

EL OMBUDSMAN BANCARIO: UNA PROTECCIÓN ESPECIAL Y ALTERNATIVA DEL CONSUMIDOR FINANCIERO, PERO UNA UTOPIA EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA¹

Ana Isabel Blanco García

A.Isabel.Blanco@uv.es

Profesora Ayudante Doctor

Facultat de Dret - Universitat de València

Resumen: La tutela de los derechos e intereses económicos de los consumidores, especialmente de los usuarios de servicios financieros, constituye uno de los pilares básicos de la sociedad, siendo deber de los poderes públicos dotar de mecanismos eficaces para su protección. En América Latina se comienza a vislumbrar un importante cambio en el concepto de Justicia, donde en sectores especializados y complejos como el financiero es necesario que esa función tuitiva quede garantizada a través de mecanismos alternativos pero sumamente eficaces como el Defensor del Cliente, desconocido por la gran mayoría pero con una gran acogida en países como España, EE.UU. e incluso Australia, por su celeridad, independencia y, especialmente, por su gratuidad y especialización en una materia que requiere de conocimientos técnicos adecuados. Institución que no solo agiliza la resolución de los conflictos financieros de consumo a través de la mediación y de la conciliación, sino que sirve como vía de autocontrol para las propias entidades, permitiéndoles conocer las causas de los mismos y corregir sus políticas de actuación y comercialización.

Palabras clave: protección del consumidor, usuario de servicios financieros, defensor del cliente, resolución alternativa de conflictos

Title: The Financial Ombudsman: special and alternative customer protection but a utopia in regions of Latin America

¹ Artículo realizado en el marco de la Beca Iberoamérica para Jóvenes Profesores e Investigadores – Santander 2015, realizada en la Universidad de La República de Montevideo (Uruguay). Realizado con la colaboración del Proyecto de investigación DER 2013-44749-R: “Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de Justicia: integración, ‘glocalización’, derecho público y ODR como algunos de sus retos”, del Ministerio de Economía y Competitividad. Dirigido por: Silvia Barona Vilar.

Abstract: The protection of the rights and economic interests of consumers, especially users of financial services, constitutes one of the basic pillars of society. In fact, it is the duty of Public Authorities to provide effective redress. In Latin America, a change in the concept of Justice is taking place, especially in those sectors whose complexity makes necessary an alternative and highly effective protection such the Ombudsman´s. This is an unknown institution in Latin America but most well received in countries such as Spain, USA and even Australia, for its speed, independence and especially because it is free of charge and specialist on a subject that requires adequate technical knowledge. Besides, this Institution not only handles with financial consumer disputes through mediation and conciliation, but serves as a means of self-control for the credit entities themselves, enabling them to identify the causes of the problems and correct their action policies.

Key words: consumer protection, financial services user, ombudsman, alternative dispute resolution.

SUMARIO: 1. Estado de la cuestión. 2. La "Justicia De Consumo" y la Tutela Del Consumidor a través de las *Alternative Dispute Resolution* (ADR). 3. El Defensor del cliente como acción tuitiva del consumidor financiero. 4. Bibliografía.

1. Estado de la cuestión

La crisis económica y, en general, del propio sistema financiero que han vivido países como Uruguay y que siguen viviendo otros como Argentina y, en el viejo continente, España, refleja no solo la importancia sino también la necesidad de tutelar los derechos e intereses económicos de unos consumidores que, a lo largo de la historia, han sufrido y padecido los abusos y, por ende, las consecuencias, de la actuación y política comercial de entidades e instituciones financieras.

Por todos es sabido el desequilibrio que caracteriza las relaciones entidad de crédito-consumidor, pues las primeras gozan de una posición privilegiada, quedando el consumidor relegado a mero adherente del contrato. Ello por cuanto la generalización de la demanda de productos y servicios financieros ha variado la forma de contratación, de una más individualizada y negociada a otra en masa, realizada a través de contratos de adhesión, esto es, formularios-tipo, elaborados de forma unilateral por las entidades de crédito que anulan el poder de negociación del consumidor sobre las condiciones que le van a ser impuestas. De ahí la preocupación por defender los derechos de los consumidores en general y de los usuarios de servicios financieros en particular.

De esta preocupación y consagración de sistemas de protección eficaces de los derechos de los consumidores² ha nacido lo que se conoce como "Justicia de

² Autores como BARONA afirman que "la consagración de un sistema de protección de los derechos de los consumidores es producto de la modernidad, resultado del estado del bienestar social, en el que la tecnología, la producción, la fabricación en masa, los medios de comunicación, [...] ha condicionado [...] los comportamientos de los hombres y mujeres". BARONA VILAR, S., "Capítulo I: Reflexiones en torno a la tutela procesal de los consumidores y usuarios. La política de protección de los mismos en la Unión Europea: líneas de presente y de futuro", en *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coord. BARONA VILAR, S.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 26.

consumo” o “Justicia del consumidor”, teniendo distinto recorrido en los países integrantes del Mercosur y de la Unión Europea.

2. La “Justicia De Consumo” y la Tutela Del Consumidor a través de las *Alternative Dispute Resolution (ADR)*

Esta llamada “Justicia de consumo” ha quedado recogida en el Derecho de consumo, cuyo fin último es garantizar la protección efectiva de los derechos e intereses de los usuarios de servicios financieros, base y fundamento de la regulación del sistema bancario. El entramado legal vigente en los distintos ordenamientos jurídicos busca fijar un nuevo marco de protección que garantice el equilibrio entre la entidad de crédito y el consumidor que, como todos sabemos, no existe en la realidad práctica.

Asimismo, este Derecho de consumo es consecuencia directa de la regulación de las Constituciones nacionales en un doble sentido. Por un lado, reconocen el derecho de los consumidores y usuarios “a la protección de sus intereses económicos”. Y, por otro, establecen un mandato a los poderes públicos consistente en la garantía de tal derecho mediante procedimientos eficaces frente a los posibles fallos del mercado.

Política de actuación que ha centrado la atención de la Comunidad Internacional en los últimos años, culminándose con la publicación de los Principios de Alto Nivel de protección de los consumidores financieros del G20³, destacando la exigencia a los poderes públicos de garantizar a los consumidores el acceso a mecanismos de solución de reclamaciones accesibles, económicos, independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos. Además, exige poner a disposición de los usuarios financieros mecanismos independientes cuyo objetivo resida en la (re)solución de las disputas que no hayan sido solventadas de forma eficiente en sede de las propias entidades financieras a través de los servicios de reclamaciones internos. En este sentido destaca que la complejidad del sector ha dificultado que sean los tribunales ordinarios quienes garanticen una tutela eficaz a los consumidores afectados, debido en gran parte a la complejidad y tecnicidad de los propios productos financieros, que exigen una mínima especialización para dar respuesta a las demandas de los consumidores.

Es por ello que en los últimos años se ha abogado por una desjudicialización de los conflictos financieros de consumo con el propósito de garantizar esa función tuitiva, fomentando el establecimiento de las técnicas englobadas bajo el acrónimo ADR (*Alternative Dispute Resolution mechanisms*), definidas por CAPPELLETTI como aquellos “mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales o mediante medios no judiciales”⁴ y que, por tanto, constituyen

³ Elaborados por el grupo de trabajo a cargo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). LABARDINI INZUNZA, A., “Boletín del G20”, núm. 13, septiembre de 2012, pp. 12-16 y BENÍTEZ SÁNCHEZ, Y. F., “Red internacional de protección a los consumidores de los servicios financieros. Un proyecto a construir”, *Brújula Ciudadana*, núm. 31, marzo 2012, pp. 11-13.

⁴ CAPPELLETTI, M., “Alternative Dispute Resolution Processes within the framework of the world-wide access to Justice Movement”, *Modern Law Review*, vol. 56, 1993, p. 282.

métodos que tratan de mejorar ese acceso a la justicia de los ciudadanos, actuando también como instrumentos para lograr la paz social⁵, a la par que respetan los principios de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva establecidos en las distintas Constituciones.

En esta búsqueda de una justicia eficaz resurge un mecanismo de tutela, creado específicamente para el sector bancario, que merece especial atención por las ventajas que ofrece, principalmente en términos de celeridad, economicidad y especialización de la resolución. Hablamos de la institución denominada *Ombudsman* bancario, conocido como Defensor del consumidor financiero.

3. El Defensor del cliente como acción tuitiva del consumidor financiero

La figura del *Ombudsman* o Defensor del Cliente aparece a principios del Siglo XIX en la Constitución sueca con el nombre de *Justitie Ombudsman*⁶ (Comisionado de Justicia), asociada a la defensa de los derechos del ciudadano. Su buen hacer y positivos resultados llevaron a su adopción por el resto de países europeos, así como a su asimilación también para el sector privado, convirtiéndose en una figura de gran relevancia e impacto en las relaciones jurídico-privadas debido a su "flexibilidad, accesoriabilidad, menores costes económicos y función de prevención"⁷.

Precisamente, el *Ombudsman* propio del sector financiero fue instaurado por primera vez en Reino Unido en 1986 –denominado actualmente *Financial Ombudsman Service*–, haciendo España lo propio justo un año después –con el Servicio de Reclamaciones del Banco de España cuyas funciones han sido asumidas desde mediados de 2013 por el actual Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones–. Aun cuando datan del mismo período, la aceptación por el público en general ha sido dispar, siendo mayor en los sistemas del *common-law*.

La curiosidad que presenta este *Ombudsman* y que, a nuestro parecer, lo hace especial, es la utilización de las dos técnicas autocompositivas por excelencia, la mediación y la conciliación. Incluso hay países donde este *Ombudsman* es

⁵ A favor, GORJÓN GÓMEZ, F. J., "Estado del arte de la mediación en México", en *Estado del arte de la mediación*, (coord. GORJÓN GÓMEZ, F. J. y LÓPEZ PELÁEZ, A.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 38.

⁶ Respecto del significado etimológico de la palabra, *Ombudsman* significa "representante" (*umbodhsmaður*) o "comisionado confiable" o "agente que cuida los intereses de un grupo o de un negocio" o "alguien que habla en nombre de otros". Para mayor información sobre el origen de la institución y su significado, véanse, MARIMÓN DURÁ, R., "La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España", en *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias*, (dir. CUÑAT EDO, V.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 216-217, VON JIPPEL, T., *Der Ombudsmann im Bank-und Versicherungswesen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, p. 2.

⁷ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 87.

designado bajo el nombre de “mediador”, tal y como ocurre en el sistema francés (*Médiateur*).

En definitiva, la función tuitiva del cliente financiero se lleva a cabo mediante la recepción, tramitación y resolución de todas las quejas y reclamaciones presentadas por los clientes de las entidades bancarias supervisadas relativas a la adecuación de las actuaciones a las buenas prácticas y usos bancarios, dependiendo su fuerza vinculante de la decisión del legislador –mientras en los países anglosajones las decisiones emitidas son vinculantes para las entidades en caso de que el consumidor manifieste su conformidad, en España poseen naturaleza de mera recomendación y, por tanto, no vinculantes–.

Si bien se trata de una vía de tutela muy en boga en países europeos, la trayectoria de esta institución que tan buenos frutos ha dado en los países anglosajones y que pretende dar también en España –en un escenario convulso como el actual donde la desconfianza de los consumidores en el sector financiero es elevada y la falta de medios económicos y humanos dificulta el buen hacer de los tribunales ordinarios–, difiere de la experimentada en América Latina, donde hay países que no tienen regulada una institución de esta magnitud y otros donde prácticamente acaba de ser instaurada.

En efecto, llama la atención la relajación de los legisladores de estos países en lo que concierne a la tutela del consumidor financiero, contando en su mayoría con normativa específica que regula las obligaciones de las entidades tales como las emisoras de tarjetas de crédito etc.⁸ y con leyes generales para las relaciones de consumo –Ley 24.240/93 en Argentina, Ley 1334/98 en Paraguay y Ley 17.250 en Uruguay⁹–, extensibles al ámbito financiero pero no adaptadas a la naturaleza y características del mismo. Normas relativamente recientes posteriores a los 90, en contraste con las normas de los años 70 y 80 de España –la originaria Ley General para la Defensa del Consumidor era de 1984–; lo que nos lleva a cuestionar la efectividad real de la tutela brindada. Asimismo, resulta difícil encontrar normas específicas y exhaustivas relativas a las buenas prácticas y al Defensor del Cliente a semejanza de las disponibles en España –Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras¹⁰, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero¹¹ y la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, que regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España–.

⁸ MERLINSKI, R., “Protección del consumidor de servicios bancarios y financieros”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, núm. 3, 2006, pp. 223-230.

⁹ SZAFIR, D., *Análisis exegético de la Ley 17.250*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2014, pp. 19-21.

¹⁰ BOE núm. 72, de 24 de marzo de 2004.

¹¹ BOE núm. 281, de 23 de noviembre de 2002.

No obstante, la mentalidad altamente litigiosa en este ámbito poco a poco va flexibilizándose y aceptando que hoy en día la tutela del cliente financiero pasa por ofrecerle vías alternativas independientes y, sobre todo, especializadas en la materia. Precisamente, Argentina y Uruguay cuentan con sendos órganos administrativos de defensa del consumidor –en Uruguay dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas–, siendo que también en Argentina ha empezado a funcionar el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (Coprec¹²) gracias a la Ley 26.993 de septiembre de 2014. Sin embargo, son defensores que carecen de la formación y *expertise* que posee el *Ombudsman*, lo que en buena medida entorpece esa función tuitiva necesaria para ofrecer una solución satisfactoria en un ámbito cada vez más complejo y técnico. Inclusive, aunque bastante más tarde que EE.UU. y Europa, se han regulado sistemas de reclamación internos de las entidades financieras –lo que en España se denomina “Servicios de Atención al Cliente”–, así como empiezan a establecerse los Servicios de Atención al Usuario del Sistema Financiero –en el marco de los Bancos Centrales Nacionales–, que actúan como una segunda instancia y que guardan semejanzas en cuanto a la misión, objetivos y procedimiento a seguir del *Ombudsman*, pero que en realidad obedecen a coordenadas y parámetros propios, respetando en parte su propia idiosincrasia.

Estos departamentos y servicios de atención al consumidor, algunos especializados en el financiero, permiten resolver los conflictos de forma rápida y sin costes para el consumidor p, a su vez, suponen una valiosa fuente de información para las propias entidades a la hora de identificar los fallos y deficiencias en su relación con los clientes y así mejorar y elevar el estándar de calidad de sus servicios.

A la vista de lo anterior podemos concluir que la crisis mundial y la saturación de la justicia tradicional han provocado un cambio en el concepto de Justicia, no quedando constreñida al ámbito estrictamente judicial y dando paso a vías de tutela igualmente efectivas, o incluso más por cuanto la flexibilidad que las caracteriza permite su adaptación y adecuación a las necesidades del sector en el que son utilizadas. Todo ello en el marco de lo que se conoce como “proceso de desjudicialización de los conflictos”, en el que América Latina aún está “en pañales” en comparación con EE.UU. o Europa pero en donde ya ha comenzado esa apertura y cambio de mentalidad necesarios hacia una cultura menos litigiosa, en la que se aboga por procedimientos “amigables” y donde instituciones tales como el *Ombudsman* o Defensor del cliente se presentan como alternativas válidas que pueden dar respuestas satisfactorias y, por tanto, garantizar la función tuitiva del Estado en un sector tan complejo como el financiero.

4. Bibliografía

BARONA VILAR, S., “Capítulo I: Reflexiones en torno a la tutela procesal de los consumidores y usuarios. La política de protección de los mismos en la Unión Europea: líneas de presente y de futuro”, en *Tutela de los consumidores y usuarios*

¹² Véase su página web oficial en: <http://consumidor.gob.ar/coprec.html>.

en la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coord. BARONA VILAR, S.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

BENÍTEZ SÁNCHEZ, Y. F., "Red internacional de protección a los consumidores de los servicios financieros. Un proyecto a construir", *Brújula Ciudadana*, núm. 31, 2012.

CAPPELLETTI, M., "Alternative Dispute Resolution Processes within the framework of the world-wide access to Justice Movement", *Modern Law Review*, vol. 56, 1993.

GORJÓN GÓMEZ, F. J., "Estado del arte de la mediación en México", en *Estado del arte de la mediación*, (coord. GORJÓN GÓMEZ, F. J. y LÓPEZ PELÁEZ, A.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

MARIMÓN DURÁ, R., "La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España", en *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias*, (dir. CUÑAT EDO, V.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

MERLINSKI, R., "Protección del consumidor de servicios bancarios y financieros", *Revista Crítica de Derecho Privado*, núm. 3, 2006.

SZAFIR, D., *Análisis exegético de la Ley 17.250*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2014.

VON JIPPEL, T., *Der Ombudsmann im Bank-und Versicherungswesen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.