

SOLUCIONES DIFERENTES FRENTE A UN MISMO PROBLEMA DE DERECHO PRIVADO, DERIVADO DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA, DESDE LAS VISIONES PRIVATISTA Y CONSTITUCIONAL¹

Alfonso Hernández Tous²

RESUMEN

Este artículo plantea dos visiones jurídicas que tratan de resolver los problemas suscitados por la decisión de algunos bancos de dar por terminados, unilateralmente, los contratos de cuenta corriente bancaria suscritos con los clientes o usuarios, denominados cuentacorrentistas. Una primera concepción, de carácter eminentemente privatista, es defendida por los juristas de derecho privado, con base en la normatividad vigente de los Códigos Civil, de Comercio y normas complementarias. Estos profesionales del derecho han analizado el tema de manera directa, al estudiar concretamente el contrato de cuenta corriente bancaria e, indirecta, desde el punto de vista de la teoría general del negocio jurídico, examinando los efectos vinculantes del contrato y las formas de poner fin a los mismos.

La otra concepción, que consideramos más compleja, tiene un soporte de carácter constitucional, defendida por la Corte Constitucional, ya sea al abordar el análisis de constitucionalidad del artículo 1389 del estatuto mercantil, que regula la terminación unilateral del contrato de cuenta corriente bancaria, o por vía de decisiones en acciones de tutela planteadas por ciudadanos que se consideran afectados por la decisión de dar por terminados dichos contratos.

Las dos presentan soluciones diferentes al asunto, pues los privatistas parten del presupuesto de la igualdad de posición de los particulares al contratar, en tanto que la Corte Constitucional, parte precisamente de la desigualdad; de allí que esta corporación rompa paradigmas del derecho privado que datan de hace muchos años.

ABSTRACT

This article exposes two legal visions that attempt to solve the problems arising from the decisions made by some banks that unilaterally terminate the checking account agreements they signed with their customers or users named checking account holders. One first approach of a mainly privatistic type is defended as a general rule by private law legal experts in accordance with the current regulations in the Civil and Commercial Codes well as complementary standards. These experts have assessed the subject directly by studying specifically the checking account agreement; or indirectly from the general theory's viewpoint of the legal transaction by examining the binding effects of the agreement and grounds for termination of it.

Este artículo es resultado de la investigación "*Efectos de la aplicación de la teoría general del negocio jurídico en estructuración de criterios identificadores de la calidad en la prestación del servicio de conciliación extrajudicial en Derecho Privado*". Depositado en febrero 10 de 2012, aprobado en abril 16 de 2012.

- 1 Este artículo corresponde a un tema que se desprende del resultado de la investigación "*Efectos de la aplicación de la teoría general del negocio jurídico en estructuración de criterios identificadores de la calidad en la prestación del servicio de conciliación extrajudicial en derecho privado*", tesis de Maestría en Derecho cursada durante los años 2007, 2008 y 2009 en la Universidad del Norte de Barranquilla, y aporta a la línea de investigación que desarrolla el Grupo de Investigación denominado Teoría de la Responsabilidad Civil con énfasis en mecanismos alternativos de prevención, administración y solución de conflictos, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena.
- 2 Abogado egresado de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Comercial, Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia en convenio con la Universidad de Cartagena. Especialista en Conciliación, Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Universidad de Cartagena. Magister en Derecho de la Universidad del Norte. Docente a nivel de pregrado y posgrado en Derecho Privado y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos de las Universidades de Cartagena y Libre. Docente Investigador del Grupo Teoría de la Responsabilidad Civil con énfasis en mecanismos de prevención, administración y solución de conflictos de la Universidad de Cartagena registrado en COLCIENCIAS. Abogado en ejercicio en el campo del derecho privado. alherto@yahoo.es

The other approach which we consider to be more complex has constitutional support defended by the Constitutional Court by either addressing the constitutional analysis of the Commercial Code's article 1389 that regulates unilateral termination of bank checking account agreements, or by rulings from acts of enforcement (acciones de tutela) filed by citizens being affected by such agreements' termination decisions.

Both present different solutions to the matter since the privatist act on the basis of the budget of individuals' equality status when signing agreements, whereas the Constitutional Court act based on inequality precisely and therefore it breaks private law paradigms dating back many years ago.

PALABRAS CLAVES

Bancos, derecho privado, comercio, negocio jurídico, visiones jurídicas.

KEYWORDS

Banks, private law, commerce, legal transaction, legal visions.

INTRODUCCIÓN

Metodología utilizada

Este artículo es el resultado parcial de la investigación *Efectos de la aplicación de la teoría general del negocio jurídico en la estructuración de criterios identificadores de la calidad de la prestación del servicio de conciliación extrajudicial en Derecho Privado*, tesis de Maestría en Derecho cursada durante los años 2007, 2008 y 2009 en la Universidad del Norte de Barranquilla. Dicha tesis desarrolló cuatro ejes temáticos conexos: el primero describe las características que debe reunir una adecuada prestación del servicio de conciliación; el segundo concreta la relación o conexión existente entre la Teoría General del Negocio Jurídico y de las obligaciones con la conciliación extrajudicial en Derecho Privado; el tercero señala algunas formas de aplicación de esa teoría general a la conciliación extrajudicial en Derecho Privado. Finalmente, se determinan algunas consecuencias derivadas de una inexistente o inadecuada aplicación de esa teoría general a la figura conciliatoria, por parte de los conciliadores, frente a la calidad en la prestación del servicio.

Dentro de las formas de aplicación de la Teoría General del Negocio Jurídico a la figura conciliatoria, se dedica un aparte especial al postulado de la autonomía privada y sus límites, desde el punto de vista constitucional, lo que nos hizo evidenciar las diferencias entre un enfoque emi-

nentemente legal privatista, basados en las normas del Código Civil y de Comercio, y otro de carácter constitucional, que comprende algunas aristas que no habían analizado antes los expertos en Derecho Privado.

El enfoque de la investigación es dogmático, de tipo documental, y en su desarrollo se revisaron fuentes secundarias que permitieron el planteamiento y reflexión teórica sobre el tema concreto de la terminación unilateral del contrato de cuenta corriente bancaria y sus repercusiones, sobre todo frente al usuario de los servicios financieros.

El desarrollo metodológico para alcanzar los resultados reflejados en este artículo, se concretó en los elementos de juicio que ha esbozado la Corte Constitucional y que deben tenerse en cuenta al momento de adoptar la decisión de dar por terminado, de manera unilateral, el contrato de cuenta corriente bancaria por parte de los bancos y las principales consecuencias que se derivan para el usuario del sector financiero, luego de que estas se adoptan de manera arbitraria.

JUSTIFICACIÓN

Tradicionalmente los problemas que se suscitan en el campo del Derecho Privado, es decir, en las relaciones entre particulares, se abordan y resuelven, por regla general, acudiendo a las normas y a las demás fuentes del derecho exis-

tentes en dicha área. Ello puede corroborarse examinando la doctrina de los civilistas y comercialistas y las decisiones de nuestros jueces, incluyendo la Sala de Casación Civil-Agraria de la Corte Suprema de Justicia.

No es frecuente que la doctrina de los privatistas ni los jueces del área, en sus respectivos trabajos, hagan análisis de las instituciones, ni resuelvan problemas jurídicos concretos en el área de derecho privado, desde el punto de vista constitucional. De allí que aspectos puntuales del Derecho Privado sean enfocados de manera diferente por los privatistas y por los constitucionalistas.

Los conflictos de Derecho Privado pueden tener soluciones diferentes si se enfocan desde las dos aristas, razón por la cual no debe descartarse el enfoque constitucional cuando ello lo amerite, porque, tal como lo dice la Corte Constitucional, no siempre los particulares pueden tratarse como iguales en sus relaciones negociales y, por otro lado, las normas del Derecho Privado deben examinarse e interpretarse conforme a la Constitución Política y no de manera aislada de ese contexto.

En este artículo hemos evidenciado esta afirmación, pues de manera clara se han planteado dos tipos de análisis y soluciones para un mismo problema relacionado con la terminación unilateral del contrato de cuenta corriente bancaria.

RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN

1. ENFOQUE LEGAL Y DOCTRINAL DE CARÁCTER PRIVATISTA

El contrato de cuenta corriente bancaria viene definido por el artículo 1382 del Código de Comercio como aquel por medio del cual una persona denominada cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y disponer, total o parcialmente, de los saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco.

Al regular el contrato de cuenta corriente bancaria, el artículo 1389 del Código de Comercio dispone que:

Cada una de las partes podrá poner término al contrato en cualquier tiempo, en cuyo caso el cuentacorrentista estará obligado a devolver al banco los formularios de cheques no utilizados.

En el caso de que el banco termine unilateralmente el contrato, deberá, sin embargo, pagar los cheques girados mientras exista provisión de fondos.

De la lectura de esta norma surge la siguiente pregunta: ¿la aplicación de esta norma, implicaría que cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato de cuenta corriente bancaria, en cualquier momento de su ejecución, sin necesidad de expresar motivos o causas para hacerlo, en aplicación del postulado de la autonomía privada?

Hasta donde conocemos, la doctrina de los comercialistas responde la pregunta afirmativamente, pues ha interpretado esa norma de manera literal. Así, Sergio Rodríguez Azuero, en su importante obra *Contratos Bancarios: Su significación en América Latina*, ha expresado lo siguiente:

La cuenta corriente celebrada a término fijo termina por la expiración del mismo. Aquella que se celebra a plazo indeterminado, como sucede de ordinario, puede terminarse por mutuo acuerdo, por mandato o disposición de la ley o en forma unilateral. En este último caso, la terminación por el banco puede corresponder a causales taxativamente señaladas por la ley que lo autoricen a hacerlo o, simple y llanamente, a la voluntad de la institución sin someterse a ninguna tarifa legal. Así mismo, la terminación unilateral podrá ser con o sin preaviso, según lo que establezca la ley o el contrato. (2002, p. 408).

Jorge Suescún Melo, cuando se refiere al régimen aplicable al contrato de cuenta corriente bancaria, expresa que se encuentra conformado por las disposiciones del Código de Comercio, por los usos y costumbres propios de las operaciones bancarias y los pactos lícitos de los contratantes; Así mismo, dentro de tales asuntos menciona el artículo 1389 en cuanto a la termi-

nación del citado contrato, sin más comentarios (2003, p 653).

La Superintendencia Bancaria, en oficio DB-623 del 27 de marzo de 1981, al establecer la diferencia entre cancelar una cuenta y saldarla, se refirió así al fenómeno de la terminación:

Por “cancelar” se entiende la acción proveniente del banco tendiente a sancionar al titular por el mal manejo de su cuenta corriente, terminando de esta manera unilateralmente el contrato. A diferencia de la cuenta cancelada, la cuenta saldada es aquella en la cual el contrato de cuenta corriente se termina unilateralmente por parte del banco, por causa diferente al mal manejo, o se termina unilateralmente por el titular de la cuenta, o de común acuerdo entre el banco y el cliente.

Es decir, que de acuerdo a lo anterior, las dos nociones se identifican en que al hacerse efectivas realizan la resolución o terminación del contrato, ejerciendo las facultades y derechos contemplados, ya sea en el mismo contrato o en la ley que los regula.

Igualmente la doctrina privatista ha examinado la figura de la terminación unilateral de los contratos de manera general. En el artículo denominado “La terminación unilateral del contrato ad nutum”, el profesor Ranfer Molina Morales (2006, pp. 125 ss.), al hacer un estudio detenido y juicioso del tema, nos ilustra con diversos aspectos que son pertinentes para efectos de este trabajo.

En primer lugar, parte del presupuesto de la fuerza obligatoria de los contratos que trata el artículo 1602 del Código Civil, que es pilar fundamental del derecho de los contratos y garante de la seguridad jurídica, el cual, dice, debe ser complementado con otro principio quizá más importante que es el de la buena fe, contenido en el artículo 1603 del Código Civil. Molina Morales concluye que con esta norma es posible controlar el comportamiento de las partes en la ejecución de sus prestaciones, exigirles deberes de lealtad, cooperación, diligencia y dedu-

cirles obligaciones no pactadas en el contrato pero que son consecuencia natural del mismo. Al referirse a la diferencia entre los conceptos de resolución y terminación, el citado autor expresa:

El Código de Comercio acoge la distinción doctrinal y jurisprudencial entre resolución y terminación, la primera con efectos retroactivos y reservada para contratos de ejecución instantánea, y la segunda con efectos hacia el futuro, y aplicable a contratos de ejecución sucesiva...

La resolución y terminación judicial están subordinadas al incumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes y deben ser decretadas por el juez, mientras que **la terminación unilateral es un acto de libertad individual que produce efectos extintivos por la sola voluntad de su autor**. Adicionalmente, la resolución tiene efectos retroactivos mientras que la terminación unilateral, efectos hacia el futuro. (Óp. cit., pp. 131 y 132) (Las negrillas son nuestras).

Más adelante, el autor aclara:

No obstante la divergencia terminológica, sin lugar a dudas la denominación que mejor se acomoda al derecho colombiano para calificar la ineficacia de un contrato de ejecución sucesiva sin alterar los efectos ya producidos es “terminación”, que es precisamente la que utiliza el legislador nacional.³ Al añadirle la palabra “unilateral”, queremos significar que la ineficacia futura de un contrato es el resultado de la voluntad de uno de los contratantes y no del común acuerdo de las partes.

No existe ninguna norma con carácter general ni en el Código Civil ni en el de comercio que defina o reglamente la terminación. Le ha correspondido a la doctrina estudiar la figura, para concluir que no es aplicable a todo tipo de contratos sino únicamente a los de tracto sucesivo, principalmente a aquellos en los que no se pactó término de duración, y excepcionalmente

3 Cfr, los siguientes artículos del Código de Comercio : 868,870,973,977, 1060,1068, 1107,1197 y 1389.

a los de duración determinada. (Óp. Cit., p. 134).

Dentro de las normas mencionadas por el autor se encuentra el artículo 1389 del Código de Comercio sobre terminación unilateral del contrato de cuenta corriente bancaria. Al referirse a la diferencia que se presenta entre la terminación unilateral en los contratos de duración definida e indefinida, el autor citado, con propiedad expresa:

En esta categoría podemos distinguir entre los contratos de duración indefinida, aquellos concluidos sin determinación de tiempo y los contratos de duración definida, en los que las partes han pactado un término de duración. Esta distinción tiene importancia en la medida en que condiciona el ejercicio de la terminación unilateral.

En efecto, el derecho de terminación unilateral es la regla general tratándose de contratos de duración indefinida, mientras que es la excepción en los contratos de duración definida. Para Azema, la distinción entre los contratos de duración definida y los de ejecución indefinida no tienen interés alguno durante la etapa de la ejecución, y no es sino al momento de la terminación de la relación contractual cuando surgirán todas las consecuencias de la determinación o indeterminación de la duración (Óp. Cit., p. 137). (Las negritas son nuestras).

A continuación, el autor menciona los casos señalados en la ley en que la facultad de terminar el contrato de manera unilateral es concedida a ambos contratantes, como en los contratos de cuenta corriente bancaria, de seguros, de mandato, de arrendamiento de servicios inmateriales; también incluye los eventos en que la facultad de terminación le es concedida a una sola de las partes contractuales, como en los negocios jurídicos de depósito y anticresis.

Molina Morales define la terminación unilateral como:

...un acto jurídico unilateral, recepticio, potestativo y liberatorio, resultado de una voluntad que, autorizada por la ley o por

el contrario, pone fin hacia el futuro una relación contractual, sin necesidad de acudir al juez ni de alegar justa causa, normalmente sin la obligación de pagar contraprestación alguna, pero generalmente con la obligación de respetar un plazo de preaviso (Óp. cit., p. 135).

Al destacar las características de la terminación unilateral, expone que el momento que precede al ejercicio del derecho de terminación unilateral se caracteriza por ser un periodo de relativa incertidumbre, porque la relación se desarrolla normalmente, pero el derecho de terminación unilateral puede ser ejercitado en cualquier momento, aún en ausencia de justa causa, pues la supervivencia del contrato depende de la voluntad de los contratantes. Tal incertidumbre es consecuencia de la opción, prevista en la ley o el contrato, de dar por terminada la relación contractual. La terminación es unilateral porque depende de la voluntad de uno solo de los contratantes y no supone el mutuo disenso. Es potestativa porque no depende de la ocurrencia de un hecho sino de la sola voluntad de su beneficiario, quien no está obligado a motivar la ruptura del contrato, muy a pesar de que es posible controlar esta conducta por vía de abuso del derecho, conforme al artículo 830 del Código de Comercio, o de la obligación de ejecutar los contratos de buena fe, de acuerdo con el artículo 871 del Estatuto Mercantil. Finalmente, es liberatoria porque permite a su autor liberarse de una relación contractual, tiene efectos extintivos y finalmente tiene carácter recepticio, es decir, debe ser puesto en conocimiento de la otra parte para que genere efectos. (Óp. cit., p. 13).

Destaca el autor que en los contratos a término indefinido la regla general es que cualquiera de las partes puede, en cualquier momento, dar por terminada la relación contractual libremente; vale decir, sin que tenga que alegar justa causa ni pagar contraprestación alguna, aunque con la obligación de respetar preaviso. (Óp. cit., p. 137).

Al referirse al contrato de cuenta corriente bancaria señala

El artículo 1389 C. Co. señala que cada una de las partes podrá poner término al contrato de cuenta corriente bancaria en

cualquier tiempo. No distingue el legislador si el contrato es a término definido o indefinido, lo que significa que opera por igual para ambas hipótesis. En todo caso, no es común que se fije un término de duración en este tipo de contrato. (Óp. cit., p. 144).

Por su parte, Guillermo Ospina Fernández, al referirse a la fuerza vinculante de los contratos, expresa que, por principio, una de las partes no puede dejarlos sin efecto por su sola voluntad y que esta regla admite dos excepciones: cuando la ley concede esa facultad a las partes, en razón de la inteligencia y la confianza, indispensables para su desarrollo, o cuando las partes se reservan ese derecho en el acuerdo. (2000, pp. 314 y 315).

Felipe Navia Arroyo destaca que en ocasiones la ley permite disolver el vínculo por decisión unilateral de una de las partes, como en los contratos de duración indefinida o en los de duración determinada en que la confianza de las partes no puede faltar en ningún momento. (2008, p. 37).

2. ENFOQUE DEL TEMA POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional enfoca el asunto de manera diferente, pues a esta corporación le ha correspondido resolver problemas jurídicos relacionados con este tópico del contrato de cuenta corriente bancaria, sea por vía de sentencias de inexequibilidad o de tutela, es decir, desde una visión constitucional, lo cual, por tanto, cambia el espectro. En dichas providencias ha planteado diversos aspectos que es importante resaltar.

2.1 EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 1389 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, SOBRE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-341 del 3 de mayo de 2006, con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería, realizó el examen de constitucionalidad del artículo 1389

del estatuto mercantil, concluyendo, frente a los cargos planteados, en la exequibilidad de dicha norma.

Quien demandó el artículo citado consideró vulnerados los artículos 29 y 83 de la Constitución Política sobre debido proceso y buena fe. Entre los argumentos expuestos se encuentra, en primer lugar, que la banca es un servicio público; está expresamente calificada a nivel constitucional como de interés público y sólo puede ser prestada por quien recibe un permiso especial del Estado, razón por la cual se generan especiales cargas y deberes para los que prestan el servicio, de modo que se rebasa el campo meramente privado y que un servicio público tiene como esencia el hecho de que todas y cada una de las personas, en igualdad de condiciones, tienen derecho a su prestación y a la continuidad de ésta.

También afirma el actor que la norma demandada es incompatible con el derecho al debido proceso, por permitir que el prestador del servicio bancario se desvincule del mismo por su mera voluntad, sin necesidad de fundamento o explicaciones y sin un procedimiento previo. Indica que, según el criterio de la Corte Constitucional, el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones con efecto sancionatorio o restrictivo del ejercicio de derechos y que debe aplicarse a la suspensión o la privación de un servicio público; que la persona cuya cuenta corriente es cancelada no tiene oportunidad de controvertir, impugnar o ejercer en ninguna forma el derecho de defensa y que la citada norma asigna a la entidad bancaria el derecho de adoptar una decisión que equivale a una sanción, sobre una relación contractual, generando una usurpación de las funciones de la jurisdicción del Estado.

Expone igualmente el demandante de la norma, que dicha disposición viola también el principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución, en cuanto la decisión de la entidad bancaria no se ciñe a la conducta racional y recta que podría esperarse en esas circunstancias, ni a la lealtad contractual, y, en cambio, puede tomarse por motivos como venganza, antipatía, capricho o intención dañosa y que la

buena fe se presume, pero la norma demandada impide o hace inútil demostrar lo contrario, lo cual es motivo para declarar su inexecutableidad.

En esta sentencia, la Corte Constitucional aborda el problema consistente en determinar si, al otorgar la norma demandada a los establecimientos bancarios la facultad de terminar unilateralmente los contratos de cuenta corriente bancaria, quebranta los principios del debido proceso y la buena fe. Luego de desarrollar una serie de conceptos sobre autonomía privada, en general, con base en la legislación colombiana y luego de aplicarla a la actividad financiera, la Corte arriba a las siguientes conclusiones:

A) En el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que en muchos otros, la autonomía de la voluntad privada se mantiene como regla general, pero con restricciones o excepciones por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana.

En cuanto al Estado colombiano, el Código Civil, sancionado el 26 de Mayo de 1873, consagró la concepción original de la autonomía de la voluntad privada, como se desprende principalmente de los artículos 16, en virtud del cual “no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”, y 1602, según el cual “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Esta regulación fue modificada a partir del Acto Legislativo No. 1 de 1936, que consagró la función social de la propiedad (Art. 10) y creó las bases para la intervención del Estado en las actividades económicas de los particulares (Art. 11.). Esta orientación social fue ampliada y consolidada en la Constitución Política de 1991, al consagrar el Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, de la cual derivan los derechos fundamentales de las personas, y en la prevalencia del interés general, entre otros principios, y en el cual, sobre la base de la consagración de la propiedad privada (Art. 58) y la libertad de empresa (Art.

333), se reitera la función social de la propiedad (Art. 58), se señala que la iniciativa privada tiene como límite el bien común y se establece la función social de la empresa (Art. 333), se dispone que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado y se renueva la potestad del Estado de intervenir en ella, por mandato de la ley (Art. 334).

B) En lo que concierne a la terminación del contrato en general, el artículo 1602 del Código Civil establece como regla general que aquel no puede terminarse sino por el consentimiento mutuo de los contratantes o por causas legales. Sin embargo, de acuerdo con la regulación de cada uno de los contratos y con los conceptos doctrinales, ellos pueden terminarse también en forma unilateral cuando se fundan en la confianza, de los cuales es ejemplo notable el mandato, cuya terminación puede producirse, entre otras causas, por revocación del mandante o por renuncia del mandatario y cuando son de duración indefinida, caso en el cual la ley o las partes pueden prever o no la formulación de un preaviso, como ocurre, por ejemplo, en materia de arrendamiento y suministro.

Pero la Corte distingue que en el campo de la actividad contractual ordinaria el ejercicio de dicha facultad de terminación unilateral del contrato no requiere la formulación de explicaciones ni el desarrollo de un procedimiento previo a la adopción de la decisión, por tratarse precisamente del ejercicio de la autonomía de la voluntad con base en el contenido del contrato o de las normas legales reguladoras del mismo, las cuales, a su vez, tienen el mismo sustento jurídico.

En el caso del contrato de cuenta corriente bancaria, estamos ante un contrato de duración indefinida que, por tanto, está sujeto a la terminación unilateral por las partes, además de estar sujeto a la terminación derivada del mutuo acuerdo de ellas o de las causas legales; se trata de una facultad prevista para cada una de las partes, y no únicamente para el establecimiento bancario, y no se trata directamente de una sanción por la supuesta comisión de una falta por una de ellas, aunque en la práctica e indirectamente puedan existir motivos generadores de

dudas, sospechas o, simplemente, de inconformidad de la parte que adopta la decisión.

Pero, tratándose del contrato de cuenta corriente bancaria, no debe perderse de vista que la actividad financiera que desarrollan los bancos configura un servicio público y, además, es de interés público y las entidades que prestan dichos servicios desarrollan una posición dominante frente a los usuarios de sus servicios.

De dichas actividades trata la Ley 35 de 1993, cuyo artículo 1º consagra los objetivos de la intervención en el sector, entre los cuales señala que “el desarrollo de dichas actividades esté en concordancia con el interés público” y “que en el funcionamiento de tales actividades se tutelen adecuadamente los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos por las entidades objeto de intervención y, preferentemente, el de ahorradores, depositantes, asegurados e inversionistas”.

C) Por estas razones, dice la Corte, el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada en la actividad financiera no tiene el mismo campo de acción que ostenta en las actividades ordinarias y corrientes entre particulares, pues se encuentra sometida a algunas restricciones por causa del interés público y la protección constitucional de los derechos fundamentales, las cuales se imponen principalmente a las entidades prestadoras de esos servicios, como ocurre, por ejemplo, en materia de negación del acceso a los servicios o de terminación unilateral de los mismos.

D) Lo anterior lleva a la Corte Constitucional a concluir que la negativa de acceso a los servicios financieros o la terminación unilateral de los mismos por parte de las entidades financieras, debe fundamentarse en la existencia de causales objetivas y razonables, lo que está en consonancia con la exigencia contenida en el Art. 10, Lit. e, del Decreto 663 de 1993, por medio del cual se actualizó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modificó su titulación y numeración, según el cual, “en caso de terminación unilateral del contrato de cuenta corriente bancaria deberán dejarse consignados expresamente los motivos que la determinaron,

los cuales han de corresponder a los definidos en los respectivos manuales del establecimiento bancario”.

De esta manera, el legislador brinda a la persona afectada por la decisión del establecimiento bancario la posibilidad de determinar su justificación, de suerte que, si considera que no lo es, pueda hacer uso oportuno de los medios legales para la protección de sus derechos, pues los motivos que determinaron la terminación unilateral del contrato deben “*consignarse*” expresamente en la comunicación escrita de dicha decisión, que debe hacer el establecimiento bancario al cuentacorrentista

Si el establecimiento bancario no cumple con dicho deber legal, el cuentacorrentista puede exigirle que lo haga, para lo cual podrá hacer uso del derecho fundamental de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución.

E) En cuanto al cargo consistente en violación del postulado de la buena fe, la Corte Constitucional parte del artículo 83 de la Constitución Nacional. Según éste, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten. Esto armoniza, para la materia contractual, con los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, los cuales se refieren al deber de celebrar y ejecutar de buena fe los contratos.

La Corte deshecha el cargo por cuanto la previsión legal, en abstracto, del ejercicio de una facultad contemplada en el contrato para cada una de las partes del mismo, en desarrollo de la autonomía de la voluntad privada, no puede violar, en sí misma, el mandato constitucional de rectitud en las relaciones entre los particulares o, específicamente, la lealtad entre los contratantes. Además, el argumento de que la norma impugnada puede favorecer la mala fe del establecimiento bancario en la ejecución del contrato alude claramente a la aplicación de aquella y no a su contenido, por lo cual no es pertinente en el examen de constitucionalidad que compete a la Corte Constitucional. En cambio, ante dicha situación, el cuentacorrentista

eventualmente afectado por la decisión abusiva o arbitraria de un establecimiento bancario puede hacer uso de los medios de defensa que le brinda la ley.

2.2 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1389 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, SOBRE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA, A TRAVÉS DE DECISIÓN DE ACCIÓN DE TUTELA

La Corte Constitucional, mediante sentencia SU-157 del 10 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, resolvió dos acciones de tutela instauradas por personas a quienes los respectivos bancos dieron por terminados unilateralmente sus contratos de cuenta corriente bancaria, porque, según ellos, tal terminación unilateral obedeció a la inclusión de sus nombres en un documento de gobierno extranjero destinado a combatir el delito de narcotráfico, lo cual implica una sanción, sin debido proceso, que les anulan sus libertades económicas, les afecta el buen nombre y su derecho a la intimidad: el hecho de figurar en los bancos de datos con un número importante de cuentas canceladas o saldadas, impide que en el futuro puedan acceder al crédito en el sistema financiero colombiano. Por razón de espacio no me referiré a los otros cargos planteados por los demandantes y que fueron resueltos por los jueces de instancia y la Corte Constitucional.

Los jueces concluyeron, con una visión exclusivamente privatista, que no existe violación de derecho fundamental alguno, como quiera que los demandados hicieran uso de la libertad contractual garantizada en nuestra legislación y que por tanto en Colombia nadie está obligado a vincularse comercialmente con otra persona.

En la sentencia de la Corte Constitucional se plantean cuatro problemas constitucionales que la Sala Plena de la Corte examinó, pero, para efectos de este trabajo, nos referiremos a uno que guarda pertinencia con este artículo y que consiste en el conflicto entre la autonomía privada para la contratación de las entidades bancarias y los derechos al buen nombre, el debido

proceso, la igualdad y las libertades de contenido económico de los usuarios del sistema financiero.

Luego del análisis de diferentes aspectos del derecho privado, desde un enfoque constitucional, destacamos a continuación las principales conclusiones a que arribó el máximo Tribunal Constitucional:

A) La autonomía privada goza de sustento en la Constitución de 1991 y se deduce de la garantía y protección de varios derechos que la concretan: el derecho a la personalidad jurídica consagrado en el artículo 14, el derecho a la propiedad privada (artículo 54), la libertad de asociación (artículos 38 y 39), la libre actividad económica e iniciativa privada y la libertad de empresa (artículo 333), derechos subjetivos que reconocen poderes en favor de una persona que puede hacerlos valer, frente a otros sujetos, a través de la intervención judicial.

B) Estas libertades están sometidas a condiciones y límites que son impuestas, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas (C.P., Arts. 1° y 95-1).

Esto significa que la Constitución, como norma fundamental (art. 4° superior), señala las directrices para todo el ordenamiento jurídico, por lo que la legislación de derecho privado también debe ser interpretada y aplicada a la luz de la Constitución y con ella de los derechos fundamentales.” (Las negrillas son nuestras).

La autonomía negocial debe respetar la Constitución. La Corte Constitucional en la sentencia T-240 de 1993, sobre esto expresó lo siguiente:

Los límites a la libertad de contratación, en la medida que ella se encuentra íntimamente conectada con diversos derechos constitucionales, puede no sólo vulnerar el valor mismo de la libertad, la personalidad y la dignidad del sujeto que se reflejan decisivamente bajo la óptica del contrato, sino el ámbito de tales derechos si aquéllos

no se conforman a los fines constitucionalmente permitidos y se socava su contenido esencial.

C) La función bancaria no es igual a la actividad que realiza cualquier particular, en el ejercicio de la autonomía privada, pues las normas constitucionales claramente limitan el radio de acción de la libertad contractual para las entidades financieras. El artículo 335 de la Constitución establece que la prestación del servicio bancario, como parte integrante de la actividad financiera, es de interés público, lo que significa que esta actividad debe buscar el bienestar general.

En la actividad bancaria, esta noción se materializa en el hecho de que el acceso a la prestación del servicio público bancario es restringido, porque la propia Carta establece como requisito previo e indispensable para el desarrollo de esa labor la autorización del Estado, en consideración del alto riesgo social que implica, la necesidad de la prestación en condiciones de seriedad, liquidez y eficiencia, capaz de generar la confianza pública nacional e internacional. En la asamblea nacional constituyente se explicó así:

... el concepto de interés público de la actividad bancaria se concreta en la garantía de un trato igual de los usuarios para el acceso al servicio, puesto que si bien aquella debe asegurar la solvencia de quien participa en el sistema, la no aceptación de los clientes sólo debe responder a factores objetivos y razonables que impliquen un riesgo económico para la entidad financiera, como quiera que se impone la universalidad del ahorro. En relación con la igualdad entre los usuarios para acceder a los servicios públicos, la Corte Constitucional ha sido clara en manifestar que el concepto genérico de igualdad incluye el de homogeneidad de oportunidades para alcanzar la eficiente prestación de aquéllos.

D) La libertad contractual de los bancos está limitada debido a que el artículo 335 de la Constitución dispone, como una obligación constitucional, la democratización del crédito.

Este mandato, en concordancia con el artículo 13 superior, exigen al gobierno garantías de acceso en iguales condiciones objetivas, no sólo a la actividad bancaria, sino a quienes desean obtener un crédito. Por consiguiente, es contrario a la Carta que condiciones subjetivas de los individuos sean las únicas causas para negar el acceso al crédito. La Carta limita expresamente la libertad contractual del sector bancario, cuando dispone el control, vigilancia e inspección estatal de esta actividad.

E) La autonomía negocial de las entidades financieras, en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, en consideración a la función que desempeñan, a la especialidad del servicio que prestan y a su condición de instrumento para garantizar derechos individuales, por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho.

Ello no quiere decir que el Estado propicie el desequilibrio económico de las actividades financieras, bursátil y aquéllas que captan dinero del público, así como tampoco que la Constitución exija la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente. Para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del crédito se justifica la intervención del Estado.

F) De otro lado, a través de la relación contractual bancaria también es factible predicar el derecho a participar en la economía de mercado en igualdad de condiciones y el derecho a la iniciativa privada, los cuales también gozan de garantía superior, conforme a los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución. Así mismo, es indudable que el crédito y el depósito especializado del dinero constituyen instrumentos indispensables para ejercer el derecho fundamental a asociarse para constituir empresas y para concretar las libertades económicas, propias de una economía de mercado.

G) En conclusión, no es posible, desde ningún punto de vista, sostener la tesis que pregona la

absoluta imposibilidad, legal o práctica, de acceder a la actividad financiera, pues la total discrecionalidad implicaría negarle su carácter de interés público, los derechos de los clientes a la personalidad jurídica y a ejercer, en condiciones de igualdad, la libre iniciativa privada. Tampoco es posible negar la libertad contractual a la banca para escoger objetivamente las personas con quienes desee tener relaciones comerciales por el interés público de esa actividad, el derecho de asociación y a la autodeterminación del contenido de los contratos.

H) La Corte Constitucional al responder la pregunta consistente en determinar si la decisión de terminar unilateralmente contratos bancarios vulnera el núcleo esencial de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y al acceso en condiciones de igualdad a la libre concurrencia de mercados, fijó las siguientes reglas, que sirven de parámetros al momento de adoptar una decisión:

- a) La imperiosa necesidad de mantener la estabilidad del sistema financiero y de preservar la confianza pública se imponen, por ello la regla general es la autonomía de las entidades financieras para decidir el contenido de los contratos bancarios, pues si el Estado o los particulares obligan al banco a celebrar todo tipo de contratos se desconoce el contenido irreductible de los derechos de asociación, de libertad de empresa y autonomía negocial de los bancos;
- b) La autonomía de la voluntad de las entidades financieras es más restringida que la de cualquier particular, como quiera que le está vedada la arbitrariedad en su decisión, so pena de transgredir derechos fundamentales.
- c) Si bien la autonomía de la voluntad de los bancos está amparada constitucionalmente, estos anulan derechos de los clientes o bloquean comercialmente a una persona, cuando se presenta cualquiera de las siguientes circunstancias:
 1. Cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos. Por

lo tanto, no constituye una situación de bloqueo financiero si existen medios administrativos o jurídicos que le permitan acceder al sistema financiero.

2. Cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario. Por consiguiente, transgreden desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer uso de la banca. Como se observa, si la mayor parte de la banca rechaza las relaciones comerciales con una misma persona, sin causa objetiva válida que le permita desplegar una actividad razonable para evitarlo, se transgrede no sólo el núcleo esencial del derecho a la personalidad jurídica sino el derecho a acceder en igualdad de condiciones al servicio público bancario;
3. Cuando la decisión de las entidades financieras produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público, como cuando el usuario está imposibilitado para realizar negociaciones comerciales en donde medie un título valor o créditos a su favor, lo cual produce una disminución inmensa de su capacidad negocial, y
4. Cuando la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión. Por lo tanto, las entidades financieras pueden negar el acceso al sistema financiero o puede terminar contratos bancarios cuando se presentan causales objetivas que amparan la decisión. No constituye causal objetiva que autoricen la negativa para el acceso a la actividad financiera, la utilización de criterios de diferenciación prohibidos constitucionalmente (C.P., art. 13), como por ejemplo por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión.

En el caso resuelto por esta sentencia, las cuentas bancarias de los peticionarios fueron canceladas porque ellos figuran en la denominada lista Clinton. La Corte Constitucional consideró que la prohibición de negociación bancaria con personas que fueron incluidas en la lista Clinton, constituye una causal objetiva que justifica la decisión de la banca, por cuanto:

La mayoría de las entidades financieras colombianas mantienen relaciones comerciales muy importantes con la banca norteamericana, por lo que las medidas adoptadas en nuestro país se dirigen a proteger a las instituciones financieras colombianas de riesgos inminentes propiciados por la fuerte capacidad de intimidación que tiene la banca norteamericana sobre el mercado financiero colombiano. En consecuencia, los efectos “reflejo” de la lista Clinton producen un estado de indefensión indudable para la banca colombiana, por lo que se considera que ella debe defender el interés general de los ahorradores. Así las cosas, tal y como se plantean en la actualidad los hechos, la negociación con quienes aparecen en la lista Clinton podría propiciar un desequilibrio económico desproporcionado para el sistema financiero colombiano, el cual no puede ser controlado por las autoridades de este país, como quiera que la lista Clinton no es norma que pueda ser vinculante en Colombia, por ende no tiene fuerza coercitiva para los residentes en este país.

CONCLUSIONES

El análisis desarrollado muestra que en muchas oportunidades la solución de los problemas que se presentan en el campo del Derecho Privado, no se encuentra solamente aplicando los Códigos Civil, de Comercio y normas complementarias, doctrina de los civilistas y comercialistas

y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil-Agraria de la Corte Suprema de Justicia, basadas casi siempre en dichas normas, sino que, en múltiples oportunidades, es preciso basar dichas soluciones en fundamentos constitucionales, tal como ha ocurrido aquí.

Conforme a los privatistas, la terminación unilateral de los contratos de cuenta corriente bancaria, por parte de los bancos, tiene un alto margen de discrecionalidad, pues es el simple producto del ejercicio de la autonomía privada del banco, en aplicación de las normas que inspiran este postulado, pero además es el resultado de la aplicación fría, exegética y mecánica del artículo 1389 del Código de Comercio, que permite dicha terminación en cualquier momento, sin necesidad de justificarla.

En cambio, el asunto cambia de enfoque si el problema se aborda desde el punto de vista constitucional, pues en ese escenario entran en juego una diversidad de factores, tanto en lo que respecta a los deberes propios e inherentes al funcionamiento del sector financiero, como los derechos y deberes de los usuarios del mismo, tal como se observa en el desarrollo de este artículo.

Las realidades que circundan las relaciones negociales entre particulares invitan a tener una visión mas amplia del asunto, al momento de resolver los problemas, pues lo contrario puede llevar a soluciones injustas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA

1. Molina Morales, Ranfer (2006). La terminación unilateral del contrato ad nutum. *Revista de Derecho Privado. Número.10*.Universidad Externado de Colombia.
2. Navia Arroyo, Felipe (2008). La terminación unilateral del contrato de derecho privado. *Revista de Derecho Privado. Número.14*.Universidad Externado de Colombia.
3. Ospina Fernández, Guillermo, Ospina Acosta, Eduardo (2000) *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogota: Temis.
4. Rodríguez Azuero, Sergio (2002) *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*, Bogotá, Legis.
5. Suescún Melo, Jorge (2003) *Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, tomo II, Bogotá, Legis.

Sentencias de la Corte Constitucional

1. T-240 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
2. SU-157 de 1999 M. P. Alejandro Martínez Caballero.
3. C-341 de 2006 M. P. Jaime Araujo Rentería

Oficios de la entonces Superintendencia Bancaria

1. Oficio DB-623 del 27 de marzo de 1981

Normas Jurídicas

1. Constitución Política de Colombia. Artículos 1,13,14,23,29,38,39,54,59,83,95-1,333,334, 335.
2. Acto legislativo No.1 de 1936. Artículos 10 y 11.
3. Código Civil. Artículos 16,1602 y 1603.
4. Código de Comercio. Artículos 868, 870, 871, 973, 977, 1060, 1107, 1197, 1382 y 1389.
5. Ley 35 de 1993.
6. Decreto 663 de 1993.