

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO, RÉGIMEN LEGAL ESPECIAL-DEFENSOR DEL CONSUMIDOR FINANCIERO, ALCANCE DE PRONUNCIAMIENTOS

Concepto 2013008465-008 del 8 de julio de 2013

Síntesis: *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. Con respecto al contenido de los pronunciamientos de los DCF, la decisión emitida deberá ser motivada pues los mismos deben implicar un análisis de fondo de la situación planteada a partir de la aplicación de los principios de PCF y las normas o verificaciones que correspondan.*

«(...) trámite en el cual se han puesto de presente algunos aspectos sobre la aplicación de la Ley 1480 de 2011 a las relaciones entre el consumidor financiero y las entidades vigiladas por esta Superintendencia, así como otros derivados de los pronunciamientos de los Defensores del Consumidor Financiero DCF, especialmente en materia de fraude electrónico.

Sobre el particular, dado lo extenso de la comunicación, la misma se dividirá en dos partes, a saber: I. Aplicación de la Ley 1480 de 2011 frente al Régimen de Protección al Consumidor Financiero y rol de los DCF II. Precisiones sobre los pronunciamientos de los DCF.

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.

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

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.

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.

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

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.

1.2. Cláusulas penales por prepago.-

En torno a la aplicación del artículo 82 de la Ley 1480 de 2011, el cual permite el pago anticipado sin penalización alguna en los contratos de compraventa a plazos, se considera que como quiera que las entidades vigiladas por la SFC en el marco de su objeto social no tienen capacidad para celebrar este tipo de contratos, se estima que esa norma no es aplicable a las relaciones con el consumidor financiero. Adicionalmente se considera que dada la naturaleza de la previsión, no es dable aplicar analógicamente a otros contratos como los celebrados entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros.

De igual manera, se recuerda que sobre la prohibición de aplicar cláusulas de sanciones por prepagos, la Ley 1555 de 2012 en su artículo 1º, que adicionó el literal g) del artículo 5 de la Ley 1328 de 2009, consagró como derecho de los consumidores financieros efectuar pagos anticipados en toda operación de crédito en moneda nacional sin incurrir en ningún tipo de penalización o compensación por lucro cesante, de las cuotas o saldos en forma total o parcial, con la consiguiente liquidación de intereses al día del pago". Sobre esta norma la Corte Constitucional⁴ determinó la posibilidad de efectuar pagos anticipados sin ningún tipo de penalización a los créditos adquiridos con anterioridad al 9 de julio de 2012.

1.3. Normas sobre inversión de la carga de la prueba frente a fraudes en el sistema financiero.-

En lo tocante con la normas sobre inversión de la carga de la prueba, especialmente en fraudes realizados en el sistema financiero, es de manifestar que los literales b) del artículo 11 y c) del artículo 12 de la Ley 1328 de 2009 consagran la prohibición de incorporar cláusulas y prácticas abusivas tendientes a invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero. Tal

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).

aspecto fue ampliamente desarrollado en el literal a) del numeral 10.1.1 del Capítulo Sexto del Título Primero de la CBJ, pues se señalaron varios ejemplos de cláusulas que tienden a invertir la carga de la prueba o eximen de responsabilidad a las entidades vigiladas.

Así mismo, es pertinente anotar que para la Superintendencia Financiera, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, es claro que las entidades financieras responden por los riesgos a los que están expuestas como consecuencia del desarrollo de su actividad, salvo cuando se trate de una situación imputable al cliente.

Sobre este tópico, siguiendo los lineamientos de las Altas Cortes, se manifestó lo siguiente:

Para efectos de establecer el régimen de responsabilidad aplicable, de manera preliminar debe hacerse referencia al artículo 335 de la Constitución Política, el cual califica la actividad financiera como de “interés público”, toda vez que maneja, aprovecha e invierte recursos captados del público y por ello, requiere de previa autorización del Estado para su ejercicio.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-640 del 18 de agosto de 2010, estableció que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y otras afines, se fundan en la confianza en el sistema financiero que garantiza el cumplimiento de “... la obligación a futuro a que se compromete la respectiva entidad...”, como es el caso del cuentahabiente que deposita su dinero en la entidad bancaria, quien “... presume y confía que al día siguiente podrá retirar esa misma suma, más las anteriores que hubiese podido depositar...”, confianza que depositada en las entidades financieras al momento de optar por sus servicios, da lugar a que recaiga en ellas la responsabilidad en el ejercicio y contraprestaciones que recibe de su actividad financiera.

En el mismo sentido, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (expediente 2010-00320-00) en sentencia de tutela del 11 de marzo de 2010, al referirse al tema, precisó que “...las instituciones financieras, y particularmente las bancarias, están sujetas a un especial régimen de responsabilidad civil frente a los daños que puedan sufrir los clientes o usuarios de sus servicios,(...); que reciben una especial habilitación del Estado para desarrollar su actividad en virtud de la confianza que se deposita en ellos al conferirles la posibilidad de manejar el ahorro del público, por lo que surgen a su cargo especiales deberes de diligencia; que en las operaciones de captación de recursos ordinariamente celebran contratos de depósito irregular en los que el banco se convierte en titular de los recursos transferidos y asume, por ende, obligaciones de resultado para efectos de su restitución; (...).”.

Así entonces, el ejercicio de la actividad bancaria conlleva implícitamente que la entidad financiera cumpla con los deberes especiales que le son exigibles y asuma los riesgos inherentes de los diferentes canales –Internet, banca móvil, cajero automático, etc.- que pone a disposición de sus clientes para el manejo de los productos y servicios ofrecidos, los que como se dijo, nacen de la actividad que presta de manera profesional y masiva, aunado al beneficio correlativo que recibe por la prestación de sus servicios.

*No obstante, aunque la responsabilidad que se predica de las entidades financieras, se analiza bajo la perspectiva de la anunciada diligencia y profesionalismo que se impone a aquellas en el ejercicio de su actividad, no lo es menos que ésta puede desaparecer o verse menguada atendiendo a la participación excluyente o concurrente del consumidor financiero en la causación del daño cuya indemnización se persigue (...).*⁵

1.4. Reversión de pagos.- artículo 51 Ley 1480 de 2011.

En relación con la aplicación del artículo 51 de la Ley 1480 de 2011 es importante señalar que la Dirección Jurídica, mediante memorando 2012100203-008 del 1 de abril de 2013, comunicado a Usted mediante oficio del mismo número el 12 de febrero de 2013, se pronunció en el sentido de que no es posible su aplicación dada la ausencia de reglamentación del Gobierno Nacional, la cual es indispensable para establecer las condiciones y el procedimiento a seguir frente a las entidades financieras.

2. Rol de los DCF en el trámite de quejas frente a cláusulas y prácticas abusivas.-

La ley 1328 de 2009 prohíbe a las entidades vigiladas estipular determinadas cláusulas en los contratos de adhesión u observar determinadas conductas por considerarlas abusivas, autorizando a la SFC para establecer de manera previa y general otras cláusulas y prácticas de esta naturaleza. Igualmente, la citada ley establece de manera expresa que cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas se entenderán por no escritas o sin efectos para el consumidor financiero.

En ese sentido, si el DFC en un trámite de queja se enfrenta a una cláusula de las catalogadas como abusivas por la ley o por la SFC, se considera que podrá aducir que se tenga por no escrita, pues es la misma ley la que señala el efecto.

No obstante, si el defensor estima que una cláusula o práctica es abusiva pero aún no ha sido calificada previamente como tal, se considera que si bien el DFC no podría calificarla como tal por cuanto no tendría atribución legal para declararla, sí podría expresar su opinión en ese sentido y poner el caso en conocimiento de la entidad vigilada. En el evento en que la institución no esté de acuerdo, el DFC podrá, en su función de vocero de los consumidores financieros, poner en conocimiento de esta Superintendencia la situación a fin de obtener el pronunciamiento a que haya lugar.

3. Competencia de los DCF en las quejas por fraudes electrónicos que afectan los derechos de los consumidores financieros.-

Se reitera lo expuesto y comunicado a Usted mediante oficio 2012100881-002 del 10 de enero de 2013, en el sentido que la labor del DCF en la resolución de quejas es amplia y por consiguiente

⁵ Sentencia de la Delegatura de Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, del 10 de abril del 2013, radicado 2012098372, demandante Gonzalo Cárdenas contra Banco AV Villas.

verificadas las normas legales, los instructivos de la SFC y los internos de la respectiva entidad, procede dar una respuesta de fondo al peticionario, quien acude a la defensoría en espera de un pronunciamiento con tales características. En esos términos se harán las correspondientes precisiones en el punto II de esta comunicación.

II. Precisiones sobre los pronunciamientos de los DCF.

En desarrollo de nuestras funciones relacionadas con el cumplimiento de directrices, políticas y mecanismos para asegurar la protección a los consumidores financieros⁶, en esta oportunidad nos referimos a los pronunciamientos que deben emitir los Defensores del Consumidor Financiero DCF, especialmente en desarrollo de su función de resolver quejas.

Las consideraciones y sugerencias de mejoramiento que se exponen a continuación derivan directamente de los pronunciamientos remitidos por varios DCF respecto de trámites de quejas con motivos tipificados en la C.E. 045 de 2006 como relativos a la temática de ‘fraude a través de medios electrónicos’ y en algunos eventos en desarrollo de la función de vocería. Así, se analizaron integralmente los trámites y los diferentes pronunciamientos emitidos por los defensores.

En este orden de ideas a continuación se hacen algunas precisiones:

1. Marco: Función de resolver quejas y características de los pronunciamientos.-

Como es de conocimiento, los DCF deben resolver las quejas presentadas contra la entidad a la cual prestan sus servicios para verificar posibles incumplimientos a: i) normas legales, ii) contratos, iii) procedimientos internos que rijan la ejecución o calidad de los productos y servicios que ofrecen o prestan. A su turno, *la decisión que profiera el Defensor del Consumidor Financiero deberá ser motivada, clara y completa.*⁷ (Subrayado extratexto)

De otro lado cabe traer a colación los Principios de Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna y de Educación, que determinan el Régimen de Protección al Consumidor Financiero, así como las normas sobre Defensoría del Consumidor Financiero, DCF, en especial la obligación de atención eficaz, eficiente y oportuna⁸.

⁶ Artículo 11.2.1.4.11. del Decreto 2555 de 2010, numerales 2). Proponer y coordinar la adopción de políticas y mecanismos para asegurar la protección a los consumidores financieros y 3. Proponer y monitorear el cumplimiento de las directrices para la supervisión de las entidades en materia de atención al público, así como de las funciones de sus defensores, mantener informado al Superintendente y hacer las respectivas recomendaciones.

⁷ Artículos 13 literal b) de la Ley 1328 de 2009 y 5, numeral 9 del Decreto 2281 de 2010, recogido por el Decreto 2555 de 2010 en su orden.

⁸ Artículos 3, literales c) y f), y 16 de la Ley 1328 de 2009, en su orden.

2. Precisiones que sugerimos incluir en los pronunciamientos de los DCF.-

En este marco, la Dirección hace las siguientes precisiones generales con respecto al contenido de los pronunciamientos de los DCF y algunas especiales en materia de fraudes electrónicos:

2.1. Motivación y análisis de fondo.-

La decisión emitida deberá ser motivada pues los pronunciamientos deben implicar un análisis de fondo de la situación planteada a partir de la aplicación de los principios de PCF y las normas o verificaciones que correspondan. En efecto, se considera que la labor del DCF en la resolución de las quejas es amplia, por consiguiente, verificadas las normas legales, los instructivos de la SFC y los internos de la entidad, puede darse una respuesta de fondo al peticionario, aunado al análisis propio sobre la carga de la prueba y la duda a favor del consumidor, derivado de las relaciones de consumo.

Se aclara que la respuesta no ha de limitarse a solicitar información a la vigilada y luego copiar al peticionario. Nótese que el reclamante espera una posición definitiva por parte del DCF desde su competencia y no simplemente un acto de trámite. En efecto, para el caso de fraudes electrónicos, por ejemplo se esperaría la verificación de estándares de calidad o requerimientos mínimos de seguridad y perfil transaccional del cliente, cumplimiento de procedimientos en el Sistema de Atención al Consumidor Financiero SAC (información, seguridad y calidad en los canales), aspectos estos que se encuentran debidamente desarrollados en circulares de esta Superintendencia.

2.2. Claridad, comprensibilidad y suficiencia de la decisión.-

- El pronunciamiento deberá elaborarse en la oportunidad legalmente establecida en el procedimiento aplicable, el cual deberá ser informado de manera sencilla al consumidor financiero en el escrito de admisión de la queja, aclarando que, en circunstancias normales, el plazo para respuesta de la entidad será de ocho (8) días hábiles desde su traslado y el DCF dispondrá de ocho (8) días hábiles más para pronunciarse.
- En el escrito de admisión debe ponerse de presente la opción de conciliación en cualquier momento del trámite.
- Los pronunciamientos deben ser claros para sus destinatarios finales, esto es, para los consumidores financieros, de manera que se comprenda fácilmente lo esencial del trámite y de la decisión del Defensor⁹.
- La decisión deberá ser completa y siempre bajo la premisa que “más no es necesariamente mejor”. Debe ponderarse cada caso en particular pues si bien el análisis y disertación jurídica se requiere según la tipología de la queja, la extensión, densidad y profundidad del mismo puede, a la postre, derivar en confusión para el consumidor financiero.

⁹ En ocasiones el defensor realiza extensas y complejas consideraciones, con incluso demasiados elementos puramente jurídicos o largas transcripciones o reenvíos a normas, las cuales resultan innecesarias o confusas.

- Conviene que en la decisión, especialmente aquella que no favorece sus intereses, se informe al consumidor financiero de manera concisa sobre las diversas opciones que tiene para poner en conocimiento su situación y solucionarla o, por lo menos, obtener respuesta, así como las fuentes en las que puede obtener información adicional.

3. Comentarios particulares sobre los pronunciamientos de esa Defensoría.-

Esta Dirección observa que en los pronunciamientos emitidos por esa DCF proceden las siguientes oportunidades de mejora:

- a. Se sugiere estructurar el pronunciamiento con una parte motiva en la que se indiquen los hechos, los principales aspectos de la respuesta de la entidad (pues es claro que ésta ya le envió oficio al peticionario y éste ya la conoce), las consideraciones de la DCF y una resolutive con la decisión tomada por el defensor, en el que una y otra sean perfectamente identificables, conservando a lo largo del pronunciamiento la comprensibilidad del lenguaje para el peticionario.
- b. Mayor concisión dado que se presentan transcripciones de normas, sentencias o apartes doctrinales demasiado extensos e incluso como anexos, los cuales conviene ser expuestos directamente o, en todo caso, ponderar su inclusión.
- c. Análisis de fondo en el que se examine puntualmente la situación del peticionario (incluyendo su perfil transaccional y alarmas preventivas) y el cumplimiento de estándares mínimos de seguridad y calidad fijados por esta Superintendencia para las entidades vigiladas, de manera que estos elementos permitan asumir una posición como DCF.

(...).»