



PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO, INAPLICACIÓN CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA

Concepto 2016063456-003 del 25 de agosto de 2016

Síntesis: *En desarrollo del Régimen de Protección al Consumidor Financiero establecido en el Título I de la Ley 1328 de 2009 y normas posteriores, así como en las disposiciones propias aplicables a cada contrato, existe una amplia y a su vez específica regulación que aplica a las entidades vigiladas por la SFC en su relación con los consumidores financieros, luego, el artículo 41 de la Ley 1480 de 2011 referido a las cláusulas de permanencia mínima no resulta aplicable a esta relación.*

«(...) comunicación en la cual eleva consulta lo siguiente: “en qué casos se aplican las disposiciones generales del Estatuto del Consumidor, si se trata de empresas que pertenezcan al sector financiero y asegurador. Específicamente, quisiera saber si la regulación concerniente a cláusulas de permanencia es aplicable a las empresas vigiladas por esta Superintendencia”.

Sobre el particular, procede el siguiente desarrollo, advirtiendo que se plasma la posición institucional de la SFC dado que se cuenta con el concepto de la Dirección Jurídica de esta Superintendencia:

A. Aplicación del Estatuto del Consumidor a las relaciones entre consumidores financieros y entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.-

Para dar alcance a su consulta se transcribirá el aparte pertinente del concepto 2013008465-008 del 8 de julio de 2013, mediante el cual esta Superintendencia fijó su posición institucional al respecto, refiriéndose a disposiciones de la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, a fin de determinar si se aplican o no a las relaciones de los consumidores financieros con las entidades vigiladas, advirtiendo que será necesario revisar en cada caso si el régimen de la Ley 1328 de 2009 regula de manera integral la situación, evento en el cual se aplicará de preferencia dicha normativa antes de acudir a las generales contenidas en el Estatuto del Consumidor.

(...)

I. Aplicación de la Ley 1480 de 2011 frente al Régimen de Protección al Consumidor Financiero y rol de los DCF.-

En este aparte es importante señalar que lo plasmado en el presente oficio expresa la posición institucional de esta Superintendencia, dado el concepto emitido por la Dirección Jurídica.

1. Aplicación de la Ley 1480 de 2011.

Como es sabido, con la expedición de la Ley 1328 de 2009, el legislador consagró, en su Título I, un régimen especial de protección al consumidor en materia financiera, bursátil y aseguradora, en el cual, entre otras cosas, se ocupó de, *i)* señalar las definiciones dentro de las cuales se enmarca el citado régimen de protección, *ii)* consagrar un conjunto de derechos en cabeza del consumidor financiero, *iii)* establecer obligaciones especiales a cargo de las entidades vigiladas por esta Superintendencia y *iv)* puntualizar las funciones y condiciones del Defensor del Consumidor Financiero.

De manera específica, el artículo 1º. de la citada ley dispuso que dicho régimen tiene por objeto establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre éstos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, sin perjuicio de otras disposiciones que contemplan medidas e instrumentos especiales de protección.

Posteriormente, ante la necesidad de ajustar y actualizar la normatividad general que en materia de protección al consumidor existía, entre otros aspectos, el legislador expidió la Ley 1480 de 2011 y previó en el inciso segundo de su artículo 2º que la misma aplica en general a las relaciones de consumo en todos los sectores de la economía “respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley”.

Así las cosas, es dable afirmar que en lo atinente a las relaciones trabadas entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas existe un régimen especial de aplicación preferente, de ahí que la regulación general solo será aplicable de manera supletoria o residual en aquellos eventos en que la normativa especial no regule un determinado tema.

En ese orden de ideas, para determinar si los artículos de la Ley 1480 de 2011 se aplican o no a las relaciones de los consumidores financieros con las entidades vigiladas, será necesario revisar en cada caso si el régimen de la Ley 1328 de 2009 regula de manera integral la situación, evento en el cual se aplicará de preferencia dicha normativa antes de acudir a las generales contenidas en el Estatuto del Consumidor.

1.1. Aplicación de los artículos 4, 23, 29 al 33, 34 al 36, 37 al 39, 42 y 43, 46 al 48 y 49 al 54 de la Ley 1480 de 2011.-

Así por ejemplo, el artículo 4º del Estatuto del Consumidor contiene enunciados básicos y reglas de integración normativa del derecho de protección al consumidor, a saber: *(i)* las disposiciones legales de protección al consumidor son de orden público y por lo mismo cualquier estipulación en contrario se tendrá por no estar escrita; *(ii)* las normas del Estatuto del Consumidor deben ser interpretadas en la forma más favorable al consumidor¹ y *(iii)* en caso de duda se resuelve en favor del consumidor.

1 “(...) el principio general de interpretación in dubio pro consumidor es de aplicación tanto en el caso de conflicto normativo como ante situaciones de vacío legal”. Manual de Derecho de Protección al Consumidor, Nociones fundamentales, Dante D. Rusconi.

2 Hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En cuanto a la integración normativa se prevén reglas en materia sustancial y procesal. Se dispone así que en caso de vacío en lo sustancial se aplicarán en primer lugar las normas del Código de Comercio y en subsidio las del Código Civil Colombiano, en materia procesal se resolverán con las disposiciones del Código Contencioso Administrativo² (hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo) y en lo jurisdiccional con las reglas del Código de Procedimiento Civil y Código General del Proceso.

Teniendo en cuenta que los tres enunciados del artículo citado no se enfrentan a normas especiales contenidas en el Régimen de Protección al Consumidor Financiero, pues su consagración se deriva del principio de asimetría existente entre los consumidores y proveedores así como del desarrollo del imperativo constitucional de la responsabilidad del mercado del productor y del comercializador que deviene del artículo 78 de la Constitución Política, esta Dirección considera que es posible su aplicación.

Igualmente, se estima que ante vacíos legales es posible acudir a las normas descritas en el artículo 4 citado, en el orden en él establecido. En todo caso, se debe entender que esta remisión es supletiva, pues solo procederá cuando no se haya podido resolver un vacío legal con los principios generales contenidos en las normas especiales de protección del consumidor financiero.

En lo atinente a la información mínima que deben suministrar los proveedores y productores al consumidor y su responsabilidad, el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011 dispone que debe ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y determina que serán responsables por el daño que se cause por la información inadecuada.

Por su parte, la Ley 1328 en distintos artículos consagra el deber de las entidades vigiladas de suministrar información clara, cierta, veraz, suficiente y oportuna acerca de sus productos y servicios ofrecidos, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas (letra c) artículo 3) y letra c) del artículo 7) y que puedan tomar decisiones responsables e informadas. De manera específica el Capítulo IV denominado información al consumidor financiero regula en sus artículos 9 y 10 lo relativo al contenido mínimo de la información al consumidor financiero y la oportunidad de la misma, norma sobre la cual esta Superintendencia impartió precisas instrucciones a sus vigiladas, las cuales se encuentran contenidas en el Título Primero, Capítulo Sexto de la Circular Básica Jurídica CBJ.

Así pues, este capítulo de Ley 1328 y las instrucciones referidas regulan de una manera integral el tema de la información al consumidor financiero por parte de las entidades vigiladas por la SFC; luego, debe aplicarse en todos sus aspectos de forma preferente frente a la Ley 1480 de 2011. Ahora, si bien es cierto que aquellas no señalan de manera puntual la responsabilidad que por el daño de una inadecuada información pueda incurrir el proveedor, se estima que no es dable aplicarle este aspecto a las entidades vigiladas por este Organismo, pues, como se indicó, todo lo referente al tema de información y las consecuencias de su omisión están contenidas en la regulación especial. (Subrayado nuestro)

Bajo ese mismo razonamiento se aplican de manera preferente los artículos 11 y 12 de la Ley 1328 de 2009 y el numeral 10 del Capítulo Sexto del Título Primero de la CBJ, relacionados con cláusulas y prácticas abusivas, frente a lo dispuesto en los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011.

En cuanto al artículo 34 del Estatuto del Consumidor, el cual establece que las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor y que en caso de duda prevalecerán las cláusulas a favor del consumidor sobre aquellas que no lo sean, cabe recordar que la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de algunos artículos del Decreto 3466 de 1982 expresó que "la fuente contractual debe interpretarse de conformidad con los principios tuitivos del consumidor plasmados en la Constitución"³

3 Sentencia C-1141 del 2002.

4 La Corte Constitucional en sentencia C-313 de 2013 señaló que "no resultaba necesario afectar la posibilidad de pago anticipado sin multa de los tomadores de crédito antes de la entrada en vigencia de la ley para lograr los propósitos propuestos..." (comunicado de prensa No. 20 de la Corte Constitucional).

En tal virtud, se considera que la referida regla de interpretación puede ser aplicada a las relaciones surgidas entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros, en la medida en que, de un lado, no se regula el tema de manera expresa en la Ley 1328 de 2009 y, de otro, que la misma Corte ha indicado la necesidad de efectuar una interpretación orientada a proteger a los adherentes consumidores.

En lo atinente a los artículos 35 y 36 del Estatuto del Consumidor, en la medida en que proscribe conductas reguladas de manera expresa en el Régimen de Protección al Consumidor Financiero en lo relativo a prácticas abusivas (artículos 11 y 12), se considera que prima la aplicación de estas últimas por ser especiales.

El concepto completo puede ser consultado en nuestra página web, por el enlace de Consumidor Financiero/ Información al Consumidor Financiero/ Conceptos.

B. Su consulta sobre las denominadas Cláusulas de Permanencia.-

Asumiendo las previas consideraciones, indispensables para la ubicación jurídica del tema que nos ocupa y con el objeto de dar alcance puntual a su consulta, en primer lugar, corresponde precisar que el artículo 41 de la Ley 1480 de 2011 establece la denominada "Cláusula de Permanencia Mínima" en los contratos de tracto sucesivo, la cual *solo podrá ser pactada de forma expresa cuando el consumidor obtenga una ventaja sustancial frente a las condiciones ordinarias del contrato, **tales como cuando se ofrezcan planes que subsidien algún costo o gasto que deba ser asumido por el consumidor, dividan el pago de bienes en cuotas o cuando se incluyan tarifas especiales que impliquen un descuento sustancial**, y se pactarán por una sola vez, al inicio del contrato.* (Negrillas nuestras)

Según la doctrina, una cláusula de permanencia mínima es una estipulación contractual que se pacta por una vez al inicio del contrato, en los casos expresamente admitidos por la regulación, por medio de la cual el usuario que celebra el contrato, se obliga a no terminar anticipadamente su contrato, so pena de tener que pagar los valores que para tales efectos se hayan pactado, los cuales solo tendrán lugar cuando medie autorización escrita del usuario.

Para las relaciones trabadas entre las entidades vigiladas por esta Superintendencia y los consumidores financieros, se considera que no resulta aplicable el artículo 41 de la Ley 1480, bajo el presupuesto de que dicha regulación general solo será aplicable de manera supletoria o residual en aquellos eventos en que la normativa especial no regule un determinado tema.

En efecto, las operaciones autorizadas a las entidades vigiladas por esta Superintendencia y que se instrumentan en los contratos celebrados con sus clientes, se rigen por las disposiciones normativas especiales que, a partir de la naturaleza de la operación, determinan las características y condiciones propias de cada uno de los productos que ofrecen al público de acuerdo con su régimen legal.

Desde esa perspectiva, la procedencia de cláusulas de permanencia mínima en los contratos en que hagan parte las entidades vigiladas y los consumidores financieros depende fundamentalmente de la naturaleza de la respectiva operación. Así por ejemplo, en los Fondos de Inversión Colectiva cerrados se establece que la sociedad administradora únicamente está obligada a redimir las participaciones de los inversionistas al final del plazo previsto para la duración del respectivo fondo, en tanto que en los FICs abiertos **podrán acordarse**

pactos de permanencia mínima para la redención de participaciones de los inversionistas en los reglamentos, caso en el cual deberá establecerse el cobro de penalidades por redenciones anticipadas, las cuales constituirán un ingreso para el respectivo fondo (Decreto 2555 de 2010, artículos 3.1.1.2.3 y 3.1.1.2.4). Lo anterior, en todo caso, sin que se exija para el efecto el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 41 de la Ley 1480 de 2011.

La consideración precedente se confirma si se examina el alcance de la norma transcrita, señalado por el legislador en la exposición de motivos de la precitada Ley 1480, así:

Existen algunas razones para que se permita este tipo de cláusulas, pero esa permanencia no puede ser superior a un año como en el caso de que la empresa le financie o subsidie un costo o gasto a cargo del consumidor, como ocurre en el caso de la telefonía móvil, donde los equipos celulares (como blackberry, módems, computadores, etc.); (sic) son entregados al consumidor a un precio muy inferior al que los conseguiría en el mercado. También se justifica la cláusula de permanencia mínima cuando se subsidia el cargo por conexión o, cuando el plan contratado incluye tarifas especiales, es decir, más baratas que las tarifas normales, de manera que el usuario se beneficia para adquirir el equipo o el plan al cual no podría acceder si no fuera por el subsidio o financiación que le ofrece la empresa.

Se infiere del texto transcrito la intención de regular aspectos propios de relaciones contractuales distintas de aquellas que caracterizan los productos y servicios ofrecidos por las entidades vigiladas por la SFC en el marco de sus operaciones autorizadas.

En efecto, en materia financiera, para las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia en su relación con sus clientes, usuarios y potenciales clientes según corresponda, es del caso indicar que además de la regulación propia de cada contrato, en el numeral 6 del Capítulo I, Título III, Parte I de la Circular Básica Jurídica están incluidas como cláusulas abusivas algunas situaciones a partir de la Circular 039 de 2011 y con un mayor desarrollo ejemplificativo en la Circular Externa 018 del 26 de mayo del presente año, que puede examinar puntualmente para casos específicos, en las que esencialmente se limite la opción de terminación del contrato, se trate de renovaciones o prórrogas automáticas absolutas o de limitaciones a pagos anticipados de obligaciones.

C. En conclusión.

Como corolario de lo anterior, en desarrollo del Régimen de Protección al Consumidor Financiero establecido en el Título I de la Ley 1328 de 2009 y normas posteriores, así como en las disposiciones propias aplicables a cada contrato, existe una amplia y a su vez específica regulación que aplica a las entidades vigiladas por la SFC en su relación con los consumidores financieros, **luego, el artículo 41 de la Ley 1480 de 2011 referido a las cláusulas de permanencia mínima no resulta aplicable a esta relación.**

En su lugar, resultan aplicables tales disposiciones y las relacionadas con aspectos específicos como las previstas en el numeral 6 del Capítulo I, Título III, Parte I de la Circular Básica Jurídica (cláusulas y prácticas abusivas en cuanto limiten al consumidor financiero su derecho y opciones de terminar los contratos celebrados con entidades vigiladas) y en la normatividad financiera correspondiente, según el caso, es decir, de acuerdo con el tipo de operación.

(...).»

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.