



Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor República de Panamá

INFORME TÉCNICO JURÍDICO N° 4

JUNIO, 1998

Significado y efectos de la sustracción parcial de los "usuarios de servicios bancarios", del ámbito de aplicación de las normas de "Protección al consumidor" contenidas en la Ley 29 de 1996 y su inserción a un nuevo régimen de "Protección al Usuario del servicio bancario" contenido en el Decreto Ley N° 9 de 1998: "Por el cual se reforma el régimen bancario y se crea la Superintendencia de Bancos".

RESUMEN

***Las definiciones de proveedor y consumidor o usuario, contenidas en el Decreto-Ley N°9 de 1998, no son consistentes con la razón de ser de todas las normas especiales para proteger a los usuarios de servicios bancarios, tanto desde el punto de vista de la legislación comparada como desde del punto de vista de la legislación interna.**

***La reasignación, de manera no muy clara, de las funciones de supervisión, control y sanción para el cumplimiento de las normas de protección al usuario del servicio bancario, de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor hacia la Superintendencia de Bancos, deja a los usuarios en condiciones técnicas no muy efectivas para su adecuada protección.**

***La inserción de una norma que exceptúa de nulidad toda cláusula contractual que se conforme con los usos prácticos bancarios torna ineficaz el resto de la normativa que prohíbe las cláusulas abusivas.**

ELABORADO POR LA DIRECCIÓN EJECUTIVA LEGAL DE LA CLICAC .

Antecedentes.

El cambio de orientación en la política económica panameña durante los últimos años implica que el desarrollo económico del país descansará cada vez más en el desarrollo de los mercados. Una renovada política de competencia es el complemento natural y necesario de dichos cambios. Ante la puesta en práctica de una doctrina comercial libre y abierta en nuestro país, se debe buscar la máxima eficiencia por parte de los agentes económicos, a fin de que puedan ser competitivos en el nuevo esquema. Este sistema debe tener como marco de referencia la concretización de ciertas normas jurídicas que promuevan el "libre mercado" pero que a la vez erradiquen aquellas conductas, de algunos agentes económicos, que sean perjudiciales para los consumidores. Por ello, la Ley 29 de 1996, concentra, en nuestro país, toda una normativa novedosa y necesaria para el buen funcionamiento de los mercados y de las relaciones de consumo, y busca, principal y preferentemente, consolidar los beneficios sociales que se esperan de las nuevas corrientes comerciales.

La Ley 29 de 1996 constituye, por lo tanto, uno de los pilares importantes en esta nueva dirección que el Estado panameño le ha dado a la economía. Además, constituye un movimiento conjunto y coordinado, en todos los países del mundo, para consolidar criterios de desarrollo uniforme y válidos sobre los cuales descansan las expectativas del comercio.

Las normas de protección al consumidor, descritas en el Título II de la Ley 29 de 1996, son una serie de derechos, nada nuevos desde la perspectiva internacional, que se han venido a resumir en un sólo cuerpo normativo, poniendo a nuestro país a tono con las corrientes más actualizadas en la materia.¹

Recordemos que, pese que las leyes exigen equidad y buena fe en todos los actos y conductas comerciales que se realicen (véase el artículo 214 del Código de Comercio), en la sociedad de consumo en la que vivimos hoy día, caracterizada por la masividad en las transacciones comerciales y la consiguiente práctica de celebrar contratos de adhesión, la realidad demuestra que la forma en que se desenvuelven las relaciones entre los agentes económicos y los consumidores no siempre se distinguen por sus atributos de buena fe y equidad. En muchos casos, el agente comercial se vale de artimañas para engañar al consumidor con el fin de atraerlo a una transacción, ya sea no dando información suficiente o bien dándola distorsionada, en otros casos ostenta y se atribuye, en su relación, muchas más facultades que las legalmente compatibles con la relación particular de consumo de que se trate. Lo último se da sobre todo en casos en que el agente económico goza de una posición de superioridad frente a un consumidor en el mercado. Por ello, y en base a reiteradas experiencias de muchos países, se han establecido los derechos del consumidor, en un cuerpo normativo ágil, con un ente

¹ Mediante Resolución 39/248 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de abril de 1985, se establece las Directrices de Protección al Consumidor.

regulador especializado para investigar y sancionar en estos temas y con tribunales que conozcan las controversias entre consumidores y proveedores, de manera sumaria y especializada.

Esto garantiza que no habrá distorsiones en el mercado, producto de ejercicios abusivos en contra de los consumidores, por parte de algunos agentes malintencionados que participan en dicho mercado.

Hoy en día no cabe duda, a nivel mundial, de que constituyen derechos inalienables de los consumidores, entre otros:

- a) El acceso a información clara, veraz y suficiente a efectos de que se pueda ejercer libremente el derecho a elegir de entre los distintos proveedores que participan del mercado.
- b) El respeto a la dignidad humana mediante la limitación al ejercicio abusivo de la "autonomía de la voluntad", sobre todo al predisponer las cláusulas de los contratos de adhesión.
- c) El poder recurrir a una autoridad especializada con capacidad para investigar, plantear soluciones y/o sancionar en casos de incumplimiento.

Nuestro país no se escapa de esta corriente normativa protectora, en diferentes aspectos de las relaciones de consumo, sobre todo en el equilibrio que debe haber en toda contratación; lo que significa, evitar que el agente comercial, por su evidente poder económico y de negociación, se atribuya concesiones y se limite en las obligaciones que constituyen el regular ejercicio de su actividad.²

La Ley 29 de 1996, cubre los aspectos antes mencionados.

No obstante lo anterior, varios han sido los sectores económicos de nuestro país que han ofrecido una resistencia al cambio y a las nuevas reglas de la actividad comercial, y han pretendido sustraerse en la medida de lo posible del ámbito de aplicación de tales normas. El caso de la Asociación Panameña de Bancos resultó ser un poco diferente. Ellos alegaban que las normas contenidas en la Ley 29 de 1996, en materia de protección al consumidor y que resultaban aplicables a la actividad bancaria, eran un poco imprecisas o vagas pues no se redactaron pensando en las particularidades de dicha actividad comercial.

Con un espíritu abierto, de conciliación y de búsqueda de los mejores intereses de la

² A nivel doctrinal se ha establecido que el ejercicio abusivo de la facultad (impuesta por razones prácticas) de predisponer del contrato se traduce en cláusulas exonerativas de responsabilidad, cláusulas equívocas, cláusulas redactadas maliciosamente (tecnicismo y extensión innecesario), cláusulas potestativas en las cuales el predisponente fija cuando lo estime oportuno, cuestiones esenciales del contrato. Encontramos también cláusulas sorpresivas, que son aquellas que aparecen en el reverso del contrato, donde el cliente no firma, las que forman parte de los contratos impresos en letras pequeñas de difícil lectura y comúnmente extensos. Son también bastante utilizados los llamados contratos de condiciones generales con los que pretenden regular todas las contrataciones que el cliente realice y que suelen poseer cláusulas que lesionan el equilibrio contractual.

colectividad, la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, a petición de la Comisión Redactora de la Ley Bancaria, participó en varias reuniones con la Asociación Panameña de Bancos para encontrar puntos de equilibrio en la aplicación de normas de protección a los usuarios de los servicios bancarios.

Una primera discusión fue la conveniencia o no de elaborar un régimen especial para la banca, a lo cual nos opusimos; sin embargo era necesario precisar algunos aspectos redactados en términos muy amplios en la ley 29 de 1996, lo cual no era posible utilizando la vía de una modificación a dicha ley, por lo que se accedió a incorporar un capítulo especial en el Decreto-Ley 9 de 1998, el cual no implicaba de manera alguna la sustracción total de la aplicación de la Ley 29 al sector bancario, más sí una mayor precisión en cuanto a la aplicación de la misma.

Habiendo acordado lo anterior, se procedió entonces a discutir aquellos aspectos de la Ley 29, que a juicio de la Asociación requerían de una mayor precisión. De esas discusiones salió un anteproyecto consensuado que fue remitido a la Comisión Redactora de la Ley Bancaria, aprobándose finalmente un texto un poco diferente.

De hecho, el Título V- PROTECCIÓN AL USUARIO DE LOS SERVICIOS BANCARIOS del Decreto Ley No. 9 de 1998, tiene como antecedente inmediato el texto concretado bajo consenso, excepto por algunas normas y disposiciones que fueron introducidas posteriormente, sin consulta previa y las cuales, dada su trascendencia, son el objeto del presente estudio técnico.

NORMATIVA COMPARADA DE PROTECCION A LOS USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS O CONSUMIDORES DE CREDITO.

Son muchísimas las normas que existen en el Derecho Comparado y que regulan las relaciones de crédito de consumo entre proveedores y usuarios (no sólo a nivel de bancos sino además a nivel de otros intermediarios financieros); no obstante pudiéramos establecer una clasificación, con respecto a las que interesa utilizar como referencia, en dos grandes categorías, a saber:

- A) Las del Derecho Comunitario Europeo,
- B) Las del Derecho Anglosajón (Norteamericano).

Es necesario recordar que cada Estado determina, en ejercicio de su potestad soberana, las actividades internas que requieren de alguna regulación especial. De ahí que exista la más diversa variedad de normas jurídicas que regulan el tema en estudio, variando no solo en cuanto a forma regulatoria, sino también en cuanto al contenido de la legislación. Uno de los aspectos básicos más disímiles es el del concepto de proveedor, consumidor y relación de crédito de consumo, para los efectos de protección especial.

No obstante lo anterior, se puede afirmar que todas las legislaciones se han preocupado

de regular, en forma especial, las relaciones entre proveedores y usuarios de crédito, en por lo menos algunos de los siguientes aspectos:

- a) suministro de información suficiente y veraz (antes, durante y después de la ejecución del contrato), que algunos denominan transparencia bancaria,
- b) abusos en la práctica bancaria (en la etapa de formación del contrato y en la etapa de ejecución del contrato),
- c) regulación de tarifas (específicamente el monto y método de cálculo de las tasas de interés) ,
- d) aplicación de la ley (autoridades competentes y mecanismos de ejecución eficientes).

Estos temas fueron en gran medida, aunque en forma genérica, cubiertos por la Ley 29 de 1996 y actualmente lo son, aunque de manera no muy satisfactoria, por las disposiciones contenidas en el nuevo Decreto Ley N°9 de 1998, que regula la banca. No obstante como ya se adelantó, hay algunas disposiciones que no resultan satisfactorias a efectos de nuestra realidad nacional, ni al compararlas con normas de otros países, sobre todo en lo que al concepto de "relación de crédito al consumo" se refiere, que a fin de cuentas es la que interesa proteger de manera especial; en cuanto a cláusulas abusivas en la contratación; y en cuanto al (los) ente (s) competente (s) que habrá (n) de supervisar, controlar y sancionar por el incumplimiento de las normas establecidas.

Pasemos a analizar algunos de los aspectos de la normativa comparada existente, con respecto a los temas enunciados anteriormente.

Derecho Anglosajón (Estados Unidos de Norteamérica).

El sistema anglosajón se distingue por ser eminentemente jurisprudencialista (los tribunales de justicia van creando normas a través de sus fallos, los cuales son vinculantes hacia futuro). El sistema resulta ser flexible, pues permite a los jueces ir adecuando el Derecho a las necesidades prácticas de cada tiempo. De ahí que el Derecho Anglosajón, por lo peculiar de su sistema, está construido sobre la base de sus precedentes. No obstante lo anterior, existen disposiciones legales (Estatutos) que orientan determinados aspectos, siendo la protección del usuario o de los consumidores de crédito uno de ellos. Estos Estatutos normalmente se redactan en términos generales pues corresponderá a los jueces crear las normas muy especiales a cada caso; en otros casos se pueden encontrar Estatutos muy técnicos.

En ese sentido, podemos encontrar normas jurídicas de carácter federal, aplicables en todos los Estados de la Federación; normas jurídicas de carácter estatal, aplicadas individualmente por cada Estado de la Federación, normas jurídicas de carácter municipal y normas jurídicas que emanan de entidades administrativas.

Un inventario de las normas vigentes en dicho país se resume así:

Disposiciones Estatutarias:

- a) Código Uniforme de Comercio (Uniform Commercial Code), el cual contiene muy pocas normas en materia de protección al consumidor,
- b) Ley de préstamos pequeños (Small Loan Act), que tuvo sus orígenes en 1916 y regula la conducta de prestamistas especializados en préstamos de consumo a tarifas mucho más altas que las concebidas en leyes de usura;
- c) Código Uniforme de Crédito de Consumo (Uniform Consumer Credit Code ó U3C). Esta disposición fue promovida a nivel gubernamental en el año 1968 y modificada en el año 1974 y tiende a ser pro industrial o comerciante.
- d) Ley Nacional de Consumo (National Consumer Act ó NCA), la cual fue promovida en el año 1969 por los grupos de consumidores, como reacción al Código anteriormente enunciado, y revisada en el año 1973 para ser propuesta como Modelo de Ley al Crédito de Consumo (Model Consumer Credit Act ó MCCA) y tiende a ser pro consumidor .

Disposiciones Legales Federales:

- a) Ley de Protección al Crédito de Consumo (The Consumer Credit Protection Act) aprobada por el Congreso en 1968 y modificada sustancialmente en 1982. El capítulo uno (1) es la conocida “ Ley de la Verdad en el prestar” (TRUTH IN LENDING ACT) la cual establece obligaciones relacionadas con el suministro de información al consumidor o usuario. Otros capítulos se refieren a Prácticas justas de facturación, arrendamientos de consumo, igualdad de oportunidades al crédito, prácticas justas de cobranza, intercambio electrónico de fondos, etc. La Directiva Federal de la Reserva (Federal Reserve Board) elaboró la denominada Regulación Z (Regulation Z) a fin de completar los vacíos encontrados.
- b) Ley de la Comisión Federal de Comercio (The Federal Trade Commission Act) la cual le confiere a dicha Comisión amplios poderes en relación con actos o prácticas engañosas en el comercio.

Existen Estados que han adoptado uno u otro de los antes mencionados, con leves variantes, y Estados que han adoptado una especie de híbridos, lo cual trae como consecuencia que no haya una verdadera uniformidad legislativa.

También existen a nivel estatal las llamadas leyes de actos o prácticas injustas o engañosas (UDAP Statutes/unfair or deceptive acts or practices).

Pese a que la legislación es extensa, variada y no es uniforme, aunque se pretende o aspira a que lo sea, se puede hacer un análisis de lo que establecen las principales disposiciones legales en los temas que indicamos que nos interesaban.

RELACION DE "CREDITO DE CONSUMO" OBJETO DE REGULACION

Dado que no existe una sola disposición legal que proteja al consumidor o usuario en general y al consumidor o usuario de los créditos de consumo en particular, sino una multiplicidad de ellas que regulan diferentes aspectos de sus relaciones; en algunos casos en los que se ha pretendido excluir de aplicación una norma, se ha utilizado el método de definir para efectos de dicha ley. De ahí que encontremos algunas definiciones restrictivas en algunas leyes.

No hemos encontrado definiciones restrictivas en materia de suministro voluntario de información (normas sobre publicidad engañosa), ni sobre prácticas abusivas, ni sobre la competencia de entidades federales, estatales y/o municipales reguladoras de la protección al consumidor.

Donde sí existe una clara definición restrictiva es en el denominado “ Truth in Lending Act”, que establece la obligación de suministrar información; en el mismo se dispone que sus normas son aplicables a los “préstamos de consumo” (entiéndase los préstamos para uso personal, familiar o residencial) hechos a personas naturales hasta un monto de U.S.\$25,000.00 y a todos los préstamos de consumo hechos a personas naturales garantizados con bienes inmuebles, sin consideración a la cuantía.

CLAUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACION BANCARIA

El Derecho Anglosajón (Norteamericano) tiene una infinidad de disposiciones aplicables a los créditos de consumo a efectos de evitar un ejercicio abusivo de los poderes de que disponen los bancos al momento de contratar con un usuario de sus servicios. Estas disposiciones regulan posibles abusos en cada una de las etapas del contrato: durante la formación del contrato, durante la ejecución del contrato y luego de celebrado.

Hay normas que se crearon para garantizar algún acceso para los usuarios al mercado, prohibiendo la discriminación en el otorgamiento de créditos. Otras normas regulan cláusulas abusivas como las que establecen términos desproporcionados, tienden a reducir los derechos del consumidor, disponen métodos de recuperación de créditos que son injustos, establecen límites a los montos de interés (normas de usura)etc.

ENTE REGULADOR DE LAS RELACIONES DE CREDITO DE CONSUMO

Dado que los Estados Unidos de América es un Estado Federado, el mismo está constituido por un conjunto de Estados que forman en total la Federación. Desde el punto de vista jurídico esto incide significativamente toda vez que acrecenta el número de disposiciones legales que regulan una misma materia y la cantidad de entidades gubernamentales que pudieran tener competencia con respecto a ciertos temas.

Es el caso de la protección al consumidor o usuario de los servicios bancarios.

Como ya adelantamos, el Derecho Norteamericano, por ser sistema anglosajón es eminentemente jurisprudencialista, pero además existen disposiciones legales Federales,

Estatales y municipales. Esto implica que las controversias que se susciten entre proveedores y consumidores o usuarios de los servicios de crédito quedará sujeta bajo la jurisdicción judicial en algunos casos, y bajo Entidades Gubernamentales, federales (como el Federal Trade Commission) o Estatales o municipales.

Cabe señalar que los bancos en los Estados Unidos están sujetos a supervisión financiera y exámenes regulares por agencias federales tales como la Directiva Federal de la Reserva (Federal Reserve Board) y La Oficina del Contralor de Moneda (Office of the Comptroller of Currency) y además por algunas estatales como los Departamentos Estatales de Banca (State Banking Departments).

De lo anterior se desprende que existe una clara distinción entre la supervisión financiera de los bancos y la supervisión en materia de protección al consumidor o usuario.

DERECHO EUROPEO

Los países integrantes de la Comunidad Económica Europea han estado tratando de uniformar su legislación a través de la adopción de Directivas comunitarias, que los países habrán de utilizar como modelo para la adopción de su legislación interna. El tema de protección a los usuarios de servicios bancarios o bien consumidores de crédito ha sido tratado por las Directivas 87/102 del 22 de diciembre de 1986 (sobre crédito al consumo) modificada por la Directiva 93/13 del 5 de abril de 1993 (para el unificar el método de cálculo del porcentaje anual de cargas financieras) y la Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993 (sobre cláusulas abusivas en la contratación celebrada con consumidores).

RELACION DE "CREDITO DE CONSUMO" OBJETO DE REGULACION

Las Directivas enunciadas regulan las relaciones de crédito de consumo en términos generales o sea de manera comprensiva (abarca todo proveedor de crédito y no sólo bancos y se estima relación de crédito aquella mediante la cual una persona natural o jurídica o un grupo de estas, en el curso de su actividad comercial o profesional, otorga un crédito a una persona natural para propósitos ajenos a su actividad profesional o comercial) y luego establecen algunas excepciones. No obstante, a diferencia de los Estados Unidos, las normas que regulan la transparencia bancaria son aplicables en todos los casos, sin distinción de ninguna clase y sin perjuicio de la aplicación de normas generales de contratación privada.

Las excepciones se contemplan por razón de cuantía (créditos inferiores a 200 ECUS ó superiores a 20,000 ECUS), por razones de temporalidad de la operación (se excluyen créditos con plazo de pago de hasta tres meses) , de orden objetivo (se excluyen los créditos para la adquisición de inmuebles, contratos de arrendamiento, y contratos con la intervención de Notario), razones de orden funcional (se excluyen créditos gratuitos) .

CLAUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACION BANCARIA

La Directiva 93/13 establece toda una serie de cláusulas que habrán de considerarse abusivas tales como: las que excluyan o limiten la responsabilidad legal de un proveedor; las que excluyan o limiten los derechos del consumidor o usuario; las que permitan al proveedor retener sumas en caso de cancelación anticipada; las que establezcan sumas desproporcionadas a pagar en caso de incumplimiento; las que autoricen al proveedor a cancelar discrecionalmente el contrato, entre otras.

ENTE REGULADOR DE LAS RELACIONES DE CREDITO DE CONSUMO

Este tema no es uniforme y obedece más bien a políticas internas de cada país. No obstante, lo que sí es cierto es que existen entidades especializadas encargadas de velar por el cumplimiento de las normas de protección al consumidor.

ANALISIS DEL TITULO V- PROTECCION AL USUARIO DE LOS SERVICIOS BANCARIOS - DEL DECRETO-LEY N°9 DEL 26 DE FEBRERO DE 1998.

Especial atención se debe dar a la consecuencia de la definición de "banca de consumo", que se puede deducir de las definiciones dadas, en la ley, de "Proveedor" y "Consumidor o usuario" y que es la determinante para el acceso a las normas especiales de protección. Conforme a la misma, en adelante existirán dos tipos de usuarios de servicios bancarios: unos que tendrán acceso a las normas de protección al consumidor y otros (la inmensa mayoría) que no.

El concepto "banca de consumo" se ha establecido para caracterizar un tipo de operación bancaria donde el crédito posee poca garantía o aval, y es de corto plazo.

Así nos lo informa la doctrina:

*'Los préstamos de consumo y préstamos a la pequeña empresa tienen como distintivo, con respecto a las demás operaciones crediticias, una especial atención para el otorgamiento de crédito a usuarios que generalmente constituyen no un fuerte aval sobre las operaciones crediticias.'*³

*'Los préstamos de consumo y préstamos a la pequeña empresa son de interés tanto de los usuarios como de los proveedores de los bienes que se adquieren con el dinero de las operaciones crediticias. Estos créditos presentan una utilidad social indiscutible, sobre todo cuando facilitan la compra de instrumentos de trabajo.'*⁴

'El crédito a corto plazo o de consumo es peculiar de los bancos de depósitos, que captan

³ Alfredo C. Rodríguez, *Técnica y Organización Bancarias*, - Manual del Banquero- Ediciones Macchi, Argentina .

⁴ Jacques Ferronière, *Las Operaciones Bancarias - Fondo Editorial de Derecho Y Economía- La Ley, Editora e Impresora, República Argentina.*

*la mayor parte de sus recursos mediante la recepción de depósitos en cuenta corriente, así reciben también depósitos a término y de ahorro.' 'Por eso los recursos a corto plazo se utilizan, en principio, en préstamos de la misma naturaleza, generalmente a favor de comerciantes que movilizan y liquidan sus inventarios con rapidez, o particulares para gastos de consumo.'*⁵

Génesis de la desprotección al usuario de los servicios bancarios determinada por la definición de Usuario Bancario contenida en el artículo 139 del Decreto Ley 9 de 1998.

Tal como quedó indicado con anterioridad, el artículo 139 en cuestión, establece la distinción de dos tipos de Usuarios de servicios bancarios, a saber:

1. Usuarios de servicios bancarios protegidos por las normas de Protección al Consumidor del propio Decreto- Ley Bancario y de la Ley 29 de 1996.

Se encuentran protegidos por las normas de protección al consumidor:

- a) Las **personas naturales** que soliciten un financiamiento de treinta y cinco mil balboas (B/. 35,000) o menos, destinado a una operación de consumo de él o de su familia, o para la construcción o mejora de su vivienda siempre que la utilización o inversión de los fondos se lleve a cabo en la República de Panamá.
- b) Las **personas jurídicas** que sean consideradas al tenor del Decreto-Ley como pequeñas empresas, en cualquier transacción que no exceda de treinta y cinco mil balboas (B/. 35,000). La ley bancaria define pequeñas empresas como las que tienen en activos y capital social hasta cien mil balboas (B/.100,000) y cuyas ventas o prestación de servicio no excedan de cien mil balboas (B/. 100,000) anuales.

2. Usuario de servicio bancarios que NO se encuentra protegido por las normas de protección al Consumidor que establecen el propio Decreto-Ley Bancario y la Ley 29 de 1996.

No tienen acceso a las normas de protección al consumidor:

- a) Las **personas naturales** que contraten un financiamiento (préstamo) para su consumo personal o familiar o para construcción o mejoramiento de vivienda, por encima de treinta y cinco mil balboas (B/. 35,000).
- b) La **persona natural** cuyo financiamiento (sin importar el monto) se utilice en forma

⁵ Sergio Rodríguez Azuero- Contratos Bancarios- Biblioteca Felaban - Colombia.

diferente al consumo personal o familiar o para mejoramiento o construcción de su vivienda.

c) La **persona natural** que contrate o adquiera cualquier servicio o producto bancario diferente a un contrato de financiamiento.

d) La **persona jurídica** cuyos activos y capital social excedan de cien mil balboas (B/.100,000).

e) La **persona jurídica** cuyas ventas o servicios anuales excedan de cien mil balboas (B/.100,000).

Es muy importante anotar que la definición del artículo 139 del Decreto Ley 9, **crea una discriminación** para el acceso a derechos consagrados en la Ley 29 de 1 de febrero de 1996. Esta discriminación, **constitucionalmente prohibida**, se traduce en limitaciones al acceso de algunas personas naturales y jurídicas a las Normas de Protección al Consumidor establecidas en el Título II de la Ley 29 de 1996 y a las que se establecen en el Título V del Decreto Ley 9 de 1998.

Entendemos que en algunos casos, como los vimos en el análisis de la legislación comparada, se den excepciones a la aplicación de **algunas** normas de protección al consumidor, pero resulta inconcebible el que se excluya de la **totalidad** de las normas de protección a ciertos usuarios

También resulta inconcebible el que se considere como base para la determinación de la protección de normas especiales, un **monto que en cualquier caso siempre será arbitrario** y que en el peor de los casos resulta incongruente con ciertos criterios ya existentes en nuestra legislación como es el caso de los préstamos con interés preferencial, en los que el legislador consideró como acreedores a tal facilidad, los préstamos hasta B/.62,500.00

Finalmente en este aspecto, también resulta inconcebible el que queden sometidos a las normas de protección al consumidor **únicamente los financiamientos** cuando es bien sabido que las actividades u operaciones bancarias no se agotan en este tipo de contratos.

DESPROTECCIÓN AL USUARIO BANCARIO

Implicaciones que conlleva la calidad de excluido de las normas de protección al Usuario Bancario, en el marco de la nueva Legislación Bancaria.

Los excluidos según queda dicho anteriormente, no tendrán derecho a lo siguiente:

1. Al Suministro de Información.

1.1 El artículo 141 del Decreto-Ley Bancario da vigencia a varios numerales del artículo 31 de la Ley 29 de 1996, relacionado con las 'obligaciones del proveedor'. Estos numerales establecen el derecho a la información clara y veraz del servicio ofrecido; a la información sobre el monto total de la deuda, el plazo, la tasa de interés efectiva aplicada y su método de cálculo, y establece la nulidad de contratos firmados en blanco.

1.2 El artículo 144 del Decreto-Ley Bancario establece la información básica que debe constar en los contratos bancarios celebrados por escrito. Entre esta información básica esta: la tasa de interés nominal y la tasa de interés efectiva aplicable, o destacar dentro del texto del contrato las exclusiones, limitaciones y/o causales de terminación del contrato, informar detalladamente las cantidades que efectivamente se le van a cobrar al usuario del servicio bancario, entre otros.

1.3 El artículo 147 del Decreto-Ley establece que los usuarios de los servicios bancarios tendrán derecho a ser informados oportunamente, de las tasas de interés, comisiones y cargos que los bancos cobren por sus servicios, así como de la evolución de las operaciones, cuentas y negocios mantenidos con los bancos.

1.4 El artículo 148 del Decreto-Ley Bancario establece que en todo contrato bancario en el que se cobren intereses, se debe indicar la tasa de interés efectiva a pagar por el cliente en la operación y los intereses moratorios, así como el método de cálculo para cada caso. Igualmente deberá constar cualquier otra penalidad por incumplimiento o cumplimiento tardío de lo pactado. En los casos de líneas de crédito deberá expresarse la fórmula para la determinación de la tasa de interés efectiva aplicable.

2. A un equilibrio mínimo en la contratación y al uso de buena fe en la ejecución.

2.1 El artículo 142 del Decreto-Ley bancario establece que para lo dispuesto en el Artículo 34 de la Ley 29 de 1996 se considerarán nulas, en los contratos bancarios de adhesión, las estipulaciones que impliquen renuncia o disminución de un derecho reconocido en esa ley y sus modificaciones reglamentarias y se excluyen de los efectos de dicha causa de nulidad aquellas cláusulas que impliquen renunciaciones de derechos o trámites, expresamente permitidos por otras leyes.

2.2 El artículo 145 del Decreto-Ley Bancario establece pautas para interpretar el artículo 62 de la Ley 29 que se refiere a la nulidad absoluta de ciertas cláusulas insertas en un contrato de adhesión. Entendiéndose que dichas cláusulas serían nulas para los protegidos y perfectamente válidas para los no protegidos. Aún en el caso de los protegidos, tal protección queda totalmente desvirtuada al haberse insertado el ordinal 4°

que legaliza cualquier cláusula que pese a su abusividad se haya constituido en un uso generalmente observado en la plaza. Esta norma, como dijimos, le da legalidad a cualquier cláusula que sea abusiva pero que se haya estado utilizando a la fecha por parte de los bancos.

2.3 El artículo 146 del Decreto-Ley bancario establece los parámetros para la identificación y determinación de la abusividad de una cláusula contractual en un contrato de adhesión y que da lugar a una nulidad relativa.

El artículo 146 de la Ley bancaria establece que los parámetros para determinar la proporción adecuada de cada una de las causales de nulidad relativa contempladas en el artículo 63 de la Ley 29 del 1 de febrero de 1996, serán los que se establezcan en leyes especiales y a falta de éstas, los que establezcan los usos y prácticas bancarias generalmente observados en la plaza y los principios de buena fe y equilibrio contractual.

Los artículos 142, 145 y 146 del Decreto-Ley Bancario pretenden proteger a los usuarios de servicios bancarios (comprendidos en la definición), del desequilibrio que pudiera presentarse con ocasión de un contrato de adhesión. Este desequilibrio puede manifestarse a través de la imposición, en el contrato, de cláusulas prohibidas legalmente, puede manifestarse por cláusulas manifiestamente vejatorias en las que el banco se reserva la posibilidad de rescindir subjetivamente el contrato sin responsabilidad; de imponer onerosas prestaciones al adherente sin justa causa, a limitarse en la ejecución de su prestación bajo criterios subjetivos, y finalmente que restrinjan los derechos del adherente sin razones justificadas.

Como la mayoría de los contratos bancarios en nuestro país son innominados, y si lo son, son poco regulados, ha quedado completamente al arbitrio de los bancos la determinación de las estipulaciones que llevarán sus contratos de adhesión. Esto ha ocasionado que exista en el medio cláusulas uniformes sobre limitaciones de responsabilidad, claramente contrarias a la naturaleza de las obligaciones particulares que se contratan. Así, en el medio bancario los contratos contienen cláusulas que exoneran a los bancos sobre el pago de cheques de firmas falsas. A nivel doctrinario es una característica de estos contratos de cuenta corriente con la emisión de cheques, que el banco tenga los recaudos operativos a fin de evitar justamente que se emitan cheques en simulación a la firma del cuentahabiente. La doctrina es enfática en señalar que esta obligación no es extrema, sino más bien, que debe existir a nivel operativo del banco la ejecución del cuidado necesario para evitar pagar por burdas falsificaciones de la firma del librador.

Por lo tanto, constituye un claro abuso por parte de los bancos el eximirse completamente de responsabilidad al cambiar un cheque de firma falsa, pues ello constituye una de sus obligaciones principales de acuerdo a la doctrina y a la legislación de muchos países.

Otro ejemplo de cláusulas que responde a intereses exclusivamente de la entidad

bancaria, consiste en la potestad que tiene el banco de facultarse para aumentar la tasa de interés si se incrementan sus gastos. Es este un elemento esencial para el usuario que incide directamente en hacer más onerosa su contraprestación y en modificar, por tanto, el contrato. El abuso en estos mecanismos contractuales se trató de regular mediante el artículo 145 del Decreto-Ley Bancario.

Otra cláusula vejatoria, usual en todos los contratos de financiamiento, es la potestad que el banco se otorga de rescindir el contrato y de ejecutar la garantía si considera que en base a cualquier hecho, el cliente puede no cumplir con su obligación, aunque se encuentre cumpliendo en ese momento. Se redactó una cláusula para el Proyecto en que esta atribución se mantenía, pero se especificaba que ella debía sustentarse sobre criterios objetivos y determinados. Esta estipulación fue sacada del proyecto y no aprobada en el Decreto- Ley.

3. A Procedimientos más técnicos y expeditos en Protección de sus derechos.

3.1 Sobre la interpretación de las normas de Protección al Consumidor.

El artículo 140 del Decreto-Ley bancario sobre la aplicación de la Ley 29 de 1996, establece que:

"Art. 140. Aplicación de la Ley 29 de 1996. En materia de protección al consumidor o usuario de los servicios bancarios, se aplicarán las disposiciones pertinentes de la Ley 29 de 1 de febrero de 1996, en cuanto no contradigan lo dispuesto en el presente Título. En cuanto sean aplicables dichas disposiciones se interpretarán en el ámbito administrativo y se aplicarán en todo caso de conformidad con las normas y principios establecidos en el presente Título."

"La Superintendencia tendrá la potestad de desarrollar las disposiciones del presente capítulo, de fijar el sentido, alcance e interpretación de las normas contenidas en el mismo. Igualmente le corresponderá a la Superintendencia, velar porque las normas vigentes en materia de protección al usuario de los servicios bancarios sean cumplidas en los contratos bancarios."

Es claro que sólo pueden acceder a las normas de la Ley 29 de 1996 los que califiquen como usuarios de servicios bancarios.

Se debe advertir que esta cláusula claramente invade atribuciones y facultades jurisdiccionales y por ello contiene vicios de inconstitucionalidad. Le atribuye facultad interpretativa y de fijación del sentido y alcance de la Ley, a la Superintendencia de Banca.

Del Título II de la ley 29, de la Protección al Consumidor quedan sólo algunas materias que no han sido tratadas dentro del Título V de la Ley Bancaria, y por tanto, las mismas quedan en vigencia e interpretación.

Así, queda vigente para los que califiquen como usuarios bancarios los siguientes artículos de la Ley 29 de 1996:

- a) Artículo 32. Vínculo proveedor-publicidad.
- b) Artículo 49. Devolución de sumas pagadas.
- c) Artículo 50. Veracidad en la publicidad.
- d) Artículo 51. Publicidad.
- e) Artículo 52. Rectificación en la publicidad.

3.2 Sobre los procesos especializados en relaciones de consumo.

Es importante establecer que la Ley 29 de 1996 establece tribunales jurisdiccionales especiales para atender la materia de protección al consumidor y las reclamaciones individuales o colectivas promovidas de acuerdo a la Ley 29 en materia de protección al consumidor. (art. 141 de la Ley 29 de 1996, numerales 1 y 2)

El procedimiento de los tribunales es oral y por lo tanto sumario; lo que implica un tratamiento especial para el consumidor en cuanto a la expectativa de una pronta decisión que resuelva su conflicto.

Quedan excluidos de la utilización de estos procedimientos especiales todos los usuarios de servicios bancarios que no califiquen como usuarios con acceso a las normas de protección.

3.3 Sobre las quejas de los Usuarios de servicios bancarios y facultades de la CLICAC que establece el artículo 149 de la nueva Legislación Bancaria.

El artículo 149 del Decreto-Ley Bancarip establece que la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor sólo tendrá competencia para conocer de las quejas de los usuarios contra los proveedores, según se definen en este Título, por la vía del proceso de conciliación al consumidor establecido en la Ley 29 de 1996.

Este artículo establece que la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor sólo puede conocer de las quejas de los usuarios contra los proveedores por vía del proceso de conciliación. Esta cláusula va dirigida a limitar facultades y poderes de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor contenidos en la Ley 29 de 1996, como son la facultad investigativa del artículo 35, la facultad sancionatoria del artículo 103 numeral 8. Hay otras que no quedan claramente definidas como: la facultad consultiva del artículo 103 numeral 12, el poder de legitimación para interponer procesos particulares de conformidad con el artículo 142, y la legitimación de los procesos de clase descrita en el artículo 172.

En honor a la verdad, no vemos razón válida para establecer semejantes exclusiones de protección a derechos que hoy en día deben considerarse básicos e inalienables para cualquier consumidor o usuario de un servicio bancario. Estos derechos constituyen un respeto a la dignidad humana y por ende no debe haber discriminación de trato.

Resulta inconcebible que el avance logrado con la aprobación de la ley 29 de 1996 quede totalmente desvirtuado con tan sólo una definición incluida en una ley.

Nuestras recomendaciones concretas serían:

- a) que elimine totalmente la definición de consumidor o usuario contenida en el Decreto-Ley bancario y que es la causa de la distinción aludida a lo largo del presente escrito.
- b) Que se elimine el ordinal cuarto (4) del artículo 145 del Decreto-Ley bancario.
- c) Que se le restituyan a la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor sus funciones de ente tutelar del cumplimiento de las normas de protección al consumidor o usuario de los servicios bancarios.