

Panamá, 1 de abril de 2003.

Su Excelencia

LICDO. TEMÍSTOCLES ROSAS R.

Viceministro Interior de Comercio e Industrias

E. S. D.

Señor Viceministro:

Con fundamento en nuestras funciones contenidas en los artículos 217, numeral 5 de la Constitución Política y 6, numeral 1 de la Ley N°.38 de 31 de julio de 2000, acuso recibo de su nota **DVMI-203-03** de 10 de marzo de 2003, por medio de la cual nos solicita opinión respecto a la aplicación de la Ley 42 de 23 de julio de 2001 “*Que reglamenta las operaciones de las empresas financieras*” y la Ley N°.33 de 26 de junio de 2002 “*Que modifica y adiciona artículos a la Ley 42 de 2001, sobre empresas financieras*”.

Concretamente nos consulta lo siguiente:

*“¿Es procedente que las Empresas Financieras incluyan en sus contratos de préstamos una cláusula que penaliza al **usuario o consumidor**, por hacer una cancelación anticipada de un financiamiento o préstamo?”*

La situación que se ha presentado con las empresas financieras, es que éstas han incluido en sus contratos una cláusula, que es del tenor siguiente:

*“Cláusula N°. El deudor por la presente **se obliga a no hacer pagos al capital del préstamo**, en exceso a la mensualidad pactada antes de la mitad del plazo acordado, en este contrato, a partir de la firma del mismo (o a partir de la inscripción en el Registro Público de la correspondiente Escritura). **En caso de que el deudor***

incumpla la anterior obligación acepta pagar en concepto de penalización un 3% sobre saldos insolutos”.

Opinión de Asesoría Legal

“Para la Dirección de Asesoría Legal del Ministerio de Comercio e Industrias, el artículo 25 de la Ley 42 de 2001, modificado por el Artículo 3 y 4 de la Ley 33 de 2002, establece la información, que por lo menos, debe incluir el respectivo contrato de financiamiento. En los dieciséis (16) numerales de este artículo no se incluye un requisito de penalización, por lo que, bajo el concepto de que la inclusión de esta cláusula es adicional a las que al menos deben contener el contrato, no se viola este artículo, máxime que es un acuerdo entre las partes.

El artículo 31 de la Ley 42 de 2001 indica: que en caso de cancelarse un préstamo por anticipado, el deudor pagará el capital adeudado a la fecha y los intereses del período transcurrido ya sea día o mes, desde que se efectuó el último pago hasta la fecha del préstamo. En caso de que la obligación sea cancelada antes de su conocimiento sea cancelada antes de su vencimiento, los intereses no devengados serán devueltos al cliente en base al método denominado suma de años dígitos (Tabla del 78) o línea recta.”

En lo que se refiere a este artículo se desprende que es permitida la cancelación anticipada del préstamo y que para ello, deberá cumplir con el pago del capital adeudado y los intereses del período transcurrido desde que se efectuó el último pago hasta la fecha del préstamo. Este artículo no indica que debe pagarse una penalización por cancelación anticipada. En concordancia con ambos artículos son de opinión que no se debe incluir en los contratos de préstamos, una cláusula que penalice por el pago anticipado del préstamo.”

Criterio de la Procuraduría

Iniciamos el presente estudio, transcribiendo las normas referentes a las operaciones de las empresas financieras, específicamente las que guardan relación con la interrogante propuesta por vuestro despacho.

La Ley 42 de 23 de julio de 2001 *“Que reglamenta las operaciones de las empresas financieras”* y que fue modificada por la Ley 33 de 26 de junio de 2002, preceptúa en sus artículos 1, 2, 4, 5 y 31 lo siguiente:

“**Artículo 1.** Quedan sujetas a las disposiciones de esta Ley, las personas naturales o jurídicas que se dediquen a ofrecer al público préstamos o facilidades de financiamiento en dinero, las cuales se denominarán empresas financieras. También quedan sujetas a las disposiciones de la presente Ley, las empresas que, sin usar en su razón social o denominación comercial la expresión *Financiera*, se dediquen al ejercicio de las actividades propias o similares de las empresas financieras, según se expresa en el párrafo anterior.

Artículo 2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta Ley, las casas de empeño, las mueblerías y cualquier persona natural o jurídica que realice operaciones de financiamiento de sus propias ventas; las operaciones de préstamos efectuadas por bancos y demás entidades reguladas por la Superintendencia de Bancos, por empresas de seguros y reaseguros, cooperativas, empresas mutualistas, así como asociaciones de ahorro y préstamo.

...

Artículo 4. La Dirección de Empresas Financieras del Ministerio de Comercio e Industrias es el ente rector, fiscalizador y regulador de las empresas financieras, así como el encargado de expedir y revocar la resolución que autoriza la operación en las actividades para las empresas financieras, y de velar por el fiel cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y sus reglamentos.

Artículo 5. La Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor tendrá la facultad para realizar conciliaciones, con respecto a las quejas presentadas por los consumidores o usuarios de empresas financieras, *además para investigar y sancionar las conductas prohibidas por la Ley 29 de 1996*, sobre la defensa de la competencia, en los casos que no entren en conflicto con esta Ley.

...

Artículo 31. En caso de cancelarse un préstamo por anticipado, el deudor pagará el capital adeudado a la fecha y los intereses del período transcurrido, ya sea día o mes desde que se efectuó el último pago hasta la fecha en que se cancela el préstamo. En caso de que la obligación sea

cancelada antes de su vencimiento, los intereses no devengados serán devueltos al cliente en base al método denominado Suma de Años Dígitos(Tabla del 78) o línea recta.” (Subrayado nuestro).

Copiada la legislación pertinente, pasamos a examinar las disposiciones comentadas en torno a la inquietud expuesta en líneas precedentes.

La Ley 42 de 2001, en su artículo 1, establece lo referente al ámbito de aplicación, señalando que quedan sujetos a dicho ordenamiento positivo, las personas naturales o jurídicas que se dediquen a ofrecer al público **préstamos o facilidades** de financiamiento, denominándose aquellas *empresas financieras*. Estas actividades cumplen funciones específicas en la ley, como es la de *ofrecer préstamos o facilidades de financiamiento a los usuarios o consumidores que así lo soliciten*.

La doctrina define este tipo de operaciones como un negocio de crédito que se ve caracterizado por la transmisión actual de la propiedad sobre una cosa, de una persona a otra, con cargo por esta última de devolver ulteriormente una cantidad equivalente de la misma especie o calidad.¹ Es decir que es un negocio en el que los operadores financieros invierten para obtener ganancias; es en fin, un acto lucrativo u oneroso, que responde a una demanda de los usuarios o consumidores y que éstos satisfacen y de cuya utilización no puede prescindirse.

De igual manera, quedan sujetos al ámbito de aplicación de la ley 42 de 2001, las empresas que, sin usar en su razón social o denominación comercial la expresión **financiera**, se dediquen al ejercicio de las actividades propias o similares de las empresas financieras.

Cabe señalar, que la ley 42 de 2001, artículo 2 **excluye de su ámbito de aplicación** a las casas de empeño, las mueblerías y cualquier persona natural o jurídica que realice operaciones de financiamiento de sus propias ventas; **las operaciones de préstamos efectuadas por bancos y demás entidades reguladas por la Superintendencia de Bancos, por empresas de seguros y reaseguros, cooperativas, empresas mutualistas, así como de ahorro y préstamo.**

Ciertamente este es un principio que excluye de su ámbito de aplicación a las personas naturales o jurídicas que realice operaciones de financiamiento de sus

¹ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio “*Contratos Bancarios*” Cuarta Edición, Colombia, 1990, págs 94-95.

propias ventas así como a las entidades regladas por la Superintendencia de Banco, por contar con regulaciones que no le son aplicables a las empresas financieras.

El Capítulo III sobre **competencia** de la Ley 42 de 2001, empieza indicando en su artículo 4, que la Dirección de Empresas Financieras del Ministerio de Comercio e Industrias es el ente rector, que se encargará de fiscalizar y regular las empresas financieras; así como de expedir y revocar la resolución que autoriza la operación en las actividades que ejerzan las empresas financieras y de velar por el cumplimiento de las normas o disposiciones operativas de la presente ley y sus reglamentos.

Así las cosas corresponderá a la Dirección de Empresas Financieras, fiscalizar y regular a las empresas financieras en sus operaciones, convirtiéndose en una función propia, que le irroga una intervención en el ejercicio de las actividades de las empresas financieras, velando porque éstas cumplan con las normas o disposiciones legales en el marco de sus operaciones como en la ejecución de las mismas.

Por otro lado, la Ley 42 de 2001 modificada por ley 33 de 2002, artículo 5 establece que la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor tendrá la facultad para realizar no sólo conciliaciones con respecto a las quejas que se presenten en su despacho por parte de los consumidores o usuarios de empresas financieras, además de investigar y sancionar las conductas prohibidas por la ley 29 de 1996, sobre la defensa de la competencia, en los casos en que no entre en conflicto con esta ley.

El Ministerio de Comercio e Industrias, a través de la Dirección de Empresas Financieras, de igual forma está facultado para investigar de oficio o a petición de parte (cualquier persona o autoridad) los casos en que se presuma o alegue que se ha infringido cualquiera de las disposiciones de la presente Ley. (artículo 38 de la ley 42 de 2001).

Como podemos observar, existe un control por parte de las autoridades antes mencionadas, a las empresas financieras, a fin de que éstas cumplan con lo que dispone no sólo la ley 42 de 2001 modificada por la ley 33 de 2002, sino la ley 29 de 1996 que regula la defensa de la competencia y asuntos del consumidor, en los casos en que no colisionen con las disposiciones de aquélla. Estos actos de control tienen una razón fundamental de ser, ya que las empresas financieras manejan un importante volumen de activos y pasivos, lo que implica la necesidad no sólo de garantizar las operaciones financieras sino de que éstas cumplan con el

trámite estipulado en la ley, en consideración con los derechos y deberes de los usuarios o consumidores de éstas empresas.

En síntesis, podemos entonces afirmar que una de las principales fuentes legitimadoras de las operaciones financieras es la ley y demás reglamentaciones. Ahora bien, en cuanto a las personas que intervienen en dicha actividad podemos mencionar a las empresas financieras, los consumidores y los usuarios, entendiéndose por estos últimos de acuerdo con el artículo 3 de la ley 42 de 2001, *la persona natural o jurídica que contrata, utiliza o, por cualquier otra causa, tenga algún derecho frente a las empresas financieras como resultado de la operación o servicio prestado.*

Por lo general, en la relación mercantil que se da en este ámbito, tenemos la figura del contrato financiero, que firman las partes, es el documento por medio del cual se acuerda la prestación de servicios financieros por una empresa financiera a un consumidor o usuario, en el marco de las definiciones indicadas en la ley 42 de 2001.

El artículo 3 de la citada ley 42 de 2001, plantea al usuario o consumidor tres métodos, para calcular los intereses a saber: ***interés agregado***. Es el método consistente en calcular los intereses del capital inicial prestado por el tiempo pactado y agregarlo al capital inicial; ***Interés descontado***. Método que consiste en calcular los intereses del capital prestado por el tiempo de financiamiento y descontar los intereses por adelantado. ***Interés sobre saldo***. Método consistente en calcular los intereses sobre saldo capital adeudado por el tiempo transcurrido. *Los intereses no devengados son aquellas sumas descontadas por anticipado al prestatario por la empresa financiera, y que es devuelta en caso de cancelarse el préstamo anticipadamente.* (Resaltado nuestro).

En cuanto a la forma de cancelación de un préstamo por adelantado, el artículo 31 de la Ley 42 de 2001, dispone que en caso de cancelarse un préstamo por anticipado, el deudor pagará el capital adeudado a la fecha y los intereses del período transcurrido, ya sea día o mes, desde que se efectuó el último pago hasta la fecha en se cancela el préstamo. ***En caso de que la obligación sea cancelada antes de su vencimiento, los intereses no devengados serán devueltos al cliente en base al método denominado Suma de Años Dígitos (Tabla del 78) o Línea Recta.***

Se colige de lo anterior, que el deudor puede cancelar su obligación con la empresa financiera antes del vencimiento del contrato, por lo que los intereses no devengados, *es decir aquellas sumas descontadas con anticipación le serán devueltas en base al método denominado Suma de Años Dígitos (Tabla del 78) o Línea Recta.*

Después de haber estudiado la legislación copiada y relativa al conflicto en cuestión, procedemos a contestar la inquietud elevada, la cual dice: ***¿Es procedente que las Empresas Financieras incluyan en sus contratos de préstamos una cláusula que penaliza al usuario o consumidor, por hacer una cancelación anticipada de un financiamiento o préstamo?***”

El Código Civil en su artículo 1106 dispone que los contratantes pueden establecer los pactos, ***cláusulas*** y condiciones que tengan conveniente, ***siempre que no sean contrarios a la ley***, a la moral ni al orden público.

De acuerdo al texto copiado las partes pueden establecer los pactos, ***cláusulas*** y condiciones que estimen conveniente siempre que ***no sean contrarios a la ley***, a la moral ni al orden público; sobre este punto, observamos que la cláusula objeto de examen se contrapone a la ley 42 de 2001. Para mayor ilustración transcribiremos la Cláusula comentada:

“Cláusula N°. El deudor por la presente ***se obliga a no hacer pagos al capital del préstamo en exceso a la mensualidad pactada antes de la mitad del plazo acordado*** en este contrato, contados a partir de la firma del mismo (o a partir de la inscripción en el Registro Público de la correspondiente escritura). ***En caso de que el deudor incumpla la anterior obligación acepta pagar en concepto de penalización un 3% sobre saldos insolutos***”.

Este despacho es de opinión que la cláusula comentada contradice lo señalado en la ley 42 de 2001, toda vez ***que obliga al deudor a no hacer pagos al capital del préstamo antes de la mitad del plazo acordado***; cuando en el artículo 31, párrafo segundo de la citada ley 42, se preceptúa tajantemente ***que el deudor puede cancelar su obligación antes del vencimiento del contrato***. Veamos:

“**Artículo 31.** En caso de cancelarse un préstamo por anticipado, el deudor pagará el capital adeudado a la fecha y los intereses del período transcurrido, ya sea día o mes desde que se efectuó el último pago hasta la fecha en que se cancela el préstamo. ***En caso de que la obligación sea cancelada antes de su vencimiento, los intereses no devengados serán devueltos al cliente en base al***

método denominado Suma de Años Dígitos(Tabla del 78) o línea recta. (Subrayado nuestro).

Por consiguiente, si la Ley 42 de 2001 en su artículo 31 permite al deudor o prestatario cancelar la deuda antes del vencimiento del contrato, a contrario sensu, no se puede penalizar al mismo, por el pago de la obligación antes del vencimiento del contrato. Lo anterior queda corroborado al indicarse que los intereses no devengados le serán devueltos, sin ningún tipo de penalización.

En otro orden de ideas, la cláusula comentada es a nuestro juicio abusiva, toda vez que restringe el derecho del adherente o consumidor a cancelar la obligación antes del vencimiento del contrato e incluso lo penaliza con un 3% sobre saldos insolutos de no cumplir con dicha obligación; sobre el particular, la ley 29 de 1 de febrero de 1996 “*por la cual se dictan normas sobre la defensa de la competencia y se adoptan otras medidas*” artículo 62, regula este tipo de cláusulas como abusivas y absolutamente nulas cuando importen una renuncia o restricción de los derechos del consumidor. Veamos:

“Artículo 62. Nulidad absoluta de cláusulas abusivas en contratos de adhesión. Son abusivas y absolutamente nulas, las condiciones generales de los contratos de adhesión que:

1. restrinjan los derechos del adherente o consumidor, aunque tal circunstancia no se desprenda claramente del texto;
2. ...
3. Favorezcan excesivamente o desproporcionadamente la posición contractual de la parte otorgante o proveedor, e **importen renuncia o restricción de los derechos del adherente o consumidor.**”

En conclusión este despacho, coincide con el criterio legal del Departamento de Asesoría Jurídica del Ministerio de Comercio e Industrias en el sentido, de que el artículo 31 de la Ley 42 de 2001, sí permite la cancelación de la obligación por parte del deudor antes del vencimiento del contrato y establece además la devolución de los intereses no devengados, impidiendo con ello, cualquier tipo de penalización.

Por consiguiente, no debe incluirse en los contratos de préstamos, una cláusula que penalice al deudor o prestatario que cancele por anticipado su préstamo ya

que sería contrario a lo que dispone la ley 42 de 2001 en su artículo 31, párrafo segundo.

Con la pretensión de haber aclarado su interrogante, me suscribo de usted, con mi mas alta estima y consideración.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/20/hf.