



CRÉDITO, CLÁUSULA PENAL, INTERESES MORATORIOS, INCOMPATIBILIDAD

Concepto 2016079191-012 del 31 de agosto de 2016

Síntesis: *En relación con el cobro de la cláusula penal en las operaciones de crédito que celebren las instituciones financieras, el subnumeral 1.2.4 del Capítulo I, Título I, Parte I de la Circular Básica Jurídica establece que “resulta incompatible la existencia simultánea de cláusula penal e intereses moratorios, por cuanto ello constituye la aplicación para el mismo caso de dos figuras que tienen idéntica finalidad y se estaría así cobrando al deudor dos veces una misma obligación, como es la de pagar por su retardo o incumplimiento”.*

«(...) comunicación mediante la cual se consulta acerca de las limitaciones impuestas para el uso de las cláusulas penales en los contratos de consumo que celebran las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.

Al respecto, es del caso manifestar en primer lugar que la prohibición del uso de cláusulas o estipulaciones abusivas en los contratos de adhesión de las entidades vigiladas por esta Superintendencia se encuentra establecida en los artículos 7 literal e) y 11 de la Ley 1328 de 2009 (Título I. Del Régimen de Protección al Consumidor Financiero), disposiciones que preceptúan lo siguiente:

ARTÍCULO 7o. OBLIGACIONES ESPECIALES DE LAS ENTIDADES VIGILADAS. Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales:

(...)

e) Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual.

ARTÍCULO 11. PROHIBICIÓN DE UTILIZACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.

c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.

d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.

e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

PARÁGRAFO. Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero. (Se destaca).

Es de anotar que la Corte Constitucional realizó el examen de exequibilidad de la facultad asignada a esta Entidad en los términos del artículo 11 (letra e) de la Ley 1328 de 2009 mediante Sentencia C-909 de 2012, en uno de cuyos apartes se expresa:

Con sustento en el interés público propio de la actividad financiera y en la defensa de la comunidad, la Superintendencia Financiera de Colombia, como ente de inspección, vigilancia y control, se halla legítimamente facultada para describir y señalar conductas adicionales a aquellas previstas por el legislador, que puedan llegar a generar amenaza o desconocimiento de los derechos del consumidor financiero.

Sin llegar a socavar el principio de libertad contractual, será cláusula o práctica abusiva aquella que, en función de su contenido, en condiciones generales o como adhesión, esto es, al no ser debatida y concertada, contravenga la buena fe en perjuicio del consumidor, por generar un desequilibrio notable entre los derechos y obligaciones de las partes, expresión jurídica que deberá ser entendida no solamente en sentido formal, como un párrafo o apartado, sino en sentido material, al contener una regla, una pauta o un patrón inequitativo de comportamiento.

De tal manera, el carácter abusivo estará determinado por el proceder desleal de la entidad vigilada frente al conjunto de expectativas razonables del consumidor financiero conforme al instrumento de negociación, de manera que la conducta desplegada por aquella sea la causa del desequilibrio y menoscabo.

Adviértase que la facultad de la Superintendencia es abierta pero determinable, al disponerse que las cláusulas y prácticas abusivas **serán establecidas de “manera previa y general”, lo que para la entidad supervisora comporta el deber de dar a conocer a las entidades vigiladas los criterios de definición y calificación escogidos**, con el fin de que se adecuen la contratación y las prácticas financieras. De surgir algún reproche sobre los actos de regulación, las entidades involucradas con la decisión administrativa podrán acudir a la jurisdicción competente.

La condición objeto de análisis, por su misma naturaleza, proporciona adicionalmente una protección hacia los consumidores financieros y la confianza general del público, al converger los principios de “libertad de elección” y “transparencia e información cierta, suficiente y oportuna” estatuidos por el artículo 3° de la Ley 1328 de 2009, de manera que las partes conozcan los términos contractuales antes de decidir sobre la adquisición o acceso al bien o producto ofrecido.

Finalmente la buena fe, la confianza legítima, el interés público, las posibilidades de negociación, la atención de la asimetría y la superación de las desigualdades en la relación de consumo, constituyen

principios y elementos sustanciales que la Superintendencia Financiera de Colombia debe evaluar para lo que constituiría abuso a través de una cláusula o práctica en contratos de adhesión en el mercado financiero (cfr. art. 78 superior).

No sobra advertir que esta facultad abierta, pero previamente determinada, conforme a las analizadas funciones de inspección, vigilancia y control, en lugar de ser contraria a la Constitución, por lo cual también se declarará su exequibilidad, tiene como sustrato proteger al consumidor, parte débil en cardinales manifestaciones económicas, cuya dinámica amerita que la ley cumpla el propósito de que sus mandatos se adecuen, para el caso, a las posiciones cambiantes del mercado financiero (se resalta).

En materia de cláusulas y prácticas abusivas, las instrucciones impartidas por esta Superintendencia¹ se encuentran incorporadas en el numeral 6 del Capítulo I, Título III, Parte I de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 029 de 2014)². En la aludida normatividad se encuentran definidos, **de manera previa y general, algunos ejemplos** de cláusulas consideradas abusivas en los contratos que celebren las entidades vigiladas, sin restringir de ninguna forma la posibilidad de identificar, de modo particular y concreto, otras que se enmarquen en los criterios enunciados.

En atención a la solicitud efectuada en el numeral 1 de su consulta les informamos que en relación con el cobro de la cláusula penal en las operaciones de crédito que celebren las instituciones financieras, el subnumeral 1.2.4 del Capítulo I, Título I, Parte I de la Circular Básica Jurídica establece que “resulta incompatible la existencia simultánea de cláusula penal e intereses moratorios, por cuanto ello constituye la aplicación para el mismo caso de dos figuras que tienen idéntica finalidad y se estaría así cobrando al deudor dos veces una misma obligación, como es la de pagar por su retardo o incumplimiento”.

Adicionalmente, el subnumeral 3.4.7 del Capítulo I, Título III, Parte 1 de la Circular Básica Jurídica señala en torno a la inclusión de cláusulas penales en los contratos ofrecidos por las sociedades fiduciarias, lo siguiente:

En los contratos de adhesión o de utilización masiva, toda cláusula limitativa y en general las sanciones, penalizaciones o cláusulas penales a cargo de los fideicomitentes o beneficiarios, deben presentarse en caracteres destacados, en la primera página del contrato y dejarse constancia, en el momento de la suscripción o celebración del contrato, de que el firmante las conoció y aceptó.

Hace referencia al anterior tema el oficio No. 2012095747-001 del 21 de diciembre de 2012 de esta Superintendencia, del cual anexamos copia para su conocimiento.

Es de observar que la Circular Externa 024 de 2016 de este Organismo modificó el subnumeral 3.4.7.1 del Capítulo I del Título III de la Parte I de la Circular Básica Jurídica, en lo relativo a la información que se debe suministrar a los consumidores financieros en los contratos de fiducia inmobiliaria, en los negocios fiduciarios de preventas y en los negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias, y adicionó los subnumerales 5.2.2, 5.2.3 y 5.5 al Capítulo I del Título II de la Parte II de la Circular Básica Jurídica, relacionados con el deber de información y las prácticas inseguras en los negocios fiduciarios, los requisitos mínimos de los contratos de fiducia inmobiliaria y los negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias.

(...).»

¹ En ejercicio de las facultades señaladas en la Ley 1328 de 2009 (artículo 11, letra e), en armonía con lo previsto en el numeral 9 del artículo 11.2.1.4.2 del Decreto 2555 de 2010.

² Versión actualizada en relación con este aspecto a través de la Circular Externa 018 del 26 mayo de 2016.

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