

# Límites a la práctica de compensación bancaria en los contratos de depósito de cuenta de ahorros en modalidad de nómina como garantía de derechos mínimos de los consumidores financieros categorizados como ‘trabajadores’. Un análisis de derecho colombiano

Bank Clearing Limits on Payroll Savings Account Agreement as a Guarantee of Minimum Rights of the Financial Consumers Categorized as ‘Workers’. A Colombian Law Analysis

Limites à prática de compensação bancária nos contratos de depósito de conta poupança em modalidade de nómina como garantia de direitos mínimos dos consumidores financeiros categorizados como ‘trabalhadores’. Uma análise de direito colombiano

---

ANGIE LORENA RINCÓN HIGUERA\*

FECHA DE RECEPCIÓN: 30 DE ENERO DE 2019. FECHA DE APROBACIÓN: 28 DE JUNIO DE 2019

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7630>

Para citar: Rincón Higuera, A. L. (2019). Límites a la práctica de compensación bancaria en los contratos de depósito de cuenta de ahorros en modalidad de nómina como garantía de derechos mínimos de los consumidores financieros categorizados como ‘trabajadores’. Un análisis de derecho colombiano. *Estudios Socio-jurídicos*, 22(1), 293-320. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7630>

## RESUMEN

En tiempos de bancarización, donde abundan políticas para masificar el consumo de servicios financieros, la expansión de productos como la cuenta de ahorros en la modalidad de nómina y su llegada al promedio de la población con especiales condiciones de protección como los trabajadores, ha dejado entrever el estrecho vínculo que existe

\* Abogada de la Universidad La Gran Colombia. Estudiante de Maestría en Derecho con profundización en Derecho Privado del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá D.C., Colombia. Abogada de la Secretaría General de la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio. Correo electrónico: [angie.rincon@urosario.edu.co](mailto:angie.rincon@urosario.edu.co), [anlo92@hotmail.com](mailto:anlo92@hotmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6423-1666>.

entre este tipo de servicios y la garantía y materialización de derechos básicos como el deber de información, el mínimo vital y la irrenunciabilidad y pago oportuno del salario. Con la revisión de las prácticas para aplicar la figura de la compensación incluida en los contratos de cuenta de ahorros por parte de las entidades financieras, se hace visible la necesidad de que el análisis de estas relaciones contractuales tenga en cuenta límites a la autonomía de la voluntad y libertad de contratación de estas entidades, en donde conceptos como el deber de información, el contrato de adhesión, la posición dominante y la doctrina de las cláusulas abusivas aportarán al restablecimiento del equilibrio contractual y en consecuencia, a la protección de los derechos de estos usuarios.

**Palabras clave:** compensación, consumidor financiero, contratos de depósito, bancarización, cuentas de ahorro.

## ABSTRACT

These are times where policies to spread the consumption of financial services are numerous. The increase in products like saving accounts and their access to populations with special helplessness conditions, such as workers, has hinted at the close link between them and the guarantee of basic rights such as information, minimum subsistence, timely wages payment, and the inalienability of labor rights.

With the review of the practices included by financial entities to apply the figure of compensation on saving account agreements, it is apparent the need for an analysis of these contractual relations. It bore the limits to the banks' autonomy and contract freedom, where concepts such as the duty of information, standard contract, dominant position, and doctrine on unfair terms will contribute in the preservation of the contractual balance and the protection of the users' rights.

**Keywords:** Compensation, financial consumer, deposit agreement, banking, saving accounts.

## RESUMO

Em tempos de bancarização onde abundam políticas para massificar o consumo de serviços financeiros, a expansão de produtos como a conta poupança na modalidade de n mina e sua chegada   m dia da popula o com especiais condi es de prote o como os trabalhadores, tem deixado entrever o estreito v nculo que existe entre este tipo de servi os e a garantia e materializa o de direitos b sicos como o dever de informa o, o m nimo vital e a irrenunciabilidade e pagamento oportuno do sal rio.

Com a revis o das pr ticas para aplicar a figura da compensa o inclu das nos contratos de conta poupan a por parte das entidades financeiras, se faz evidente a necessidade de que a an lise destas rela es contratuais tenha em conta limites   autonomia da vontade e liberdade de contrata o destas entidades, onde conceitos como o dever de informa o, contrato de ades o, posi o dominante e doutrina das cl usulas abusivas; aportar o ao restabelecimento do equil brio contratual e em consequ ncia,   prote o dos direitos destes usu rios.

**Palavras-chave:** compensa o, consumidor financeiro, contratos de dep sito, bancariza o, contas poupan a.

## Introducción

La bancarización y el acceso al sistema financiero en países de economías emergentes como la colombiana, tiene un papel fundamental y preponderante en el crecimiento y desarrollo económico del país.

Acelerar la bancarización en donde existe un bajo acceso de los agentes económicos a los servicios financieros, se ha convertido en uno de los objetivos del Gobierno Nacional, que desde 2014, con la expedición de la Ley 1753 de 2015,<sup>1</sup> ha promovido políticas públicas tendientes a facilitar y masificar el acceso y uso de los servicios financieros en sectores que no estaban dentro de la cobertura de las instituciones financieras, como los individuos y hogares de menores ingresos y las pequeñas empresas.

Las entidades financieras han desplegado un sinnúmero de productos y servicios para atraer clientes, a los cuales se accede con la presentación de requisitos básicos como la cédula de ciudadanía y la firma de contratos de adhesión en los que solo se debe imponer la firma y huella.

El presente artículo tiene por objeto dilucidar los límites que deben prevalecer al momento de aplicar la compensación como modo de extinguir las obligaciones en los contratos de depósito de cuenta de ahorros constituidos en la modalidad de nómina, cuando a través de este se garantizan derechos mínimos para los trabajadores colombianos.

Para lograr este objetivo, en la primera parte se revisará la aplicación de la figura de la compensación en la práctica de las entidades financieras, para lo cual nos valdremos del análisis de las normas vigentes sobre la materia a través de una breve reseña del marco jurídico de la compensación como modo directo de extinguir las obligaciones en el Derecho

<sup>1</sup> En efecto, el Tomo I del Plan de Desarrollo 'Todos por un nuevo país' 2014-2018, señala como uno de los objetivos para reducir la pobreza, potenciar la generación de ingresos de la población a través de la inclusión financiera, al respecto consagra que: *"la inclusión financiera cumplirá un rol de cierre de brechas de ingresos al permitir el acceso a productos y servicios financieros que permitan realizar inversiones o cubrir riesgos. Para ello el Gobierno nacional trabajará en: 1) mantener la dinámica de apertura de cuentas de ahorro como producto principal de vinculación al sistema financiero; 2) disminuir los actuales niveles de inactividad de las cuentas utilizando, entre otros mecanismos, depósitos electrónicos y servicios financieros móviles; 3) avanzar en la interoperabilidad entre corresponsales bancarios de diversas entidades; 4) impulsar los desembolsos de microcrédito entre población no bancarizada incluyendo el sector rural; y, 5) estudiar los elementos regulatorios necesarios para aumentar la oferta de servicios de aseguramiento y de microseguros a través de medios no tradicionales"* (Gobierno de Colombia, 2018, len línea).

Civil, para continuar con el análisis comparativo de su aplicación en los contratos de depósito de cuenta corriente y de ahorros. Así mismo, se revisará la tipología de las cláusulas empleadas por las entidades bancarias para aplicar la compensación en los contratos de cuenta de ahorros, a través de la revisión de las minutas, contratos y reglamentos de 25 instituciones financieras.

En la segunda parte, se analizará cómo la forma actual en la que opera la figura de la compensación como cláusula incluida en contratos de adhesión, impone la necesidad de prever límites a la autonomía de la voluntad y libertad de contratación de las entidades financieras, cuando en su aplicación se ven involucrados otros derechos y garantías para los usuarios como el deber de información, el pago oportuno de los salarios, el mínimo vital y la irrenunciabilidad al salario.

Para este efecto, se analizará la aplicación de esta figura en las cuentas de ahorros en la modalidad de nómina, en donde aparecen importantes conceptos que aportarán a la construcción del análisis como deber de información, contratos de adhesión y posición dominante, garantías y derechos de los trabajadores y doctrina de las cláusulas abusivas.

Finalmente, a modo de conclusión, este artículo demostrará que en la vinculación a ciertos productos financieros asociados con el ejercicio de derechos laborales y fundamentales de los usuarios, se deben contemplar límites que restablezcan el equilibrio contractual y protejan los derechos del consumidor, que para el caso revisado, se trata de sujetos de especial protección como los trabajadores.

## **La figura de la compensación en los contratos de depósito en cuenta corriente y de ahorros**

Los contratos de depósito en cuenta corriente y de ahorros se encuentran recogidos por el título XVII del Código de Comercio colombiano, según el cual, para el caso de la cuenta corriente bancaria, el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y disponer de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco (Código de Comercio Colombiano, art. 1382) y en el caso de la cuenta de ahorros, el cuentahabiente realiza un depósito

irregular, que tiene como propósito principal efectuar un ahorro (Código de Comercio, art. 1396).

De acuerdo con la doctrina de la Superintendencia Financiera (2008), si en desarrollo de estos contratos surge la obligación para el titular de pagar otros productos o servicios prestados por la misma entidad financiera, es viable la aplicación del numeral 5° de artículo 1625 del Código Civil<sup>2</sup> que precisa la procedencia de la compensación como modo de extinguir las obligaciones.<sup>3</sup>

La compensación en el caso de las cuentas corrientes, se halla en todos los casos incorporada al contrato, dejando la obligación en cabeza del cuentacorrientista pactar en contrario para evitar su aplicación en los casos en que se configuren los requisitos para su procedencia. Así, en la cuenta corriente esta figura es un elemento natural<sup>4</sup> del contrato, cuya inclusión protege a la entidad financiera y no al deudor, pues de no pactarse en contrario, éste último está autorizando la aplicación incondicional de la compensación para todos los efectos.

Para que opere la compensación legal de acuerdo con las reglas del artículo 1715 y siguientes del Código Civil, se requieren una serie de requisitos no predicables de los depósitos de ahorro. En este sentido, la doctrina ha establecido que en materia de cuentas de ahorro el tratamiento legal no admitiría la compensación legal sino la convencional, por requerir la autorización del titular (Superintendencia Financiera, 2004).

<sup>2</sup> En concordancia con esta norma, el artículo 1714 del Código Civil determina que la compensación ocurre cuando dos personas son deudoras a la vez una de la otra y se produce la extinción de dos obligaciones, cuando cada uno de sus sujetos resulta recíprocamente deudor y acreedor, y se cumplen con los demás requisitos descritos por el artículo 1715 C.C.

<sup>3</sup> La compensación aparece en el derecho por su utilidad práctica, la cual presenta de manera particular dos ventajas: en primer lugar, ahorra a los sujetos los desplazamientos y gastos que se producen por el innecesario doble pago, abreviando y facilitando operaciones diarias del comercio (Cubides Camacho, 2012), y segundo, porque es un modo de prevenir procesos futuros al impedir que una de las partes sea víctima de la insolvencia de la otra (Claro Solar, 1979).

<sup>4</sup> Entiéndase como elemento natural al contrato de conformidad con el artículo 1501 del Código Civil Colombiano, "aquellos que no siendo esenciales le pertenecen al negocio sin necesidad de cláusulas especiales, es decir, son obligaciones contractuales derivadas de las normas dispositivas que funcionan en defecto de pacto en contrario entre las partes" (Plata López & Monsalve Caballero, 2014).

## *La compensación en depósitos de cuenta de ahorros*

Frente a la aplicación de la figura de la compensación como modo de extinguir las obligaciones en las cuentas de ahorros, la Superintendencia Financiera ha reiterado en su doctrina que por virtud de lo dispuesto en el artículo 1721 del Código Civil,<sup>5</sup> por regla general, a este tipo de cuentas no puede oponerse la compensación (Superintendencia Financiera, 2008), ya esta figura no opera por ministerio de la Ley, como sí lo hacen las cuentas corrientes.

No obstante la prohibición anterior, por regla general las cuentas de ahorro provienen de la celebración de un contrato de depósito irregular de dinero, del cual se derivan una serie de derechos y obligaciones, que deben regirse por los términos pactados por las partes, los cuales a su vez deben guardar estricta armonía con las normas previstas en los numerales 5º y 6º del artículo 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero,<sup>6</sup> que señalan las reglas para el retiro de las sumas abonadas en las cuentas de ahorro.

La ejecución del contrato de depósito en cuenta de ahorros se ejerce según las condiciones definidas por la entidad financiera, al tratarse enteramente de un contrato de adhesión, el cual incorpora las reglas y pautas que para el efecto ha establecido la junta directiva de la respectiva entidad y que deben ser aprobadas previamente por la Superintendencia Financiera (Superintendencia Financiera, 2007).

<sup>5</sup> "Artículo 1721. Improcedencia de la oposición por compensación. No puede oponerse compensación a la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despojado, ni a la demanda de restitución de un depósito, o de un comodato, aun cuando perdida la cosa, sólo subsista la obligación de pagarla en dinero. Tampoco podrá oponerse compensación a la demanda de indemnización, por un acto de violencia o fraude, ni a la demanda de alimentos no embargables" (Código Civil Colombiano, art. 1721).

<sup>6</sup> "5. Reglas para el retiro de depósitos. Las sumas depositadas en la sección de ahorros de un establecimiento bancario, junto con los intereses devengados por ellas, serán pagados a los respectivos depositantes o a sus representantes legales, a petición de éstos, en la forma y términos, y conforme a las reglas que prescriba la junta directiva, con sujeción a las disposiciones del presente numeral, los numerales 2,3,4,6, y 7 del presente artículo y del numeral 2 del artículo 126 de este Estatuto y a la aprobación del Superintendente. 6. Libreta. Con excepción de lo dispuesto en el artículo 126 numeral 2o., ningún establecimiento bancario podrá pagar depósitos de ahorros, o una parte de ellos, o los intereses, sin que se presente la libreta u otra constancia de depósito y se haga en ella el respectivo asiento al tiempo del pago, salvo en aquellos casos en que el pago se produzca mediante la utilización por parte del usuario de un medio electrónico que permita dejar evidencia fidedigna de la transacción realizada (...)" (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, art.127).

Entonces, nada impide que la figura de la compensación pueda pactarse en los contratos de cuenta de ahorros, ya que, en atención al principio de autonomía contractual, es totalmente plausible incluir en los términos de disposición de los recursos depositados, una cláusula que permita la aplicación de la figura de compensación. Así lo ha sentado la Superintendencia Financiera:

En la medida en que la cláusula mencionada se encuentre prevista en los documentos que rigen el contrato de depósito en cuenta de ahorro puede operar la compensación de sumas adeudadas por el depositante al banco depositario, ocasionadas en cualquier producto de crédito. (Superintendencia Financiera, 2008, párr. 9)

La inclusión de la cláusula que autoriza la aplicación de la figura de compensación en las cuentas de ahorro es un elemento accidental al contrato,<sup>7</sup> que involucra la voluntad de las partes, en la medida en que si no se establece, se entiende que no hay lugar a su aplicación.

En tal sentido, en este tipo de cuentas el hecho de que no se presuma la compensación, se puede interpretar como un intento del legislador por proteger al consumidor financiero, al obligar en todos los casos a las entidades financieras a incluir de manera expresa la autorización para su aplicación en caso de reunirse las condiciones descritas por el Código Civil.

### *Caracterización de la figura de compensación en las cuentas de ahorros*

El dinamismo de los mercados y la prestación masiva de servicios, particularmente en el sector financiero, ha impuesto la necesidad de diseñar modelos estandarizados de contratos aplicables a todos los usuarios potenciales de dichos servicios, sin tomar en consideración las condiciones particulares de los mismos (Valbuena, 2013). En este contexto, surge el concepto de contrato de adhesión, cuyo esquema de negocio “se caracteriza porque una de las partes, que generalmente ejerce posición

<sup>7</sup> De la interpretación del artículo 1501 del Código Civil Colombiano se extrae que “los elementos accidentales o accesorios son maneras de configurar el negocio o su eficacia y que se incorporan al mismo por disposiciones expresas de los contratantes” (Plata López & Monsalve Caballero, 2014).

dominante, anteladamente (sic) establece el contenido del contrato de forma unilateral, de manera tal que la otra parte, el adherente, solo puede tomarlo o dejarlo” (Arrubla, 2013, p. 370).

Las entidades bancarias se sirven del uso de reglamentos y contratos de adhesión para dar acceso a cualquiera de sus servicios, en los cuales se impone un contenido preestablecido sin ninguna posibilidad de ser discutido o modificado por el cliente. En materia financiera, el literal f, artículo 2º, de la Ley 1328 de 2009, reconoce a los contratos de adhesión como “contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad” (Ley 1328, 2009).<sup>8</sup>

La doctrina ha reconocido que los contratos de adhesión, a pesar de estar permitidos por el ordenamiento jurídico colombiano, en criterio de Rodríguez Yong (2013), pueden dar lugar a situaciones de abuso y explotación, en la medida en que como hemos insistido, al ser redactado de manera unilateral por solo una de las partes, es necesaria la intervención del Estado, que tiene el deber de imponer límites al ejercicio de la libertad contractual con el ánimo de restablecer el equilibrio entre las partes y proteger a la parte débil de contrato.

Considerando que forzosamente las entidades bancarias acuden a la inclusión de cláusulas en sus contratos de adhesión que les permitan dar aplicación a la figura de compensación en las cuentas de ahorros de sus clientes, es importante conocer cómo se estructura esta autorización dentro de los reglamentos y/o contratos de adhesión empleados por las mismas.

Con este propósito, se revisaron y analizaron los contratos y/o reglamentos de las cuentas de ahorros de 25 entidades bancarias<sup>9</sup> vigiladas por la Superintendencia Financiera (Superintendencia Financiera, 2017).

<sup>8</sup> Por su parte, el Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011, define en el numeral 4º del artículo 5º, el contrato de adhesión como “aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas” (Ley 1480 de 2011. art. 5º. num. 4).

<sup>9</sup> Revisión realizada sobre las minutas vigentes y publicadas en las páginas web oficiales de las entidades financieras al mes de enero de 2018: Banco de Bogotá, Banco Popular, Itaú Banco Corpbanca, Bancolombia, Citibank – Colombia, Banco GNB Sudameris, Banco BBVA, Banco de Occidente, Banco Caja Social, Banco Davivienda, Banco Colpatria, Banco Agrario, Banco AV



Del análisis realizado en la investigación<sup>10</sup> se encontró que algunas entidades bancarias suelen contar con un reglamento particular para definir los términos y condiciones en los que se desarrollará el contrato de cuenta de ahorros, y que otras establecen un reglamento en el que están contenidas las condiciones de todos los productos y servicios financieros con los que cuenta el banco, que incluyen cláusulas generales y transversales aplicables a todos ellos.

De las 25 entidades bancarias revisadas, se encontró que solo seis de ellas<sup>11</sup> no incluyen en sus reglamentos o contratos una cláusula que autorice la compensación en las cuentas de ahorro, lo que significaría que, en general, la inclusión de esta autorización es una práctica generalizada en Colombia, a la cual los consumidores financieros se adhieren y aceptan incondicionalmente con la firma de largas preformas, que además, incluyen un numeroso articulado en letra pequeña.

De las cláusulas empleadas por los reglamentos de las entidades bancarias revisadas, se encontró que las mismas cuentan en su mayoría con una serie de características comunes, entre las cuales, vale la pena resaltar las siguientes:

- Consagran una autorización expresa e irrevocable.
- Aceptan el débito incondicional por cualquier saldo y por todo concepto.
- Aplican de manera automática.
- Operan en caso de ser deudor principal, deudor solidario o garante o por obligaciones individuales o conjuntas.
- Aplican para el pago de saldos insolutos, parciales o totales.
- Responden por obligaciones directas o indirectas.

---

Villas, Banco ProCredit, Bancamía, Banco W, Banco Coomeva, Banco Finandina, Banco Falabella, Banco Pichincha, Banco Coopcentral, Banco Santander, Banco Mundo Mujer, Banco Multibank y Banco Compartir.

<sup>10</sup> De esta revisión es necesario advertir que, salvo algunas excepciones, la consulta de estos documentos es de fácil acceso para el público en general, y se podría anticipar que en general las entidades bancarias cumplen a cabalidad con su obligación de informar a los consumidores financieros, sobre los términos y condiciones de sus servicios y productos.

<sup>11</sup> Banco de Occidente, Banco Colpatria, Bancamía, Banco W, Banco Coopcentral y Banco Santander.

- Aplican para el pago de obligaciones que no hayan sido canceladas a tiempo, se encuentren en mora y que sean exigibles.
- Opera siempre que conste autorización.
- Con la firma del contrato la cláusula de compensación se entiende comunicada y aceptada.

Es de advertir que muchas de las cláusulas a través de las cuales los consumidores financieros autorizan la aplicación de la compensación de obligaciones, justamente, no incluyen la palabra compensación, sino que se refieren simplemente a la autorización para el débito de los depósitos de la cuenta. Adicionalmente, se evidencia que su aplicación es aparentemente ilimitada y sin condiciones, pues ninguna de las cláusulas revisadas fija los términos en los que operará dicha figura, no relaciona en caso de qué tipo de mora, a partir de qué montos, no fija un porcentaje máximo por el cual podrá compensar, ni cuándo entra a operar.

De la inclusión de esta cláusula que autoriza la compensación en las cuentas de ahorros preocupa que en ninguna de ellas se contempla un deber de información por parte de las entidades bancarias durante las etapas de ejecución de este contrato. Lo anterior en el entendido de que la inclusión de dicha autorización no se informa al momento de adherirse al contrato, ni tampoco previa o posteriormente a la aplicación de la figura.

## **Límites a la aplicación de la figura de compensación**

Aunque la aplicación de la figura de compensación en los contratos de depósito en cuenta de ahorros, en principio, no vislumbra mayor dificultad en tanto medie convención que así lo autorice, en la práctica la aplicación de esta figura entre los usuarios de los servicios financieros debe observar una serie de límites que tengan en cuenta la creciente y masiva constitución de este tipo de cuentas por parte de personas en especial condición de protección o vulnerabilidad, como los trabajadores, y cómo estos productos involucran la garantía de sus derechos.

Para dimensionar el impacto de las cuentas de ahorro en Colombia, es necesario resaltar que, de acuerdo con el último reporte trimestral de inclusión financiera del Gobierno Nacional, a septiembre de 2018 este

era el producto con mayor penetración entre los colombianos,<sup>12</sup> con un total de 25,7 millones de personas adultas que cuentan con al menos una cuenta de ahorros, de los cuales 17,7 millones tienen mínimo una cuenta activa, la mayoría constituidas en establecimientos de crédito (Banca de las Oportunidades, 2018).

Las cifras alrededor de la constitución de este tipo de depósitos son impactantes, pues según la Banca de las oportunidades (2018), entre septiembre de 2017 y septiembre de 2018, el incremento en la constitución de cuentas de ahorros fue del 4%, aumentando el número de adultos con al menos una cuenta de ahorros en más de un millón. Vale la pena resaltar que si bien la cuenta de ahorros es el producto al que más se vincula la población, al menos 7.0 millones de adultos cuentan con un portafolio compuesto con algún otro producto financiero ofrecido por la misma entidad, entre los que se encuentran los microcréditos, créditos y tarjetas de crédito.

Es de advertir que un importante número de las cuentas de ahorros que se constituyen en el país, están atadas al pago de las nóminas de los trabajadores en las empresas (El Colombiano, 2016), hecho que de suyo imprime un tinte diferente al análisis, pues es claro que un alto porcentaje se constituye con el único objeto de que el empleador deposite mensualmente el valor correspondiente a su salario. En el mismo sentido lo ha reconocido el Gobierno Nacional, al advertir que:

Pese al menor dinamismo en las tasas de interés de captación, las cuentas de ahorro han mantenido una tendencia creciente durante el último año. Lo que se podría explicar por el mayor uso de este tipo de cuentas como instrumento transaccional para el pago de las nóminas salariales y su uso en las operaciones del día a día de las personas. (Banca de las Oportunidades, 2017, p. 9)

Con esta tendencia ascendente a la constitución masiva de cuentas de ahorros en la modalidad de nómina, aunada a la adquisición de

<sup>12</sup> De acuerdo con la Banca de las Oportunidades (2018), seguida a la cuenta de ahorros, los productos con mayor penetración entre los colombianos son los depósitos electrónicos con 4,7 millones y las cuentas de ahorro electrónicas con 3,0 millones, y la cuenta corriente con 1,8 millones.

portafolios compuestos con otros servicios de la misma entidad financiera que favorecen la aplicación de la compensación, a continuación se propone la revisión de algunos de los límites que les resultan aplicables a esta práctica bancaria, que con los datos presentados, interesan a una importante parte de los consumidores financieros.

***Garantías y derechos de los trabajadores: mínimo vital, pago oportuno y principio de irrenunciabilidad del salario***

Es común que en los contratos de adhesión de depósito en cuenta de ahorros, se incluyan cláusulas relacionadas con la autorización para proceder a la compensación de los dineros en ellas depositados. Sin embargo, es claro que aunque existe una estipulación contractual válida y eficaz que autoriza a debitar tales depósitos, aún cuando esta práctica viola los derechos fundamentales del trabajador, al realizarse el descuento del dinero correspondiente al salario que se consigna en su cuenta de ahorros de nómina; esta situación se agrava particularmente en aquellos casos en los que la compensación de la deuda vulnera el mínimo vital del trabajador, que depende exclusivamente de su salario para subsistir.

Frente a este punto, cabe resaltar que, de acuerdo con el último reporte de cuentas de ahorro tradicional publicado por la Banca de las Oportunidades a junio de 2018, del total de cuentas de ahorros constituidas en entidades bancarias, alrededor del 91,4% cuentan con un saldo no mayor a 1 SMMLV; por su parte, alrededor del 6,3% tienen un saldo entre 1 y 3 SMMLV, que equivale a menos de \$2.343.726,<sup>13</sup> y solo el 2,2% tienen un saldo entre los 3 y 5 SMMLV.

En estos casos, la actuación de las entidades financieras es un claro ejemplo de extralimitación en el ejercicio del propio derecho, que directamente afecta la garantía constitucional consagrada en el artículo 53 para hacer efectivo el pago oportuno de los salarios; en efecto, la Corte Constitucional al respecto se ha expresado en los siguientes términos:

La docente cumplió con la tarea que le fue asignada por su superior, el patrono consignó oportunamente el salario que aquella causó con su

<sup>13</sup> Calculado sobre la base del salario mínimo para 2018 que fue de \$781.242.

labor, pero la trabajadora no pudo disponer de su remuneración porque un intermediario financiero encargado contractualmente de realizar el pago, decidió apropiarse los dineros devengados por la docente. (Corte Constitucional, 1998)

Finalmente, no sobra advertir que la consecuencia más gravosa que se deriva de la aplicación de la compensación en las cuentas de ahorro de nómina, es que con el débito de las sumas depositadas por el empleador, los titulares no tendrían como sufragar sus necesidades mínimas y las de sus familias, haciéndose evidente la afectación al derecho fundamental al mínimo vital. Es claro, que no en todos los casos la aplicación de esta figura deriva en la afectación de un derecho, pero nos referimos a aquellos casos en los cuales se realiza la compensación sobre el salario mínimo consignado por el empleador, o, cuando habiendo depósitos de mayor valor realizados por el empleador, se realicen débitos a la cuenta que no respeten el monto del salario mínimo.

El hecho de que el banco intervenga como intermediario financiero en la operación por medio de la cual determinado empleador paga a sus empleados los salarios que les adeuda, no puede hacer que desaparezcan las garantías consagradas en la Constitución y las leyes vigentes respecto del pago oportuno e integral de la remuneración salarial, que si bien es realizado oportunamente por el empleador, el actuar de la entidad bancaria impide su materialización, al imposibilitar que dicho salario sea efectivamente reclamado por el trabajador.

Y es que este tema es de tal relevancia, que el legislador ha previsto prohibiciones en otros ámbitos con el objeto de proteger el salario mínimo de los trabajadores; así, ha previsto que el empleador requiere necesariamente de la autorización expresa del empleado para retener parte de su salario, y que los jueces no pueden ordenar el embargo de la totalidad del salario de un trabajador.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Al respecto, el Código Sustantivo del Trabajo establece como prohibición a los empleadores, el "Deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial" (1950, art. 59). Adicionalmente, prevé la facultad a las cooperativas para ordenar retenciones hasta de un cincuenta por ciento (50%) de salarios y prestaciones, para cubrir sus créditos; entonces, en concordancia con esta norma quedan prohibidos de manera expresa "los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales,

La Corte ha entendido que, en principio, los descuentos sobre el salario de los trabajadores no lesionan los derechos fundamentales, siempre y cuando respeten los límites máximos consagrados en las leyes colombianas. Así “(...) ni siquiera con autorización expresa del trabajador, el empleador podrá practicar, ni los terceros exigir, descuentos directos al salario más allá de lo permitido por la ley” (Corte Constitucional, 2013).

En Colombia no es posible descontar la totalidad del ingreso del trabajador. Como regla general, el salario mínimo es inembargable y aun así, la única parte embargable es la quinta parte de lo que exceda el salario mínimo, salvo cuando se trata de cobros por obligaciones alimentarias o en favor de una cooperativa, en donde el límite es del cincuenta (50 %) de cualquier salario. En cualquiera de los casos es requerida la orden de un juez para que sea procedente dicho descuento.

En este sentido, la Corte Constitucional, en relación con los descuentos realizados a los salarios de los trabajadores, considera que existe un mayor riesgo de afectar su derecho al mínimo vital cuando:

- (i) “Entre el salario y la persona exista una relación de dependencia, es decir, que sea la única fuente de ingresos.
- (ii) De sus ingresos depende no sólo el trabajador sino su familia.
- (iii) Se trata de personas de la tercera edad, que por su condición de sujetos de especial protección, tienen mayores probabilidades de lesión” (Corte Constitucional, 2013).

El Código Sustantivo del Trabajo<sup>15</sup> previó que el derecho al salario es irrenunciable, como una protección que implica que el trabajador no renuncie a su derecho bajo ninguna circunstancia, presión o incluso mediando su voluntad. Este principio, según la interpretación de la Corte

---

herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo; entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario declarada inembargable por la ley” (Código Sustantivo del Trabajo, 1950, art. 149).

<sup>15</sup> El derecho al salario es irrenunciable y no se puede ceder en todo ni en parte, a título gratuito ni oneroso pero si puede servir de garantía hasta el límite y en los casos que determina la ley (Código Sustantivo del Trabajo, art. 142).

Constitucional en sede de revisión de tutela “refleja el sentido reivindicatorio y proteccionista que para el empleado tiene el derecho laboral. De suerte que los logros alcanzados en su favor, no pueden ni voluntaria, ni forzosamente, por mandato legal, ser objeto de renuncia obligatoria” (Corte Constitucional, 2013).

En este sentido, es claro que teniendo en cuenta el salario mínimo y su estrecha relación con los derechos fundamentales, existe todo un desarrollo legal y jurisprudencial que se erige como una armadura para la protección de los trabajadores, que pretende, incluso desconociendo su propia voluntad, salvaguardar su derecho al mínimo vital y por su conducto, otros derechos.

Entonces, no tiene justificación que una entidad financiera, como mera intermediaria en el pago de los salarios, pueda ordenar unilateralmente, y justificando en una cláusula derivada de un contrato de adhesión, la retención total o parcial del mismo, sin tener en cuenta el límite que le impone el respeto y garantía de los derechos fundamentales del trabajador, máxime cuando la entidad financiera conoce que el dinero depositado en la cuenta de ahorros corresponde en la mayoría de los casos, exclusivamente al salario de un trabajador, que, en muchas ocasiones, no supera el salario mínimo legal.

### ***Deber de Información al consumidor financiero***

Desde 1993, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (1993) establece como obligación genérica en su artículo 97, que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera provean a sus usuarios información cierta, suficiente, clara y oportuna, a fin de que estos puedan adoptar decisiones suficientemente informadas que les permita escoger las mejores opciones del mercado de acuerdo con sus necesidades.

Con la promulgación de la Ley 1328 de 2009, esta obligación por parte de las entidades financieras se concreta, al consagrar las primeras obligaciones de tipo informativo,<sup>16</sup> aclarando expresamente el cumplimiento de

<sup>16</sup> El artículo 9° de la Ley 1328 del 2009, establece que “previo a la celebración de cualquier contrato, las entidades vigiladas deberán informar sobre las características de los productos o servicios, los derechos y obligaciones, las condiciones para acceder a ellos, las tarifas o precios y la forma para determinarlos, las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato, y

este deber de manera previa a la celebración del contrato, al reconocer que en el mercado financiero existen diversos tipos de consumidores y usuarios, a los cuales estas entidades adeudan información en el proceso de formación del negocio, independiente de su vínculo negocial (Monsalve, 2012), que le permita, en los términos del Estatuto del Consumidor, “el acceso a una información adecuada, (...) que les permita hacer elecciones bien fundadas (...)” (Ley 1480, 2011, art.1, num. 2).

Para Rodado Barreo y Monsalve Caballero (2010), el deber de información debe tener en cuenta las cualidades especiales que pueda tener una de las partes en la negociación. En su criterio: “El deber de información es aún más exigible y necesario en relaciones que impliquen un alto grado de riesgo y la parte dominante esté propensa a obtener un mayor oportunismo en la negociación; es decir, para el proveedor es mucho más rentable omitir determinada información, puesto que de esta manera su ganancia se ve incrementada” (p. 176).

Aunado a lo anterior, y de acuerdo con la doctrina de Salgado Ramírez (2013), el deber precontractual de informar se concreta en cada caso en particular, a partir de un sistema flexible de criterios, el cual incluye considerar, para efectos de determinar el grado del deber precontractual de informar, la ‘Posición personal privilegiada’, entendida por la autora como la capacidad de una persona de saber o entender, qué puede cambiar de acuerdo con variables asociadas a la edad y las condiciones económicas y sociales del individuo.

En palabras más sencillas: “El desequilibrio de conocimiento genera la obligación, la parte enterada de informar sobre todas aquellas circunstancias que rodean al negocio y que la otra parte tiene interés en conocer, pero que ignora legítimamente por su condición social, económica, intelectual o cultural” (Chinchilla, 2011, p. 331).

De acuerdo con la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera,<sup>17</sup> no informar al consumidor financiero sobre la figura de la

---

la demás información que la entidad vigilada estime conveniente para que el consumidor comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio (...). En particular, la información que se suministre previamente a la celebración del contrato, deberá permitir y facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado (...).”

<sup>17</sup> Hasta 2016, a través de la Circular Externa 018, se incluyó en la Circular Básica Jurídica



compensación automática respecto de cualquier obligación recíproca que exista o pudiera llegar a existir entre el consumidor financiero y la entidad vigilada, significa una práctica abusiva por parte de estas últimas (Circular Básica Jurídica, 2014, num. 6.2.40), aunque la redacción de esta norma no es lo suficientemente clara en determinar el momento en que se debe cumplir esta obligación.

No obstante, atendiendo a la regla general fijada por la Ley 1328 de 2009, es claro que al menos la inclusión de esta cláusula en los contratos de depósito de cuenta de ahorros, debe ser lo suficientemente informada por la entidad financiera de manera previa a la suscripción del contrato, pues sin duda se trata de un factor determinante para que el usuario decida o no tomar el contrato con determinada entidad financiera, mucho más si cuenta con otros productos financieros con esta misma.

Sin embargo, en la práctica, este punto no es informado ni de manera previa a la adhesión al contrato, ni al momento de proceder a la aplicación de la compensación y al débito de los dineros depositados; por lo general, los usuarios se enteran de la existencia de esta figura, al momento de realizar el reclamo ante la entidad financiera cuando encuentran sus cuentas de ahorro en ceros.

Es importante que las entidades financieras atiendan a los Principios sobre Protección de los Consumidores Financieros de la OCDE (2011),<sup>18</sup> en lo que respecta al deber de divulgación y transparencia de los servicios financieros, en donde es un verdadero principio proporcionar a los consumidores información clave que informe sobre los beneficios, los riesgos y los términos fundamentales del producto que van a adquirir, sobre todo cuando quien se vería afectado hace parte de un grupo vulnerable, que requiere de especial atención en sus necesidades.

De acuerdo con estos principios, las entidades financieras deben proporcionar información suficiente y apropiada en todas las etapas de la relación contractual, a través de mecanismos de divulgación que no solo brinden información de los productos financieros, sino que incluyan las

de la Superintendencia Financiera, una modificación en las Cláusulas y Prácticas Abusivas, en donde se incluyó la falta de información sobre la compensación como una práctica abusiva.

<sup>18</sup> Los principios de alto nivel están diseñados para ayudar a los países del G20 y otras economías interesadas a mejorar la protección del consumidor financiero (OCDE, 2011).

posibles advertencias del producto, con el objetivo de proporcionar un adecuado nivel de información, de manera particular para los productos y servicios financieros complejos y riesgosos.

Finalmente, la OCDE (2011) recomienda que en materia de información al consumidor financiero, las entidades financieras brinden asesoría a sus clientes basada en su perfil, los riesgos asociados con él, así como los objetivos financieros, el conocimiento, las capacidades y la experiencia de éste.

### ***Contratos de adhesión y posición dominante***

Como ya se ha afirmado, un importante porcentaje de cuentas de ahorro se constituye en la modalidad de nómina, ya que, en la mayoría de los casos, se obtienen beneficios en las condiciones del depósito<sup>19</sup> y se evitan cobros adicionales para el empleado.

De conformidad con el artículo 138 del Código Sustantivo del Trabajo, y particularmente con la Ley 1527 de 2012, los empleados pueden escoger libremente en cuál cuenta desean recibir su dinero, pues “el beneficiario tiene derecho de escoger libre y gratuitamente cualquier entidad operadora para efectuar operaciones de libranza, así como aquella a través de la cual se realiza el pago de su nómina, honorarios o pensión” (Ley 1527, 2012, art. 4°).

Así, la práctica generalizada entre los empleadores es la suscripción de convenios empresariales con entidades bancarias, que les permitan acceder a mecanismos para el pago de la nómina de sus empleados, ya sea buscando obtener más beneficios para sus trabajadores, o, bajos costos y ahorro para la empresa en el cumplimiento de esta obligación, sin perjuicio que el empleador tenga la opción de escoger a su albedrío la entidad bancaria de su preferencia. En ambos casos, a nombre del empleado y con su consentimiento, se abren cuentas de ahorro de nómina,

<sup>19</sup> Entre las entidades bancarias se puede encontrar que la apertura de cuentas de ahorro en la modalidad de nómina, ofrece en común los siguientes beneficios: costo cero en la cuota de manejo, no requieren de monto mínimo de apertura, no es necesario que mantenga un saldo promedio mensual, es posible hacer abonos a través de cualquier medio, ya sea en efectivo, cheque o electrónicos, sin costo ni comisiones; retiros de efectivo y consultas de saldo ilimitadas, sin cobro de comisiones; reposición por desgaste o vencimiento de la tarjeta sin costo.

que requieren la firma de contratos estándar, cuyo único fin es el de consignar y retirar las sumas correspondientes a su salario de manera confiable y segura (Corte Constitucional, 2000).

En este contexto, hoy no es muy usual el uso de otro tipo de medios para estos propósitos, que a la postre resultan ser más engorrosos y costosos para los empleadores. Según consideró la Corte Constitucional en la Sentencia T-014 de 1995:

Podrá decirse que estando permitido el pago por cheque o por giro postal no habrá motivo para considerar anormal el pago mediante consignación en la cuenta bancaria del trabajador. Esto no contradice el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 139, que ordena “el salario se paga directamente al trabajador o la persona que él autorice por escrito” porque el banco es un simple intermediario y quien puede manejar el dinero es el titular de la cuenta. (Corte Constitucional de Colombia, 1995)

En este punto es claro que la institución bancaria tiene una relación contractual con el cuentahabiente, que en este caso en particular ostenta la condición especial de trabajador. De esta manera, el banco se ubica en una posición dominante<sup>20</sup> y sin duda determinante en la relación laboral, en donde los trabajadores están sujetos a las condiciones fijadas por la sucursal para el pago de su salario, aunque “ésta (la entidad bancaria) no es a la vez su patrono, y tampoco parte en una relación de trabajo sometida a las acciones y limitaciones propias de la legislación laboral” (Corte Constitucional, 1998).

<sup>20</sup> De acuerdo con la Doctrina Nacional, hay posición dominante cuando: “(i) una de las partes mantiene el privilegio de disponer unilateralmente el contenido del contrato; y (ii) cuando esa misma parte administra la ejecución del contrato.(...) los bancos, es cierto, ejercen una posición dominante en las operaciones activas y pasivas que realizan con los usuarios de sus servicios, la cual se concreta en la hegemonía que pueden ejercer para imponer el contenido del contrato, en la determinación unilateral de su configuración y en la posterior administración de su ejecución. (...) Y esto no puede ser de otra manera, por ser los servicios financieros una actividad que demanda masivamente la población y por lo tanto debe presentarse en forma estandarizada para satisfacer las necesidades de esta, con la dinámica y agilidad que la vida contemporánea exige” (Arrubla, 2013, pp. 368-369).

## ***Alcance de la autonomía privada y libertad de contratación de las entidades financieras***

Con la vigencia de la Constitución Política de 1991, el principio de la autonomía privada y la libertad de contratación se han visto limitados por fallos que consideran que cuando la autonomía privada no puede asegurar relaciones justas y libres, el Estado tiene la obligación de intervenir a través de la ponderación del principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial, máxime cuando el poder privado, en este caso de las entidades financieras, llega a traducirse en abuso o daño de la parte débil cuya libertad negocial pasa a ser puramente formal, como es el caso de los trabajadores (Corte Constitucional, 1993).<sup>21</sup>

La Corte Constitucional ha apostado por una mayor intervención en la libertad de contratación,<sup>22</sup> en donde reconoce de manera explícita la necesidad de limitar la autonomía privada de las instituciones financieras al reconocer que el contrato no es un escenario privado impenetrable (López, 2016).

Más allá de una interpretación meramente constitucional, diversos ordenamientos jurídicos han consagrado de manera expresa esquemas de protección para aquellos sujetos que se hallan vulnerables o en situaciones de desigualdad ante el desenvolvimiento de las relaciones contractuales. Estos esquemas “han implicado una forzosa relectura del esquema tradicional de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual. Si se quiere, una limitación al ejercicio de ciertas libertades privadas –como la libertad de contratar o autonomía de la voluntad privada antes citadas– para salvaguardar los derechos de quienes son objeto de especial protección constitucional” (Valbuena, 2013, p. 393).

<sup>21</sup> La perspectiva social del contrato es explicada así por la doctrina: “[E]l contrato no solo debe ser el instrumento que permita el intercambio de derechos y obligaciones, sino también el vehículo que coadyuve al logro de los fines del derecho: la justicia, la seguridad, el bien común. El Estado Social de Derecho no se agota, ni puede hacerlo, en la asignación de obligaciones sociales al sector público, prescindiendo de la actividad privada” (Giraldo Bustamante, 2014, p. 121).

<sup>22</sup> Sobre la libertad contractual en el marco de la justicia constitucional, ha explicado Juan Pablo Cárdenas: “existe el constante propósito constitucional de asegurar que el contrato corresponda a un ideal de justicia, el cual por lo demás corresponde al propósito constitucional de un orden justo. Lo anterior, sin embargo, no implica sustituir la decisión de los contratantes por la de las autoridades estatales, pues ello significaría desconocer la importancia del contrato y su función” (Cárdenas Mejía, 2007, p. 693).

La doctrina, ha coincidido en que la imposición de límites al ejercicio de la libertad contractual puede acudir a diversos instrumentos y acciones que no solo implican la promulgación de normas más precisas y estrictas sobre protección al consumidor, sino que involucran acciones más activas por parte de las entidades financieras, como la limitación para desarrollar e imponer el clausulado del contrato en condiciones asimétricas de conocimiento y poder de negociación (Valbuena, 2013), el cumplimiento efectivo y eficaz de deberes de información, la incorporación de mayor publicidad en el contrato, la interpretación a favor del adherente y la inclusión de mecanismos extrajudiciales para la resolución de conflictos (Rodríguez Yong, 2013).

### *Doctrina de las cláusulas abusivas*

La doctrina de las cláusulas abusivas, desarrollada por la jurisprudencia como un intento por constituir un límite a la autonomía de la voluntad,<sup>23</sup> tiene plena justificación en la medida en que, aunque es claro que las partes son libres para establecer o fijar el contenido de sus relaciones contractuales, esta facultad no puede ser ilimitada, ni puede ser la razón que justifique el abuso de una parte sobre la otra y que ponga en riesgo sus derechos fundamentales.<sup>24</sup>

Partiendo de la definición de Cláusula Abusiva, como “aquella cláusula que le permite a la parte que impone el contenido del contrato, modificarlo a su antojo o sustraerse de sus obligaciones, irrespetando los

<sup>23</sup> La Doctrina de las Cláusulas abusivas tiene tres propósitos fundamentales que interesan al objeto de este estudio: a) Controlar y castigar el ejercicio abusivo de la autonomía privada. b) Proteger a aquella parte del contrato que no ha tenido la posibilidad de participar en la determinación de su contenido o en algunas de sus cláusulas y que, por tanto, se limita a aceptar lo predispuesto por la otra parte, y, c) Mantener el equilibrio y la justicia contractual entre las partes (Rodríguez Yong, 2013, pp. 27-28).

<sup>24</sup> En el mismo sentido, Gustavo Valbuena Quiñones, entiende que “la tendencia nacional y extranjera ha sido prohibir la inclusión de cláusulas abusivas, en aras de reequilibrar la asimetría contractual entre quienes tienen el poder de negociación y el conocimiento acerca de todo el proceso de producción y los consumidores – de cuya menor capacidad negocial se parte”. (Valbuena, 2013, p. 399). También José Manuel Gual, argumenta en favor de la necesidad de establecer por ley un control específico sobre las cláusulas abusivas el hecho de que “en la parte del débil existe una potencial falta de comprensión de los contenidos contractuales que prerreducta la parte fuerte, bien por desconocimiento de los contenidos, o por falta de claridad en éstos” (Gual, 2009, p. 32).

derechos del extremo contractual cuya autonomía de la voluntad se ha reducido a aceptar o rechazar el clausulado” (Valbuena, 2013, p. 399), desde un punto de vista formal, la inclusión de la cláusula que autoriza la compensación en los contratos de cuenta de ahorros, por sus características y efectos podría llegar a determinarse como una cláusula abusiva, en la medida en que cumple con las siguientes características en criterio del Profesor Rodríguez Yong (2013):

- a) Por tratarse de un contrato enteramente de adhesión, es claro que la parte adherente no ha tenido la oportunidad de negociar la inclusión o no, de la cláusula de compensación en el contrato.
- b) Como lo ha sentado la jurisprudencia, la entidad financiera ejerce una posición dominante en relación con los consumidores financieros, que en muchos de los casos son trabajadores asalariados. De este hecho se extrae que su poder de negociación frente al banco, es nula.
- c) El consumidor financiero como parte débil, no cuenta con una verdadera posibilidad de rechazar el contrato o la cláusula, máxime si se tiene en cuenta que la mayoría de entidades bancarias incluyen la cláusula de compensación en sus contratos de cuenta corriente.
- d) El consumidor financiero como parte débil de la relación contractual, en la mayoría de los casos no cuenta con el nivel de sofisticación técnico y razonable que le dé la plena capacidad de entender su contenido.

La Ley 1328 de 2009 exhibe un catálogo de cláusulas y prácticas cuya inclusión está prohibida en los contratos de adhesión celebrados entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.<sup>25</sup> Este estatuto consagra las consecuencias generales derivadas de la inclusión de una estipulación allí definida como cláusula o práctica abusiva.

<sup>25</sup> Por su parte, las cláusulas abusivas en el régimen de protección al consumidor previsto por la Ley 1480 de 2011, da un tratamiento más amplio y sistemático de estas cláusulas, estableciendo su definición (artículo 42), el derecho de los usuarios a ser protegidos de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (artículo 3º), la relación de las cláusulas consideradas como abusivas (Artículo 43) y la ineficacia de pleno derecho y la nulidad como consecuencia de la inclusión de las cláusulas abusivas en los contratos (Artículos 42 al 44) (Valbuena, 2013).

De esta manera, este estatuto sanciona las cláusulas abusivas con la ineficacia de pleno derecho, pues en su artículo 11 establece de manera expresa que “cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero”. Así mismo, prohíbe a las entidades financieras en el artículo 7º, literal e), “incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales” o “convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual” (Ley 1328, 2009, art. 11).

No obstante, frente a las prácticas abusivas, la única consecuencia se identifica tímidamente en el parágrafo del artículo 12 de la Ley 1328 de 2009, según el cual: “las prácticas abusivas están prohibidas (...) y serán sancionables conforme lo dispone la Superintendencia Financiera de Colombia y la ley”.

En este punto, se advierte la necesidad de que la Superintendencia Financiera consagre la figura de compensación en cuentas de ahorro de nómina como una cláusula abusiva siempre que la misma derive en la afectación grave de los derechos de los trabajadores como se ha demostrado a lo largo de este artículo, y en tal sentido deje de ser contemplada como una práctica abusiva, enfocada a un deber de información al consumidor financiero poco claro, cuya consecuencia en nada mitiga, remedia, ni protege los derechos vulnerados del consumidor afectado por la aplicación de la cláusula.

Finalmente, en esta materia se echa de menos que la Ley 1480 de 2011 que, a diferencia de la Ley 1328 de 2009, aborda de manera contundente el asunto de las cláusulas abusivas al facultar a la Superintendencia de Industria y Comercio para “ordenar modificaciones a los clausulados generales de los contratos de adhesión cuando sus estipulaciones sean contrarias a lo previsto en esta ley o afecten los derechos de los consumidores” (Ley 1480, 2011. núm. 14, art. 59). Esta debería ser una facultad de la Superintendencia Financiera aplicable a sus entidades vigiladas en casos análogos.

## Conclusiones

El rápido desarrollo e innovación del mercado financiero, aumenta la difusión masiva de productos financieros entre trabajadores, personas de bajos ingresos y bajos niveles de escolaridad, que se enfrentan al abuso por parte de las instituciones financieras, quienes, en uso de su poder dominante, imponen una serie de estipulaciones contractuales, que como en el análisis propuesto, en algunos casos derivan en la afectación de sus derechos.

Como se ha propuesto en esta revisión, ante las particularidades que rodean la aplicación de la compensación en las cuentas de ahorro de nómina que constituyen en su mayoría los trabajadores, es menester que, tratándose de este tipo de contratos, se impongan límites claros a las entidades financieras que exijan la adopción de condiciones más favorables para los consumidores e impidan la aplicación arbitraria y abusiva de cláusulas, que por la naturaleza del servicio financiero, pueden resultar poniendo en riesgo o vulnerando los derechos de los titulares de los depósitos.

En la aplicación de figuras como la compensación, se debe imponer un verdadero deber de información, que dirija un mayor esfuerzo a la protección de grupos especialmente vulnerables, los cuales requieren de un mayor grado de protección, información y educación en materia financiera, que les permita comprender adecuadamente los riesgos y las oportunidades financieras, y de esta manera puedan tomar decisiones informadas que mitiguen la vulneración de sus derechos, máxime cuando acceden a productos financieros vinculados con sus ingresos laborales y otros derechos conexos.

Existen en el mercado productos financieros, como el caso de las cuentas de ahorro de nómina, de los cuales se derivan o se hacen efectivos el goce de derechos como el pago oportuno del salario y el mínimo vital, que hacen necesario que el desenvolvimiento de estas relaciones contractuales impongan límites a la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación que le asiste a las entidades financieras, a fin de que la masificación del consumo de los servicios financieros no se sobreponga a la garantía de los derechos de los titulares de los depósitos.



Además, se hace necesario que cláusulas como la compensación en cuentas de ahorro en la modalidad de nómina, cuya aplicación es lesiva de derechos mínimos de los trabajadores, prevengan un verdadero régimen de protección que impida que este tipo de cláusulas se siga incluyendo y aplicando sin ningún tipo de control por parte de la Superintendencia Financiera.

## Referencias

- Arrubla Paucar, J. (2013). La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano. En C. Valderrama, (dir.), *Perspectivas del Derecho del Consumo* (pp. 355-388). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Banca de las Oportunidades. (2017). *Reporte Trimestral de inclusión financiera*. Recuperado de <https://bancadelasoportunidades.gov.co/sites/default/files/2018-03/REPORTE%20TRIMESTRAL%20DICIEMBRE%202017.pdf>
- Banca de las Oportunidades. (2018). *Reporte de inclusión financiera 2017*. Recuperado de [https://bancadelasoportunidades.gov.co/sites/default/files/2018-07/RIF%202017%20LIBRO%20FINAL\\_WEB%2002\\_1.pdf](https://bancadelasoportunidades.gov.co/sites/default/files/2018-07/RIF%202017%20LIBRO%20FINAL_WEB%2002_1.pdf)
- Claro Solar, L. (1979). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Calderón Villegas, J. (2013). La constitucionalización del Derecho Privado. *La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia* (2da Edición). Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Calderón Villegas, J. (2004). Constitucionalización del derecho comercial desde la dogmática de los márgenes de acción. Precedente. *Revista Jurídica*, 1, 49-78.
- Calderón, J. J. (2004). Constitucionalización del Derecho Comercial desde la dogmática de los márgenes de acción. Precedente. *Anuario Jurídico*, 49-78.
- Calderón, J. J. (2005). Los sistemas de constitucionalización del derecho privado en Colombia: a propósito de los casos “el incendio del centro comercial de la 17” y “el avalista ciego”. *Jurídicas*, vol. 2 (núm. 2), 103-122.
- Cárdenas Mejía, J. (2007). Justicia y abuso contractual. En, F. Mantilla y F. Terner (eds.). *Los contratos en el derecho privado* (pp. 693- 720). Bogotá: Legis, Universidad del Rosario.
- Colprensa (22 de mayo de 2016). *Estos son los cambios que tendrán las cuentas de ahorro en Colombia*. Recuperado de <http://www.elcolombiano.com/nego->

- cios/finanzas/estos-son-los-cambios-que-tendran-las-cuentas-de-ahorro-en-colombia-YX4189436
- Corte Constitucional de Colombia, (23 de junio de 1993) Sentencia T - 240. (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Congreso de Colombia. (09 de junio de 2015). Plan Nacional de Desarrollo 2104-2018 “Todos por un nuevo país”. [Ley 1753 de 2015]. DO: 49538
- Congreso de Colombia. (15 de abril de 1887). Código Civil [Ley 57 de 1887]. DO: 7019
- Congreso de Colombia. (12 de octubre de 2011). Estatuto del Consumidor. [Ley 1480 de 2011]. DO: 48220
- Congreso de Colombia. (15 de julio de 2009). Normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. [Ley 1328 de 2009]. DO: 47411
- Congreso de Colombia. (05 de agosto de 1950). Código Sustantivo del Trabajo. [Decreto Ley 2663 de 1950] DO: 27407
- Congreso de Colombia. (27 de marzo de 1971). Código de Comercio. [Decreto 410 de 1971]. DO: 33339
- Congreso de Colombia. (27 de abril de 2012). Marco general para la libranza o descuento directo. [Ley 1527 de 2012]. DO: 48414
- Comisión Intersectorial para la inclusión financiera. (2016) Estrategia Nacional de Inclusión Financiera en Colombia. Recuperado de [http://bancadelasoportunidades.gov.co/sites/default/files/2018-02/ESTRATEGIA%20NACIONAL%20DE%20INCLUSI%C3%93N%20F\\_0.pdf](http://bancadelasoportunidades.gov.co/sites/default/files/2018-02/ESTRATEGIA%20NACIONAL%20DE%20INCLUSI%C3%93N%20F_0.pdf)
- Corte Constitucional de Colombia, (20 de enero de 1995) Sentencia T - 014 (MP Alejandro Martínez Caballero)
- Corte Constitucional, (22 de octubre de 1998) Sentencia T - 602 [MP Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional, (27 de abril de 2000) Sentencia T - 449 [MP Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional, (27 de enero de 2000) Sentencia T - 065 [MP Alfredo Beltrán Sierral].
- Corte Constitucional, (05 de junio de 2003) Sentencia T - 468 [MP Rodrigo Escobar Gill].
- Corte Constitucional, (15 de febrero de 2008) Sentencia T - 147 [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional, (3 de diciembre de 2013) Sentencia T - 891 [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

- Cubides Camacho, J. (2012). *Obligaciones*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Departamento Nacional de Planeación (2018). Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Tomo I. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND%202014-2018%20Tomo%20I%20internet.pdf>
- Giraldo Bustamante, C. (2014). *El contrato y la justicia: una relación permanente y compleja*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gual Acosta, J. M (2009). El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución. *Revista IUSTA*, 15-44.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (02 de abril de 1993). Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. [Decreto 663 de 1993] DO: 40820
- Monsalve Caballero, V. (2012). La responsabilidad precontractual por violación de la obligación de información en la nueva ley de protección al consumidor. *Vniversitas*, (núm. 125), 219-255.
- Monsalve Caballero, V. & Rodado Barreto, D. (2010). La importancia de la obligación de información en las relaciones financieras de consumo. Una aproximación económica y jurídica. *Revista de Derecho*, 158-182.
- López-Castro, Y. (2016). Viviendo bajo un contrato: La constitucionalización del derecho contractual. *Juridicas*, 13(1), 82-99.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2011). G20 high-level principles on financial consumer protection. Recuperado de: <https://www.oecd.org/g20/topics/financial-sector-reform/48892010.pdf>
- Ospina Fernández, G. (2005). *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Plata López, L. & Monsalve Caballero, V. (2014). La interpretación contractual: estudio desde la jurisprudencia colombiana y la entrada en vigencia del nuevo estatuto de protección a los consumidores (NEC) ley 1480 de 2011. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 17-46.
- Rodríguez Yong, C. (2013). Una aproximación a las Cláusulas Abusivas. Bogotá: Legis Editores.
- Salgado Ramírez, C. (2013). Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo. En C. Valderrama (dir.), *Perspectivas del Derecho del Consumo* (pp. 303-354). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Suárez Manrique, W. Y. (2014). La Constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Vniversitas*, 317-352.
- Superintendencia Financiera, (01 de febrero de 2002) Concepto 2001050769-1. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/18728>

- Superintendencia Financiera, (03 de febrero de 2004) Concepto 2003061116. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/18993/dPrint/1/c/00>
- Superintendencia Financiera, (10 de octubre de 2007). *Concepto 2007011530*. Recuperado de [https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Conceptos2007/20070115\\_30.pdf](https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Conceptos2007/20070115_30.pdf)
- Superintendencia Financiera, (10 de julio de 2008). *Concepto 2008041762*. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Conceptos2008/2008041762.pdf>
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2014). *Circular Básica Jurídica*. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/circular-basica-juridica---10083443>
- Superintendencia Financiera. (2017). *Lista general de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia*. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/lista-general-de-entidades-vigiladas-por-la-superintendencia-financiera-de-colombia-61694>
- Valbuena Quiñones, G. (2013). Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia. C. Valderrama, C. (dir.), *Perspectivas del Derecho del Consumo* (pp. 389-434) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.