25(Jul. – Dic.). Bogotá.
95. SUESCUN, Felipe. (2009). *El control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad* Facultad de Derecho. *Revista de Derecho Privado* Universidad de los Andes. Revista 41 Septiembre de 2009. Bogotá.
96. SUESCUN, Jorge. (2005). *La Aplicación del Postulado de la Autonomía de la Voluntad en la Contratación de las Entidades estatales, en Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, 2da. Edición. Editorial Legis, Bogotá.
97. TAMAYO, Javier. (1996). *El Contrato de Transporte*. Temis. Santa Fe de Bogotá.
98. TAMAYO, Alberto. (2011). *Manual de obligaciones. La responsabilidad civil fuente de las obligaciones*. Temis. Bogotá.
99. THUR VON, Andreas. (2007). *Tratado de las Obligaciones*. Comares. Granada, España.

100. URBINA, Elisa. Acosta, Joaquín. Duran, Ricardo & Palomares, Ricardo. (2011). *Derecho de los contratos en Colombia. Tendencias Globalizantes*. Ibáñez y Universidad Santo Tomás. Bogotá.
101. URIBE, John. (1981). *Aspectos jurídicos del contrato de transporte terrestre en la legislación colombiana*. Tesis. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.
102. URIBE, Ricardo. (1979). *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*, 2ª edición, Temis, Bogotá.
103. VALBUENA, Gustavo. (2013). *Perspectivas del derecho de consumo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
104. VALENCIA, Arturo. & Ortiz, Álvaro. (1998). *Derecho civil. De las obligaciones* novena Edición, editorial Temis. Bogotá.
105. VALLESPINOS, Carlos. (1984). *El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales*. Argentina: Universidad de Buenos Aires.
106. VAQUERO, María José. (2013). *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial*. España: Universidad de Salamanca ; Ratio Legis Librería Jurídica,
107. VEGA, Yuri. (2001). *El Derecho del Consumidor y la Contratación Contemporánea: consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo*. En: A. A. Alterini, J. L. Mozos & C. A. Soto Dirs. *Contratación contemporánea*. Tomo 2. Temis. Bogotá. Tomado de Opinión Jurídica, Universidad de Medellín en el texto *El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores de*. Verónica María Echeverri Salazar.
108. VELOSO, Paulina. (1996). *Cláusulas abusivas*. Obra colectiva Instituciones Modernas de Derecho Civil. Santiago de Chile. Citada por Diego Omar Pérez en Las cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano. P. Tomado de la página: <http://www.revistapielagus.com/articulos/05.-las-clausulas-abusiva.pdf>.
109. VELOSO, Paulina. (2006). *Algunas reflexiones sobre la compensación económica*. Revista Actualidad Jurídica. No. 13, 2006. 171. Tomado de la *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri N° 9 Diciembre 2007 Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri República 105. Santiago de Chile p. 10*
110. VIDAL, Arturo. (1958). *Crédito Documentario Irrevocable*. Bosch. Barcelona.
111. VIERA, Jorge. *La interpretación de los Contratos Privados en el ordenamiento jurídico español*. 1ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia. <http://eciencia.urjc.es/bitstream/10115/7858/1/INTERPRETACION%20DE%20LOS%20CONTRATOS%20EN%20DERECHO%20ESPA%C3%91OL%20JVG.pdf>.
112. VILLEGAS, Carlos. (1993). *Comercio Exterior y Crédito documentario*. Primera Edición. Astrea. Buenos Aires.

113. YEPES, Sergio. (nov. 2000), *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro. Seguro ¿validez de las Claims made en el seguro de responsabilidad civil?*. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros No. 15. Universidad Javeriana.
114. ZUNZUNEGUI, Fernando. (2001). *Lecciones de derecho Bancario y bursátil*. Editorial Colex. Primera edición. Madrid España. Tomado de la página Apertura de Crédito.

10. ANEXOS

ANEXO A. Condiciones del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. -BBVA.

En el texto del contrato se lee: Por efectos de la solicitud de apertura de un crédito documentario y en el evento en que sea aceptado por el BANCO Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. BBVA, (EL BANCO), el ORDENANTE DEL CREDITO DOCUMENTARIO (EL ORDENANTE) se obliga a:

Cláusula N° 1. *Aceptamos y consideramos como condiciones implícitas del presente crédito todas las disposiciones legales, prácticas y usos bancarios que rijan para esta clase de operaciones en el territorio colombiano y en la plaza en donde se domicilia donde se apertura este crédito.*

Cláusula N° 2. *El BBVA no asume ninguna obligación ni responsabilidad por las consecuencias provenientes de la demora, extravío y/o pérdida, que se pueda sufrir en su tránsito cualquier mensaje, comunicación o documento relativos a este crédito, ni por el retraso, la mutilación u otro (s) error (es) que se puedan producir en la transmisión de cualquier telecomunicación o cualesquiera otras causas que estén fuera de su alcance.*

Cláusula N° 3. *El BBVA, ni su (s) Banco (s) Corresponsal (es) asumen obligación o responsabilidad respecto a la forma, suficiencia, exactitud, autenticidad, falsedad o valor legal de documentos que se entreguen al corresponsal, ni condiciones generales o particulares que figuren o que se añadan a ellos. Tampoco por la descripción, cantidad, valor monetario, calidad, estado, embalaje, despacho, valor o existencia de las mercancías representadas por cualquier documento, ni respecto a la buena fe, a los actos y/o las omisiones, identidad, firma o solvencia de los que intervengan, por error de transmisión, interpretación o traducción en la designación de las mercaderías y términos técnicos que las describen.*

Cláusula N° 4. *Mantendremos las mercancías cubiertas con seguros a satisfacción del Banco, seguros que deben cubrir cualquier riesgo a que dicha mercancía pueda estar expuesta. Nos obligamos a entregar debidamente expedidas o cedidas a favor del Banco la póliza o el certificado de seguro respectivos, para que en el evento de un siniestro, el monto de la indemnización subrogue la mercancía pignorada, de conformidad con el Artículo 1.101 del Código del Comercio, y a obtener, así mismo, que en tal caso a que ella sea pagada al Banco a su opción. Si no cumpliéremos con la obligación de mantener asegurada la mercancía, el Banco queda autorizado desde ahora para contratar dicho seguro por la suma que estimare conveniente, por cuenta nuestra, y para debitar a nuestro cargo el valor de la prima de seguro con sus intereses, quedando entendido que esta autorización no implica responsabilidad para el Banco, en caso de no hacer uso de ella, ya que se trata de una facultad potestativa...*

Cláusula N° 5. *El Banco queda facultado para aumentar el tipo de interés que se aplique en proporción que experimente el tipo de descuento del país en cuya moneda se abre este crédito.*

Cláusula N° 6. *Los documentos que se mencionan en esta carta viajaran exclusivamente a nuestro riesgo sin responsabilidad alguna para ese banco ni para su corresponsal por la pérdida eventual de dichos documentos, o por demora de llegada de los mismos a ésta".*

Cláusula N° 7. *El Banco no se hace responsable por el proceso de desaduanamiento y levante de la (s) mercancía (s) ante las autoridades aduaneras en territorio colombiano, como tampoco por los errores presentados en los documentos, ni por la carencia de los mismos para efectos de dicho trámite.*

Cláusula N° 8. *Tratándose de crédito irrevocable, queda establecido que no podremos modificar las condiciones del crédito antes de su*

vencimiento, sin el consentimiento de los beneficiarios. **Cláusula N° 9.** Para respaldar las obligaciones que resulten a nuestro cargo por la ejecución de este crédito constituimos a favor del banco prenda con tenencia sobre las mercancías objeto del contrato al cual deba aplicarse el presente crédito. Pasados 20 días desde que haya sido desembarcada la mercancía materia de este crédito, previo aviso de que trata el Artículo 102 de la Ley 45 de 1923, podrá el banco proceder a rematar la mercancía, si los saldos pendientes no hubieren sido cancelados. **Cláusula N° 10.** En caso de que la mercancía objeto de este crédito no pudiere ser retirada por nosotros a su llegada a esta ciudad, consentimos que sea trasladada a cualquier otro sitio indicado por el banco, a la orden de éste, siendo por nuestra cuenta y riesgo todos los gastos en que se incurra por concepto de este traslado, sujetándonos en un todo a la reglamentación que para esta clase de operaciones tengan los Almacenes de Depósitos. **Cláusula N° 11.** En el evento que no sea posible efectuar la venta de las divisas para el reembolso, por razones o hechos no imputables al banco, originados en el incumplimiento de las normativas de comercio exterior, aduanera y cambiaria, por parte del ordenante, la insuficiencia o carencia de requisitos y documentos exigidos por tales normativas, nos hacemos responsables por todo perjuicio que sufriere el banco por la falta de dicho reembolso. Al recibo del aviso de utilización, nosotros cancelaremos el importe de la misma, a más tardar al vencimiento de la financiación, liquidando la moneda extranjera al tipo de cambio de venta de las divisas establecido el día de la operación, previo diligenciamiento y presentación de los documentos exigidos por las normas cambiarias. **Cláusula N° 12.** El banco tendrá facultad para admitir entregas a cuenta del reembolso total y conceder el retiro de lotes parciales de la mercancía y ello no importará novación, modificación o renuncia de sus derechos, los que podrá ejercitar en cualquier momento, no obstante es concesión. **Cláusula N° 13.** Declaramos que nos consideramos deudores del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. "BBVA" por la cantidad por la cual se ha utilizado el crédito (deducido el valor de las sumas entregadas como pago anticipado) a cual será exigible a partir de la utilización, presentando la carta de crédito mérito ejecutivo por la certificación que expida la Superintendencia Bancaria de los saldos insolutos en los términos de la Ley 133 de 1948. En caso de mora, pagaremos además de las costas y gastos, un __% sobre el total de la deuda por capital e intereses como honorarios de la persona a quien se confíe el cobro judicial o extrajudicial. **Cláusula N° 14.** En caso de que la mercancía llegue a Depósito Franco Autorizado y no fuere aprobado el Registro de Importación, nos comprometemos a reintegrar al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. "BBVA" los gastos e intereses que se causaren sobre la utilización de la Carta de Crédito más el importe pagado a los beneficiarios por el valor de las mercancías en las respectivas divisas. Asimismo aceptamos que el plazo para la financiación de la Carta de Crédito que solicitamos, se empieza a contar a partir de la fecha de utilización, comprometiéndonos al desaduanamiento y levante de la mercancía antes de su vencimiento.

FIRMA Y SELLOS

ANEXO B. Condiciones del banco CorpBanca.

En el texto del contrato se lee: Por efectos de la solicitud de apertura de un crédito documentario y en el evento en que sea aceptado por el BANCO CORPBANCA COLOMBIA S.A. (EL BANCO), el ORDENANTE DEL CREDITO DOCUMENTARIO (EL ORDENANTE) se obliga a:

Cláusula N° 1. *Pagar a El Banco CorpBanca Colombia S.A. la suma o sumas pagadas por el corresponsal por efectos de la utilización o utilizaciones del crédito documentario, pago que hará en la moneda de financiación.*

Cláusula N° 2. *Pagar el valor de los intereses generados por la obligación que se deriva de la utilización o utilizaciones del crédito documentario y el valor de las comisiones y demás gastos, en moneda legal, no obstante que EL BANCO por razón de la operación que les da origen deba referirlos a divisas para determinar su valor, utilizando la tasa de cambio representativa del mercado, aplicable para el día de pago o la que EL BANCO tenga establecida para este tipo de operaciones o en moneda extranjera si la norma cambiaria así lo exige. Los intereses a pagar se liquidarán al vencimiento de cada mes calendario o en la forma en que lo dispongan EL BANCO o la autoridad competente, por el período comprendido entre la fecha de pago del corresponsal al beneficiario del crédito documentario y aquella en que EL BANCO reciba el pago de la deuda.*

Cláusula N° 3. *EL BANCO está autorizado para debitar de la cuenta corriente o de ahorros indicada en este documento, el valor de las deudas derivadas de este crédito documentario, incluidos los intereses, gastos, comisiones e impuestos. En caso de ser necesario, EL BANCO está autorizado para debitar tales deudas de las demás cuentas corrientes o de ahorros de las cuales sea titular el ordenante del crédito documentario. Mediante esta autorización de débito, se entiende que el ordenante le está solicitando a EL BANCO que cuando no haya fondos disponibles en la cuenta corriente le conceda sobregiro y en consecuencia el ordenante se obliga a pagar el valor del sobregiro si llega a causarse y de los intereses sobre el mismo a las tasas que EL BANCO tenga establecidas al momento en que éste se cause.*

Cláusula N° 4. *Entregar oportunamente a EL BANCO los documentos exigidos por las normas cambiarias para tramitar la compra o reembolso de las divisas necesarias para efectuar el pago de la financiación. En caso de que no se pueda tramitar la compra o reembolso de las divisas por no encontrarse los documentos conforme con lo exigido por las normas cambiarias, el ordenante se obliga adicionalmente a pagar una suma equivalente al dos (2) por ciento sobre el valor utilizado del crédito documentario, suma que representa los costos que se generan por las gestiones de conversión de la deuda a pesos y el valor de los perjuicios que tenga EL BANCO. EL BANCO queda autorizado irrevocablemente para diligenciar y firmar las declaraciones de cambio requerido para adquirir en el mercado cambiario las divisas necesarias para pagar el capital e intereses, siendo esta una facultad más no una obligación y en el evento de que se ejerza, el ordenante libera a EL BANCO de cualquier responsabilidad por el ejercicio de esta autorización.*

Cláusula N° 5. *Asumir los riesgos cambiarios que puedan derivarse por solicitar la financiación de la utilización o utilizaciones del crédito documentario, en una moneda diferente a aquella en la cual éste se establece. Si el crédito documentario es utilizado, EL BANCO queda facultado por medio del presente documento para diligenciar y firmar la declaración de cambio requerida para adquirir las divisas para pagar la deuda y los intereses, actuando como mandatario del ordenante. En el evento de que las normas cambiarias exijan la constitución del depósito en el Banco de la República por convertirse en endeudamiento externo la deuda originada en la utilización del crédito documentario, EL ORDENANTE se compromete a constituirlo, para permitir la conversión de divisas a pesos.*

Cláusula N° 6. *El Banco podrá, si así lo estima conveniente y*

previa solicitud de EL ORDENANTE, aceptar el prepago parcial o total de la obligación originada en la utilización del crédito documentario, bajo las siguientes condiciones: EL ORDENANTE deberá notificar a EL BANCO su intención de pre pagar, mediante comunicación escrita, presentada por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha en que se desee efectuar el pago, especificando el número de la obligación, la fecha y el valor que desea pre pagar. La fecha del prepago deberá coincidir con cualquiera de las fechas convenidas para el pago de cuotas por capital o intereses, a menos que EL BANCO acepte una diferente. EL ORDENANTE pagará a EL BANCO, en la fecha acordada para el prepago, el valor de las comisiones generadas por esta operación, valor que no excederá del 1% del valor de prepago. EL ORDENANTE autoriza expresamente a EL BANCO para debitar de la cuenta indicada en este documento el valor de las comisiones originadas en el prepago. El incumplimiento de alguna de estas condiciones facultará al Banco para no aceptar el prepago. **Cláusula N° 7.** El ordenante manifiesta conocer las normas de las reglas Internacionales que rigen los créditos documentarios en las cuales se establece que los Bancos emisores y sus corresponsales no asumen obligación ni responsabilidad alguna respecto a la forma, suficiencia, exactitud, autenticidad, veracidad, o el valor legal de algún documento, ni respecto a las condiciones generales o particulares que se indiquen en los documentos o que se agreguen a ellos, así como respecto a la descripción, cantidad, peso, calidad, estado, embalaje, despacho, valor o existencia de las mercancías representadas por los documentos y a la buena fe en los actos u omisiones, solvencia, reputación o cumplimiento de las obligaciones de los despachadores, transportadores, aseguradores de la mercancía o de cualquier otra persona relacionada con la operación. **Cláusula N° 8.** A no hacer responsable a EL BANCO por el extravío, errores o demoras que puedan producirse en la tramitación o entrega de los documentos necesarios para la utilización del crédito documentario, cuando tales hechos obedezcan a circunstancias ajenas a su manejo operativo. **Cláusula N° 9.** El ordenante acepta que EL BANCO puede dar por vencido el plazo otorgado para el pago de la financiación de la utilización o utilizaciones del crédito documentario cuando incumpla parcial o totalmente con la obligación de pagar una de las cuotas convenidas para el pago de la financiación o los intereses. **Cláusula N° 10.** Asumir las responsabilidades, el pago de cualquier multa que pueda generarse en la aplicación de las normas aduaneras y los perjuicios que puedan causarse al ordenante en caso de que se produzca la presentación tardía de los documentos originales o de las copias. **Cláusula N° 11.** La presente solicitud y convenio de apertura de crédito documentario y el proceso del mismo se rigen por las reglas y usos uniformes relativos a créditos documentarios de la Cámara de Comercio Internacional vigentes en la fecha de su apertura y por lo establecido en este documento. **Cláusula N° 12.** EL BANCO, en cumplimiento de las normas de la Superintendencia Bancaria, está autorizado de manera irrevocable para consultar a la Central de Información de la Asociación Bancaria de Colombia, a cualquier otra entidad que maneje base de datos con los mismos fines o a cualquiera otra entidad sometida a control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, el endeudamiento y relaciones comerciales del ordenante, sus codeudores, garantes o avalistas, a nivel nacional, con el sector financiero, y para que los datos obtenidos sean procesados para el logro de propósitos aquí previstos y sean circularizables con fines comerciales. **Cláusula N° 13.** EL BANCO igualmente está autorizado para que con fines estadísticos, de control, supervisión, o de información comercial, reporte a las entidades indicadas en el punto anterior las obligaciones que se generan por el otorgamiento de éste crédito y el estado de las mismas, reporte que permanecerá vigente por un término no mayor de

aquel en que se extingue la obligación y en ningún caso por más de 10 años. **FIRMA Y SELLOS.**

ANEXO C. Condiciones del banco de Occidente.

Banco de Occidente.

*En el texto del contrato se lee: Por efectos de la solicitud de apertura de un crédito documentario y en el evento en que sea aceptado por el BANCO de occidente, (EL BANCO), el ORDENANTE DEL CREDITO DOCUMENTARIO (EL ORDENANTE) acordamos las siguientes condiciones: **Cláusula N° 1.** El valor de la utilización o utilizaciones de este crédito es exigible desde el día en que el corresponsal del Banco efectúe el pago correspondiente, salvo que el Banco por escrito fije una fecha para el pago posterior. En cualquier caso desde la fecha en que el corresponsal efectúe el pago se causarán los intereses pactados. **Cláusula N° 2.** El reembolso de la utilización o utilizaciones de este crédito lo haremos en la divisa estipulada o en su equivalente en moneda legal, liquidada a la tasa de cambio que para la venta de dicha divisa esté ofreciendo el Banco de Occidente para la fecha de pago. En todo caso cualquier diferencia en cambio que se llegare a presentar será a mi (nuestro) cargo. Dicho pago lo haremos aumentado en todos los gastos, costos, sobrecargo que se hubiere causado por cualquier razón y con ocasión a este crédito así como en la comisión de intermediario cambiario Asignado, y sólo será considerado como pago válido, efectivo y completo si éste se hiciere por el monto total liquidado incluyendo la diferencia de cambio generada por el tiempo de viaje de la remesa si fuere del caso. **Cláusula N° 3.** Asumimos desde ahora cualquier demora en la expedición y obtención por parte de las autoridades cambiarias de la correspondiente documentación o permisos que se deban obtener a fin de legalizar la importación para la cual solicitamos este crédito o por cualquier otra causa dejando expresamente convenido desde ahora que estas circunstancias no afectarán ni demorarán el pago al Banco de Occidente de las utilizaciones hechas en virtud de este crédito. De cualquier forma nos hacemos responsables y asumimos cualquier perjuicio que sufra el Banco por el retardo o falta de dicho pago. En el evento en que hubiéremos entregado al Banco cualquier suma para ser tenidas como abono(s) a cuenta de dichas utilizaciones, nos obligamos pagar al Banco cualquier diferencia que pueda resultar a su favor al liquidar definitivamente la operación, especialmente los resultados de variaciones de tipo de cambio o de los intereses. **Cláusula N° 4.** El Banco de Occidente queda autorizado a cargar en mí (nuestra) cuenta(s) corriente(s), al momento de la apertura del crédito el valor de su comisión de apertura, según su tarifa. Así mismo queda facultado para debitar de dicha(s) cuenta(s) o de cualquier otra suma de dinero que a cualquier título poseamos en dicho Banco a mi (nuestro) favor el valor total o parcial del crédito así como gastos, comisiones, sobrecostos, y cualquier suma a mi (nuestro) cargo y en favor del Banco. **Cláusula N° 5.** El Banco queda expresamente autorizado para llevar nuestra personería en todas las gestiones que se deriven de este crédito, tales como presentar solicitudes de licencia de cambio y suscribir garantías a nombre nuestro y a favor del Banco de la República, así como actuar en todo lo relativo a esta operación ante cualesquiera organismos oficiales o particulares(...). **Cláusula N° 6.** Queda convenido que, al ser endosados en blanco o la orden del Banco o de su corresponsal los documentos representativos de la mercancía, adquirirá derecho sobre ellos, que conservará hasta tanto no hayamos cancelado totalmente las obligaciones derivadas del presente convenio.*

No obstante lo anterior, si el Banco accede, a su vez, a endosarnos y entregarnos los referidos documentos, estos y la mercancía por ellos representada quedarán gravados con prenda a favor del Banco hasta la cancelación total de tales obligaciones. **Cláusula N° 7.** Si el Banco así lo indica para respaldar las obligaciones que resulten a nuestro cargo por la ejecución de este crédito, constituimos a favor del Banco prenda con tenencia sobre las mercancías objeto del contrato al cual deberá aplicarse el presente crédito al tenor del artículo 1204 del Código de Comercio. Dichas mercancías viajarán a nuestro riesgo y en todos los documentos representativos de las mismas se hará constar: 1) El gravamen prendario existente; 2) El almacén general de depósito designado por el Banco como destinatario y consignatario; 3) Que el mismo almacén actuará como agente de aduana y tendrá el derecho de tenencia sobre las mercancías en nombre y representación del acreedor prendario. Nos comprometemos a que los documentos sean enviados completos por intermedio del Banco emisor y a que éstos traigan una constancia de la prenda en favor del Banco. El Banco queda autorizado para rechazar los documentos necesarios para utilizar este crédito, cuando no contengan las menciones antes señaladas o vengan incompletos. Toda violación a la presente cláusula y cualquiera otra obligación del cliente darán derecho al acreedor para exigir el pago total o inmediato de la obligación aunque el plazo de ésta no se halle vencido, sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes. **Cláusula N° 8.** Procederemos a retirar la mercancía a su llegada, cubriendo todos los gastos correspondientes. En caso de no recibir los documentos o la mercancía, o si el banco así lo exigiere, consentimos en que ésta sea depositada en los almacenes generales de depósito Al occidente o en cualquier otra persona indicada por el banco a la orden de éste, haciéndonos responsables del pago de todos los gastos de traslado y almacenaje y sujetándonos en todo a la reglamentación, que para esta clase de operaciones, tengan los almacenes de depósito. El Banco queda facultado para tomar en su poder dicha mercancía y los documentos que la representan y para venderla y/o negociar éstos, si hubiere, incumplimiento de nuestra parte en la cancelación de este crédito, aplicando el producido neto de la venta al pago de las sumas que le estuviéremos adeudando al tenor del artículo 2.1.2.10 del Decreto Ley 1730 de 1991. Si el producto obtenido en la negociación no fuere suficiente, nos obligamos a cubrir la diferencia hasta el completo pago de todo lo adeudado al banco. En lo demás, los derechos y obligaciones derivados de esta pignoración se regirán por las normas legales referentes a la prenda sin tenencia del acreedor. En tal caso, todo riesgo, pérdida o deterioro que sufra la mercancía será de nuestro cargo. En caso de que recibamos la mercancía el Banco seguirá gozando de la prenda, pudiendo exigir que se le constituya prenda sin tenencia a lo cual nos obligamos desde ahora. **Cláusula N° 9.** Mantendremos las mercancías cubiertas con seguros a satisfacción del Banco, seguros que deben cubrir cualesquier riesgo a que dicha mercancía pueda estar expuesta. Nos obligamos a entregar debidamente expedidas o cedidas a favor del Banco la póliza o certificado de seguros expedido, para que, en el evento de un siniestro, el monto de la indemnización, subrogue la mercancía pignorada de conformidad con el artículo 1.101 del Código de Comercio, y a obtener así mismo, que en tal caso aquella le sea pagada al Banco a su opción. Si no cumpliéremos con la obligación de mantener asegurada la mercancía el Banco queda autorizado desde ahora, para contratar dicho seguro, por la suma que estimare conveniente, por cuenta nuestra, y para debitar a nuestro cargo el valor de la prima de seguro con sus intereses, quedando entendido que esta autorización no implica responsabilidad para el Banco, en caso de no hacer uso de ella, ya que se trata de una facultad potestativa. (...). **Cláusula N° 10.** Ni el Banco ni ninguno de sus corresponsales serán responsables en ninguno de los siguientes casos: a) Por la forma, suficiencia, exactitud, autenticidad, falsedad o validez de

los documentos que se entreguen a la sucursal o al corresponsal o por las estipulaciones que en ellos se incluyan. b) Por la descripción, cantidad, peso, calidad, condición, empaque, despacho, estado, valor o existencia de la mercancía presupuestalmente representada por los documentos. c) Por las consecuencias provenientes de la demora, pérdida o extravío que puedan sufrir los mensajes, cartas o documentos que se remitan, ni por el retardo, las interrupciones, la mutilación y otros errores que se puedan producir en la transmisión de cables, telegramas, télex o radiomensajes; por errores que se cometan en la traducción o interpretación de términos técnicos con los cuales se designa la mercancía o se den instrucciones relativas a este crédito. El Banco y su corresponsal quedan facultados para transmitir los términos del crédito sin traducirlos o para traducirlos al idioma del país en el cual se obra el crédito o a otros idiomas. d) Por el uso que el beneficiario pueda hacer de este crédito o por los actos, errores u omisiones en que incurra en relación con el mismo. e) Por el hecho de que cualquier letra no haga referencia o haga referencia inadecuada del crédito. f) Por incumplimiento del embarque, por embarques parciales o incompletos u omisiones de cualquier parte de la mercancía que este crédito se refiere. g) Por tiempo, lugar modo u orden en que el embarque haya sido hecho. h) Por la demora, pérdida o no entrega de la mercancía o de cualesquiera de los documentos relacionados con ella o con este crédito. i) Por la identidad, buena fe, solvencia, reputación, actos y/u omisiones, por la observancia de las instrucciones o por el incumplimiento de las obligaciones de los remitentes, transportadores, aseguradores, compradores de la mercancía o de cualesquiera otra persona que intervenga. j) Por el carácter, deficiencia, validez o legitimidad de cualquier seguro. k) Por las consecuencias de la falta de declaración ante la Aduana, como tampoco por la tardía o errónea declaración o por errores en las facturas consulares. l) Por demora en notificar o por notificar la llegada o por no realizar cualquier otra notificación. m) Por cualquier acto u omisión, error, negligencia, incumplimiento, inobservancia de las instrucciones impartidas, insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o liquidación de cualquiera de los corresponsales del Banco. n) Por cualquier infracción del contrato causada por el embarcador o embarcadores, vendedor o vendedores, el consignatario o consignatarios, o por el comprador o compradores. Por lo tanto, la concurrencia de cualquiera de las mencionadas contingencias, no afectará, perjudicará ni impedirá el ejercicio, por parte del Banco, de ninguno de los derechos derivados de este convenio. **Cláusula N° 11.** Los documentos que se mencionan en esta carta viajarán exclusivamente a nuestro riesgo, sin responsabilidad alguna para el Banco ni para su corresponsal, por la pérdida, extravío, errores, demoras, etc., de dichos documentos. **Cláusula N° 12.** El corresponsal podrá aceptar conocimientos por valor directo o indirecto, quedando a nuestro exclusivo cuidado la identificación de la mercancía en caso de traslado. **Cláusula N° 13.** Queda convenido que a menos que el Banco reciba instrucciones por escrito del(los) suscrito(s) en contrario y con anterioridad a la apertura del crédito el Banco o cualquiera de sus corresponsales podrá recibir o aceptar como conocimiento de embarque directo o indirecto referente a este crédito cualesquier documento expedido o que haya obligación de expedir por cualquier transportador que reconozca haber recibido mercancía para su transporte cualesquiera que sean las disposiciones especiales de los documentos; la fecha de cada uno de estos documentos se considerará que es la fecha de embarque de la mercancía mencionada en él o en los documentos, y cualquiera de estos conocimientos de embarque expedidos por otro a nombre de un transportador, podrá ser aceptado por el banco como un conocimiento de embarque aunque la totalidad del embarque se haya efectuado o no por vía marítima. **Cláusula N° 14.** Si el crédito especifica embarques parciales dentro del periodo de su validez y se dejaren de realizar uno o varios, los embarques

posteriores podrán llevarse a cabo en sus fechas pudiendo incluso agregar los embarques pendientes; el banco podrá cancelar las correspondientes utilidades. **Cláusula N° 15.** Solicitamos que el Banco nos conceda financiación sobre el pago o los pagos que se efectúen en el exterior en virtud de esta carta de crédito, durante el plazo y en la moneda estipulada en el anverso de esta solicitud de apertura sujeto a los plazos máximos de giro autorizados cambiariamente. Durante el plazo de la financiación concedida y hasta su reembolso, pagaremos al Banco de Occidente los intereses corrientes anuales pactados a partir de la fecha de inicio de la financiación, de acuerdo con los costos financieros sobre los cuales se contrate la operación y/o de acuerdo con los incrementos en las obligaciones de reserva y en canje establecidos por las autoridades del país. El Banco queda facultado para aumentar el tipo de interés fijado para esta operación, en una cuota igual o proporcional a los incrementos en los tipos de interés del país sobre el cual se haya establecido el crédito. Desde ahora reconocemos como deuda a nuestro cargo las sumas que resulten por los ajustes de intereses aquí previstos. Vencido el plazo de financiación sino hubiéremos cancelado el valor de la liquidación o liquidaciones que el Banco nos presente, los intereses de mora serán el doble de los intereses pactados sin exceder del límite establecido por la Superintendencia Bancaria para este efecto, todo sin perjuicio de las demás acciones legales a que el Banco tenga derecho. **Cláusula N° 16.** Aceptamos, desde ahora, cualquier cesión total o parcial que el Banco haga del presente convenio y lo facultamos también para ceder cualquier documento contentivo de las obligaciones derivadas del mismo y para entregar al cesionario la mercancía, a que este crédito se refiere y que estuviere en su poder a cualquier título. **Cláusula N° 17.** Declaramos que si el Banco procediere, en cualquier tiempo a completar o llenar alguno o todos los espacios en blanco que hemos dejado en la presente solicitud, en el pagaré de contragarantía o en cualquier otro documento, se halla facultado para ello y lo hace de acuerdo a nuestras instrucciones. **Cláusula N° 18.** La obligatoriedad de este convenio no se verá afectada por cualquier modificación que se le introduzca con respecto al valor o duración del crédito, término o condiciones, a la fecha o lugar del embarque de la mercancía, al libramiento, negociación, aceptación, vencimiento o presentación de cualquier letra u otros documentos o, en general, a cualesquiera de las condiciones a que se halle sujeto este crédito e incluso con respecto a cualquier acción tomada por el Banco o sus corresponsales, y, en consecuencia, continuará rigiendo con las modificaciones introducidas. **Cláusula N° 20.** En caso que el Banco de la República se niegue a autorizar la compra de las divisas extranjeras, por no ajustarse los documentos a las exigencias de dicha oficina o por los defectos de la documentación o por cualquier otro motivo no se pudiera comprar la moneda extranjera, nos hacemos responsables por todo el perjuicio que sufra el Banco por falta de dicho reembolso.

FIRMA Y SELLOS

ANEXO D. Circular Externa 039 de 2011 Septiembre de 2011.

De acuerdo con lo establecido por el literal e) del artículo 7° de la Ley 1328 de 2009, las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o den lugar a un abuso de posición dominante contractual.

En concordancia con lo anterior, el artículo 11 de la misma ley y prohibió de manera expresa la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión que ut i l icen las entidades vigiladas, señalando algunos casos de cláusulas que a juicio del legislador son consideradas como abusivas. Adicionalmente, en el literal e) del mismo artículo se le otorgó a esta Superintendencia la facultad de establecer de manera previa y general otras cláusulas abusivas.

En desarrollo de todo lo anterior y con el propósito de garantizar una adecuada protección a los consumidores financieros, esta Superintendencia se permite señalarla continuación algunos ejemplos de cláusulas y las prácticas que se consideran abusivas atendiendo el mandato legal contenido en la Ley 1328 de 2009.

Lo anterior, sin per juicio del debido cumplimiento de los deberes y obligaciones que les corresponden a los consumidores financieros en desarrollo de los contratos celebrados. 10.1. Cláusulas abusivas

Salvo que exista autorización legal para incorporar este tipo de cláusulas en los contratos, son abusivas de acuerdo con lo previsto por la Ley 1328 de 2009, las siguientes cláusulas:

10.1.1. Aquellas que exoneran, atenúan o limitan la responsabilidad de las entidades vigiladas sin permitir el ejercicio de los derechos del consumidor financiero.

Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:

a) Cláusulas que invierten la carga de la prueba y eximen de responsabilidad a las entidades vigiladas, tales como:

- Las que imponen al consumidor financiero asumir de manera anticipada toda la responsabilidad derivada del uso de los diferentes instrumentos para la realización de operaciones (tarjetas débito, crédito, talonarios, dispositivos móviles, entre otros), así como por cualquier falsedad, adulteración, extravío o uso indebido que dé el los se haga por éstos o por un tercero.

- Las que obligan al consumidor financiero a certificar que se encuentra en un computador seguro.

- Las que hacen que el consumidor financiero asuma toda responsabilidad por cualquier operación realizada con la clave asignada, cuando el per juicio a que ha ya lugar sea consecuencia del mal uso de la misma por par te de la entidad vigilada.

- Las que expresen que la entidad no se hace responsable por los virus, programas fraudulentos o cualquier exposición no autorizada o ilícita del servicio que de cualquier manera pueda afectar la confidencialidad o integridad de la información presentada.

- Las que establecen que los consumidores financieros no tendrán la posibilidad de controvertir las pruebas que aporte la entidad vigilada en su contra, en caso de existir objeción a transacciones, limitando el ejercicio de su derecho de defensa.

- Las que eximen de todo tipo de responsabilidad a la entidad vigilada por los errores u omisiones de cualquier clase que puedan producirse en la realización de las operaciones.

- Las que establecen que la entidad no será responsable por los daños o perjuicios derivados del acceso, uso o mala utilización de los contenidos de sus respectivas páginas de internet, ni de las posibles discrepancias que puedan surgir entre la versión de sus documentos impresos y la versión electrónica de los mismos publicados en la web.

- Las que disponen que la entidad vigilada no garantiza que su sitio web ni que el acceso a este sea libre de errores, o que el servicio o el servidor estén libres de virus u otros agentes nocivos, programas fraudulentos que de cualquier manera puedan afectar la confidencialidad o integridad de la información.

- Las que establecen que la entidad vigilada no responderá por la exactitud, veracidad, oportunidad e integridad de la información contenida en sus respectivos sitios web.

- Las que eximen de responsabilidad a las entidades vigiladas por el desembolso de depósitos a terceros no autorizados o por el pago de cheques falsos.

- Las que establecen que la entidad vigilada no será responsable por los retiros realizados con documentación adulterada, falsificada o indebidamente diligenciada.

b) Cláusulas que autoricen a las entidades vigiladas para adoptar decisiones de manera unilateral o le impongan a los consumidores financieros modificaciones u obligaciones adicionales a las inicialmente pactadas, salvo que se encuentren autorizadas por la ley, tales como:

- Solamente en aquellos eventos en que la ley exija el consentimiento previo y expreso de los consumidores financieros, serán abusivas aquellas cláusulas que permitan a las entidades vigiladas la modificación de los términos y condiciones del contrato, de manera unilateral y sin contar con la aquiescencia de aquellos.

- Las que autorizan a los intermediarios de valores la realización de operaciones sin que medie una instrucción previa y expresa de los consumidores financieros, cuando esta se requiera.

- Las que señalan un plazo determinado para que el consumidor financiero se pronuncie respecto del contenido de los extractos, y si este no lo objetare, se entenderán aceptadas las operaciones allí incluidas.

- Las que facultan a las entidades vigiladas para modificar unilateralmente las condiciones de uso de las tarjetas de crédito: inviertan el tipo o modalidad de consumo, cambien el plazo establecido por el cliente o la tasa de interés pactada.

- Las que autorizan a la entidad vigilada a disminuir el monto de las líneas de crédito, sin que exista un análisis previo de riesgos ni se informe de manera previa y expresa al consumidor financiero.

10.1.2. Las que prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:

a) Cláusulas que desconocen el derecho de defensa de los consumidores financieros, tales como:

- Las que estipulan que el consumidor financiero no podrá oponer defensa alguna o que limiten los medios probatorios.

- Las que impongan la obligación de utilizar de manera exclusiva un determinado mecanismo alternativo de solución de conflictos para resolver las controversias entre consumidores financieros y entidades vigiladas.

- Las que impidan a los consumidores financieros solicitar el pago de perjuicios o pedir la terminación o resolución del contrato, en caso de incumplimiento en las obligaciones por parte de la entidad vigilada.

- Las que imponen al consumidor financiero la aceptación de plazos para efectuar reclamaciones en perjuicio de aquél los establecidos en la ley.

b) Las que obligan a los consumidores financieros a contratar un determinado producto o servicio o con una persona específica, tales como:

Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:

- Las que impongan directa o indirectamente al consumidor financiero la designación del notario que documentará el servicio proveído o el crédito que se le otorgue.

- Las que establezcan la compañía con la que el consumidor financiero debe contratar los seguros exigidos como condición del crédito.

- Las que facultan a las entidades vigiladas a contratar o renovar, por cuenta del deudor, las pólizas de seguros sobre los bienes en garantía de un crédito, sin que este ha ya tenido la posibilidad de escoger la entidad aseguradora.

10.2. Otras cláusulas abusivas

a) Cláusulas que autorizan a la entidad vigilada para cobrar por servicios no prestados por el cumplimiento de las prestaciones propias del contrato que no impliquen un servicio adicional.

Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:

- *Las que autorizan a las entidades aseguradoras para cobrar al consumidor financiero por efectuar el pago del siniestro.*
- *Las que facultan a las entidades vigiladas para cobrar a sus deudores por recibir el pago de sus créditos.*

ANEXO E. Formato de condiciones generales de crédito documentario.

CONDICIONES GENERALES PARA LA APERTURA DE CREDITOS DOCUMENTARIOS

1. Aceptamos y consideramos como condiciones implícitas del presente crédito todas las disposiciones legales, prácticas y usos bancarios que rijan para esta clase de operaciones en el territorio colombiano y en la plaza en donde se domicilia (n) su Banco nuestro (n) Banco (n) corresponsal ante el (los) cual (es) se abre este crédito.
2. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. "BBVA" no asume ninguna obligación ni responsabilidad por las consecuencias provenientes de la demora, extravío y/o pérdida, que se pueda sufrir en su tránsito cualquier mensaje, comunicación o documento relativos a este crédito, ni por el retraso, la mutilación u otro (n) error (es) que se puedan producir en la transmisión de cualquier telecomunicación o cualesquiera otras causas que estén fuera de su control.
3. EL BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. "BBVA", ni su (n) Banco (n) Corresponsal (es) asumen obligación o responsabilidad respecto a la forma, suficiencia, exactitud, autenticidad, fealdad o valor legal de documentos que se entreguen al corresponsal, ni condiciones generales o particulares que figuren o que se añadan a ellos. Tampoco por la descripción, cantidad, valor monetario, calidad, estado, embalaje, despacho, valor o existencia de las mercancías representadas por cualquier documento, ni respecto a la buena fe, a los actos y/o las omisiones, identidad, firma o solvencia de los que intervengan, por error de transmisión, interpretación o traducción en la designación de las mercancías y términos técnicos que las describen.
4. Mantendremos las mercancías cubiertas con seguros a satisfacción del Banco, seguros que deben cubrir cualquier riesgo a que dicha mercancía pueda estar expuesta. Nos obligamos a entregar debidamente expedidos o cedidos a favor del Banco la póliza o el certificado de seguro respectivos, para que en el evento de un siniestro, el monto de la indemnización subroga la mercancía pignorada, de conformidad con el Artículo 1.101 del Código del Comercio, y a obtener, así mismo, que en tal caso a que ella sea pagada al Banco a su opción. Si no cumpliéremos con la obligación de mantener asegurada la mercancía, el Banco queda autorizado desde ahora para contratar dicho seguro por la suma que estimare conveniente, por cuenta nuestra, y para debitar a nuestro cargo el valor de la prima de seguro con sus intereses, quedando entendido que esta autorización no implica responsabilidad para el Banco, en caso de no hacer uso de ella, ya que se trata de una facultad potestativa. Es entendido que el Banco no será responsable por la solvencia de los aseguradores, ni por atribuciones de los agentes o corresponsales que intervengan en dichas operaciones, ni de la validez o consecuencias de las cláusulas de la póliza o certificado de seguro y que, desde ahora, aceptamos todas las disposiciones legales o prácticas que rijan los seguros del país en donde sean emitidos tales documentos.
5. El Banco queda facultado para aumentar el tipo de interés que se aplique en proporción que experimente el tipo de descuento del país en cuya moneda se abre este crédito.
6. Los documentos que se mencionan en esta carta viajan exclusivamente a nuestro riesgo sin responsabilidad alguna para ese Banco ni para su corresponsal por la pérdida eventual de dichos documentos, o por demora de llegada de los mismos a éste.
7. El Banco no se hace responsable por el proceso de desaduanamiento y levante de la (n) mercancía (n) ante las autoridades aduaneras en territorio colombiano, como tampoco por los errores presentados en los documentos, ni por la carencia de los mismos para efectos de dicho trámite.
8. Tratándose de crédito irrevocable, queda establecido que no podremos modificar las condiciones del crédito antes de su vencimiento, sin el consentimiento de los beneficiarios.
9. Para respaldar las obligaciones que resulten a nuestro cargo por la ejecución de este crédito constituimos a favor del Banco prenda con tenencia sobre las mercancías objeto del contrato al cual debe aplicarse el presente crédito. Pasados 20 días desde que haya sido desembarsada la mercancía materia de este crédito, previo aviso de que trata el Artículo 102 de la Ley 45 de 1923, podrá el Banco proceder a rematar la mercancía, si los saldos pendientes no hubieran sido cancelados. Las mercancías viajarán a nuestro riesgo y en todos los documentos representativos de las mismas de hará constar: 1) el gravamen prendario existente; 2) El almacén general de depósitos designado por el Banco como destinatario y consignatario; 3) Que el mismo almacén actuará como agente de aduana y tendrá el derecho sobre las mercancías en nombre y representación del Banco como acreedor prendario. Nos comprometemos a que los documentos sean enviados completos por intermedio del Banco emisor y que éstos traigan una constancia de prenda a favor del Banco. El Banco podrá rechazar los documentos que se requieren para la utilización de este crédito cuando carezcan de dicha constancia o vengyan incompletos. Toda violación a la presente cláusula dará derecho al Banco para exigir el pago inmediato de la obligación. En caso de remate de la mercancía por parte del Banco, el producto de la venta se aplicará al pago del capital, intereses y gastos. Si dicho producto no fuere suficiente nos obligamos a cubrir la diferencia hasta el completo pago de todo lo adeudado al Banco. Todo riesgo, pérdida o deterioro que sufra la mercancía, será de nuestro cargo. Para retirar la mercancía gravada con prenda será necesaria la autorización escrita del Banco previa cancelación de la financiación o la sustitución de la garantía a satisfacción del Banco.
10. En caso de que la mercancía objeto de este crédito no pudiere ser retirada por nosotros a su llegada a este ciudad, consentimos que sea trasladada a cualquier otro sitio indicado por el Banco, a la orden de éste, siendo por nuestra cuenta y riesgo todos los gastos en que se incurra por concepto de este traslado, sujetándonos en un todo a la legislación que para esta clase de operaciones tienen los Almacenes de Depósitos.
11. En el evento que no sea posible efectuar la venta de las divisas para el reembolso, por razones o hechos no imputables al Banco, originados en el incumplimiento de las normativas de comercio exterior, aduanera y cambiaria, por parte del ordenante, la insuficiencia o carencia de requisitos y documentos exigidos por tales normativas, nos hacemos responsables por todo perjuicio que sufra el Banco por la falta de dicho reembolso. Al recibo del aviso de utilización, nosotros cancelaremos el importe de la misma, a más tardar al vencimiento de la financiación, liquidando la moneda extranjera al tipo de cambio de venta de las divisas establecido el día de la operación, previo diligenciamiento y presentación de los documentos exigidos por las normas cambiarias. Pagarémos a ustedes intereses sobre las sumas utilizadas durante el tiempo transcurrido desde el día de pago de las mismas a los beneficiarios por parte de sus Bancos Corresponsales hasta el día en que sea cubierto el importe de la (n) utilización (es) correspondiente (n).
12. Aceptamos las tasas de interés corrientes y por mora que el Banco fije para créditos de esta modalidad, al igual que las modificaciones legalmente autorizadas en tal sentido. Autorizamos al BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. "BBVA" para debitar nuestra cuenta corriente por el importe de la (n) utilización (es) y de todos los gastos que se deriven de esta carta de crédito, tales como comisiones, impuestos, portes, seguros y diferencias por fluctuaciones en el tipo de cambio.
13. El Banco tendrá facultad para admitir entregas a cuenta del reembolso total y conceder el retiro de lotes parciales de la mercancía y ello no importará novación, modificación o renuncia de sus derechos, los que podrá ejercitar en cualquier momento, no obstante es concesión.
14. Declaramos que nos consideramos deudores del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. "BBVA" por la cantidad por la cual se ha utilizado el crédito (deducido el valor de las sumas entregadas como pago anticipado) a cual será exigible a partir de la utilización, presentando la carta de crédito mérito ejecutivo por la certificación que expide la Superintendencia Bancaria de los saldos insolutos en los términos de la Ley 133 de 1948. En caso de mora, pagaremos además de las costas y gastos, un% sobre el total de la deuda por capital e intereses como honorarios de la persona a quien se confíe el cobro judicial o extrajudicial.
15. Además de lo expuesto anteriormente, este crédito se rige por las reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios (revisión vigente al momento de suscribir la presente solicitud) fijados por la Cámara de Comercio Internacional, disposiciones concordantes y normas cambiarias vigentes en el territorio colombiano.
16. En caso de que la mercancía llegue a Depósito Financiado y no fuere aprobado el Registro de Importación, nos comprometemos a reintegrar al BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. "BBVA" los gastos e intereses que se causen sobre la utilización de la Carta de Crédito más el importe pagado a los beneficiarios por el valor de las mercancías en las respectivas divisas. Asimismo aceptamos que el plazo para la financiación de la Carta de Crédito que solicitamos, se emplee a contar a partir de la fecha de utilización, comprometiéndonos al desaduanamiento y levante de la mercancía antes de su vencimiento.

Saludamos a ustedes y nos suscribimos muy atentamente,

APROBADO POR EL BANCO

DIRECCION Y TELEFONO

FIRMA AUTORIZADA

FIRMA DEL SOLICITANTE