

Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia: análisis desde la regulación de protección al consumidor

GUILLERMO BETANCOURT CARDONA¹

RESUMEN

La expedición de la Ley 1480 de 2011 remozó la acción jurisdiccional de protección al consumidor financiero para que, basado en una delegatura de dedicación exclusiva, surgiera un foro independiente que examinara las controversias contractuales surgidas entre consumidor y entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, en el marco de la actividad financiera, bursátil y aseguradora. Empero, la aplicación del procedimiento judicial aunado a interpretaciones del mismo fallador administrativo, requieren un análisis de la regulación aplicable y el estado actual del arte en esta versión de justicia, para dimensionar su impacto en la protección del consumidor.

1 Abogado de la Universidad San Buenaventura, de Cartagena (2005). Especialista en Derecho del Mercado de Capitales, de la Pontificia Universidad Javeriana (2008) y en Derecho Comercial, de la Universidad de los Andes (2011). Ha sido profesor invitado de la especialización en Derecho de la empresa de la Universidad del Rosario, Bogotá. Se desempeña como Coordinador Jurídico y Secretario General del grupo financiero Old Mutual – Skandia, Bogotá, Colombia. Correo-e: gbetacard83@gmail.com. Fecha de recepción: 15 de enero de 2014; Fecha de modificación: 16 de julio de 2014; Fecha de aceptación: 3 de octubre de 2014. Para citar el artículo: Betancourt Cardona, Guillermo (2014). "Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia financiera de Colombia: análisis desde la regulación de protección al consumidor", en *Revista Digital de Derecho administrativo*, n° 12. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 141-166.

Palabras clave: Funciones jurisdiccionales; Contrato; Protección del consumidor; abuso de Derecho; Superintendencia Financiera de Colombia.

Jurisdictional functions of Colombia's Financial Superintendence: a consumer protection regulatory analysis

ABSTRACT

The enactment of Law 1480 issued in 2011, in which the legislator renewed the court action for financial consumer protection, allows it to create, based on a full-time task devoted to this function, an independent forum that examines the contractual disputes between consumers and the financial entities supervised by the Superintendence in the context of financial, stock-market and insurance activities. However, the roll out of the new procedure, along with the interpretations by administrative judges, requires analysis of the applicable regulation and comparable state-of-the-art regulations in order to comprehend its impact on consumer protection.

Keywords: Jurisdiction; Contract; Consumer protection; Abuse of rights.

INTRODUCCIÓN

La protección al consumidor y los instrumentos a través de los cuales se concreta dicha protección pueden rastrearse hoy en día en casi todos los estamentos normativos en los que se involucran relaciones de consumo de cualquier naturaleza.

Los mercados regulados, en forma especial por sus asimetrías, presentan normas más bien fuertes en este aspecto, variando naturalmente de sector, renglón o incluso del segmento económico al que pertenecen los productos o servicios respecto de cuya prestación, operación o entrega se reclame protección por un consumidor. En efecto, sectores como el mercado de energía eléctrica, agua y alcantarillado y servicios públicos domiciliarios en general requieren de un nivel de protección diferente al que podría requerir un consumidor de electrodomésticos o de artículos de consumo masivo; y más aún si de lo que hablamos es del ahorro, la inversión y la contratación de seguros en el mercado financiero.

En efecto, la complejidad de los productos y servicios de los mercados financieros, así como los riesgos que le son inherentes, han llevado al legislador a generar un andamiaje de recién consagrados, otros renovados y algunos

remasterizados mecanismos de protección en este específico ámbito de la vida económica, llegando incluso a investir de facultades judiciales a organismos administrativos para conocer de ciertos asuntos.

Conforme con lo anterior, en la investigación para este trabajo se encontró que dichos mecanismos de protección se manifiestan en dos líneas de regulación: una relacionada con los derechos de los consumidores y otra relacionada con la supervisión de los mercados financieros, bursátiles y de seguros en su carácter de mercados regulados.

La relacionada con la supervisión de mercados regulados, y en particular los financieros, bursátiles o de seguros, proviene de la regulación económica, distinguida en algunos casos del Derecho público económico (ARIÑO, 2012). En el caso colombiano, el espectro regulatorio se estructura en torno a diversos actores e instrumentos: en primera instancia se encuentra el Congreso de la República, que expide leyes marco, seguido del gobierno nacional, en cabeza del Ministerio de Hacienda, que reglamenta dichas leyes a través de decretos². Estas leyes marco establecen criterios, objetivos e instrumentos para la labor de reglamentación a cargo del gobierno nacional que, con más dinamismo y celeridad que una ley (por su natural y complejo trámite de discusión, aprobación y sanción) puede adaptar la regulación al maleable perímetro regulatorio que crece conforme se desarrollan y sofistican las operaciones de estos mercados.

La existencia de este esquema y sus instrumentos encuentra su justificación en complejidades propias de los sistemas financiero, bursátil y asegurador, como "el fomento de la competencia y en el control de factores externos que no son asimilados por el mercado" (ZAMORA, 2012); entre ellos, la asunción de riesgos que, como es sabido, son inherentes a todas las actividades humanas. Esta situación ha llevado a que las normas del sistema muten cada vez con más agilidad buscando incluso ir a su par.

Resultado de lo anterior, la regulación está empujando la supervisión que despliega el Estado a través de la Superintendencia Financiera, al igual que la mayor parte de los supervisores en el mundo, de una supervisión basada en el cumplimiento de la norma (*rules-based*) hacia una supervisión basada en los riesgos (*risk-based*): la primera se enfoca en la verificación del cumplimiento de la norma, y la segunda, en los riesgos que enfrenta la entidad vigilada de forma que la supervisión se oriente a mitigar los mismos.

Esa regulación y supervisión basada en riesgos enfoca diversos eventos en el diario discurrir de una entidad financiera, uno de los cuales es el riesgo reputacional³ cuya principal concreción se observa en las quejas y reclamos que

2 Ciertamente, existen otros actores que complementan esta estructura, tales como la Superintendencia Financiera de Colombia, cuyo principal objetivo es supervisar los mercados mencionados.

3 Por riesgo reputacional se entiende "(...) la posibilidad de pérdida, debido a que publicidad

los usuarios o clientes⁴ de las entidades financieras que hacen parte de estos sistemas interponen buscando la tutela de sus intereses. Este eslabón nos lleva al segundo tipo de regulación analizada en este documento: la protección al consumidor.

De estirpe igualmente económica, la regulación o las normas para la protección del consumidor –objeto de este documento–, no se refieren a cualquier clase de consumidor, sino al de productos y/o servicios financieros, bursátiles o aseguradores, el cual, por las diversas circunstancias propias de estos mercados, se encuentra en una situación aún más desventajosa que consumidores de otros mercados regulados. En efecto, con la expedición de la Ley 1328 de 2009, por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones, se estableció desde su artículo primero que su objeto y ámbito de aplicación estaría enfocado en el establecimiento de “(...) los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia (...)”. Entre otras manifestaciones, con esta ley el legislador no escatimó caracteres para ofrecer una definición nítida de consumidor financiero⁵ de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia⁶ (en adelante entidades vigiladas).

Con esta norma, también denominada de reforma financiera, se instauró un nuevo y trascendental régimen de protección al consumidor financiero, que abarca diversos aspectos de importancia, la cual, sumada a la Ley 1480 de 2011⁷ (en adelante Estatuto del Consumidor), complementó las acciones

negativa respecto de la institución y sus prácticas de negocios, cierta o no, cause pérdida de clientes, disminución de ingresos o procesos judiciales” (USTÁRIZ, 2007).

4 Como especies del género consumidor financiero, de acuerdo con lo establecido en el art. 2, Ley 1328 de 2009.

5 Personificado como todo cliente, usuario o cliente potencial.

6 “(...) las únicas entidades legalmente autorizadas para la captación, manejo, aprovechamiento o inversión de recursos del público, son las sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia, a saber: los bancos; las compañías de financiamiento comercial; las corporaciones financieras; las cooperativas financieras; los organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero; las entidades oficiales especiales; las sociedades fiduciarias; las secciones de ahorro y crédito de las cajas de compensación; las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía; las sociedades comisionistas de bolsa independientes; comisionistas de bolsa de valores y de bolsas agropecuarias, agroindustriales y de otros productos básicos; las sociedades administradoras de inversión; los fondos mutuos de inversión; los emisores de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores y las sociedades de capitalización, según las modalidades que la ley expresamente establece para cada tipo de entidad. Así mismo, las únicas entidades autorizadas para la realización de operaciones de seguros son las compañías y cooperativas de seguros sometidas a la inspección, vigilancia control y de esta Superintendencia” (Recuperado el 08/01/2014 en <http://www.superfinanciera.gov.co>).

7 Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.

y mecanismos de protección al servicio de los consumidores financieros, piezas normativas en torno a las cuales gravitan los mecanismos y acciones de protección que se establecen a favor de dicho consumidor, pasando por mecanismo de protección general hasta llegar a la remozada acción jurisdiccional de protección a cargo de la Superintendencia Financiera de Colombia.

I. REGULACIÓN ESPECIAL VERSUS REGULACIÓN GENERAL

Los motivos por los que el legislador consideró de importancia llegar a las disposiciones establecidas en la Ley 1328 de 2009 en julio de 2009 y, sobre todo, al régimen de protección contenido en la misma respecto de un consumidor de tan especial sector productivo como lo es el financiero, bursátil y asegurador, se centra principalmente en la clara desigualdad económica existente entre los consumidores financieros y sus contrapartes, explicada al albor de la teoría de los Contratos de Adhesión o Masivos, acuerdos en los que no hay lugar a la negociación de las disposiciones convencionales que atan a las partes, sino que el extremo más débil de la relación se limita a aceptar las predisuestas por el extremo económicamente fuerte (Concepto 22009074985-004 del 26 de noviembre de 2009, Superintendencia Financiera).

Posteriormente, en reconocimiento de la especialidad de la Ley 1328 de 2009 respecto de los consumidores financieros, y la vetustez del antiguo Estatuto General del Consumidor (Decreto-Ley 3466 de 1982) que dejaba en franco rezago a los consumidores de los demás segmentos de nuestra economía "(...) el Congreso Nacional adoptó un nuevo Estatuto del Consumidor conforme con los mandatos de la Constitución Política de 1991" traducido en el Estatuto del Consumidor (GIRALDO, CAYCEDO y MADRIÑÁN, 2012).

Ahora bien, en el análisis de la Superintendencia Financiera, haciendo un paralelo entre el régimen de protección de la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1480 de 2011, puntualmente en cuanto a la noción de consumidor, se considera que dichas leyes "no son excluyentes sino coincidentes" y que incluso se tolera la aplicación del Estatuto del Consumidor (como norma general) al ámbito del Derecho financiero, bursátil y asegurador ante vacíos de su regulación especial, advirtiendo en todo caso que tal decisión se basará en el análisis casuístico y el vacío normativo particular (Concepto 2011027629-004 del 23 de mayo de 2011).

Empero, los mecanismos de protección analizados en este documento provienen no solo de estas leyes, sino que se detectan también en la regulación complementaria de las mismas, e incluso en otras normas generales, las cuales serán analizadas en el siguiente acápite.

II. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL SECTOR FINANCIERO, ASEGURADOR Y BURSÁTIL: MECANISMOS GENERALES

No obstante lo hasta aquí anotado, el panorama de protección no es desolador para el consumidor financiero como parte débil de las intrincadas relaciones del comercio financiero, bursátil y asegurador.

En este punto bien vale la pena poner de presente que algunos autores son dados a considerar que el Derecho del consumo o la protección al consumidor hacen parte de una tendencia del Derecho privado moderno (VILLALBA, 2009), mientras que otros lo ubican dentro del Derecho económico y en ocasiones dentro del Derecho público económico.

De cualquier forma, y más allá del estamento doctrinario en el que pueda ser ubicado, lo cierto es que diversas normas, generales y especiales, han propendido por traducir ese anhelo de protección en protecciones concretas, conformándose un discreto pero poderoso arsenal de acciones, mecanismos y figuras de control para la protección (directa e indirecta) de los mencionados consumidores financieros, entre los que encontramos acciones o mecanismos genéricos (que plantaremos de forma general) en otras ramas del Derecho privado, para arribar al Defensor del Consumidor Financiero y concluir con la Superintendencia Financiera como competente para conocer de la acción de protección jurisdiccional a favor de los consumidores financieros foco de este documento:

- Acciones o mecanismos contra el abuso del derecho por parte del extremo dominante de la relación económica.
- Órganos de supervisión, control y protección del consumidor financiero.
- Las funciones conciliadoras del defensor del consumidor financiero y la acción jurisdiccional de protección al consumidor bajo la vigencia del estatuto del consumidor.

A. ACCIONES O MECANISMOS CONTRA EL ABUSO DEL DERECHO POR PARTE DEL EXTREMO DOMINANTE DE LA RELACIÓN ECONÓMICA

Dentro de las acciones genéricas, encontramos consagrada a nivel de codificaciones nacionales en el artículo 830 del actual Estatuto Mercantil, la teoría del abuso del Derecho, que tiene amplia acogida en nuestra historia legislativa, la cual dispone que "el que abuse de sus derechos (...) está (...) obligado a indemnizar los perjuicios que cause".

Se considera que "(...) con la noción de abuso del Derecho se mira la manera como su titular se comporta dentro del marco preestablecido de sus prerrogativas para precisar si, no obstante haber observado los límites externos de su derecho, su comportamiento puede ser calificado de abusivo" (SUESCÚN, 2005).

Ahora bien, como se indicó en la parte inicial, el abuso del Derecho a través del abuso de posición dominante en contratos de adhesión es una práctica que puede viciar las relaciones convencionales en el sector financiero, bursátil y asegurador. Y es así como dentro de las normas especiales de abuso del Derecho, se encuentra que la misma Ley 1328 de 2009, al reconocer la tangente gravedad de las situaciones abusivas a que se ven expuestos los consumidores financieros, dedicó el Capítulo V, Título 1 de su cuerpo normativo el régimen de cláusulas y prácticas abusivas, siguiendo una orientación alemana con listados de cláusulas prohibidas o listas negras:

- (i) sobre cláusulas abusivas se establece la prohibición de incluir este tipo de estipulaciones dentro de los contratos de adhesión de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, precisando algunas de éstas cláusulas *ibídem* y atribuyéndole al mencionado organismo de supervisión la posibilidad de definir otras de manera previa y general⁸ y estableciendo como consecuencia que cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato o acuerdo se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero;
- (ii) también con una perspectiva amplia e innovadora, la Ley 1328 de 2009 prohibió a las entidades vigiladas incurrir en *prácticas* abusivas, permitiéndose el legislador señalar algunas de estas prácticas, e igualmente facultar a la Superintendencia para definir otras de forma previa y general.

La incursión en prácticas abusivas será objeto de sanciones por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia.

En la actualidad, se señalan como abusivas las siguientes prácticas de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera (art. 12):

- a. El condicionamiento al consumidor financiero por parte de la entidad vigilada de que este acceda a la adquisición de uno o más productos o servicios que presta directamente o por medio de otras instituciones vigiladas a través de su red de oficinas, o realice inversiones o similares, para el otorgamiento de otro u otros de sus productos y servicios, y que no son necesarias para su natural prestación.
- b. El iniciar o renovar un servicio sin solicitud o autorización expresa del consumidor.
- c. La inversión de la carga de la prueba en caso de fraudes en contra de consumidor financiero.

8 Atribución refrendada por la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad de estas normas según lo analizado en la Sentencia C-909 de 2012, M.P.: NILSON PINILLA PINILLA.

La mencionada facultad de la Superintendencia Financiera de Colombia de definir de forma previa y general más cláusulas y prácticas abusivas se tradujo en la Circular Externa 039 de 2011 con la que se adiciona el numeral 10 "Cláusulas y prácticas abusivas" al Capítulo Sexto, Título I de la Circular Básica Jurídica del mencionado organismo de vigilancia.

A través de esta instrucción, la Superintendencia estableció nuevas cláusulas abusivas basadas en la experiencia práctica de la supervisión de las entidades sometidas a su vigilancia, y definió prácticas abusivas de importancia para la actividad financiera, aseguradora y bursátil, todas teniendo como norte la protección del consumidor financiero como parte débil en una relación económica plagada de asimetrías, desigualdades y abusos.

Finalmente es menester poner de presente que en todo caso, ante cualquier abuso por parte de una entidad vigilada, el consumidor financiero conserva la posibilidad de acudir ante dicha entidad a fin de exponer su inconformidad, la cual no es obligatoria y es en todo caso optativa para el consumidor, quien igualmente podría acudir en primera instancia al Defensor del Consumidor, a la misma Superintendencia Financiera para radicar una petición, queja o reclamo y en algunas ocasiones hasta ante el Autorregulador del Mercado de Valores si la inconformidad está referida a asuntos relacionados con la intermediación de valores.

B. ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN, CONTROL Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FINANCIERO

También dentro de los mecanismos generales de protección, se encuentran los diversos órganos, internos y externos, que realizan supervisión, control de forma general e incluso específica sobre las peticiones, quejas y reclamos de los consumidores.

En primera instancia se revisará al supervisor, respecto del cual la tradición legislativa occidental, propia de economías capitalistas en las que la oferta y la demanda sientan las bases de la regulación económica, ha establecido una serie de anillos de seguridad para garantizar la idoneidad y capacidad financiera de aquellas personas autorizadas para captar, manejar y aprovechar los recursos del público, de forma que sean autorizadas por el Estado para desarrollar esta actividad, debiendo además suministrar información permanente para efectos del ejercicio de una adecuada supervisión que tiende a preservar la salud de los mercados. En el caso colombiano, la Superintendencia Financiera de Colombia, por virtud de la Constitución y la ley, es competente para conceder las autorizaciones de creación y funcionamiento de las entidades que se dedicarán a captar, manejar y aprovechar los recursos del público, constituyéndose en el órgano de supervisión de las entidades vigiladas. Para lo anterior, este organismo técnico –que tiene como misión preservar la confianza pública y la estabilidad del sistema financiero; mantener la integridad, la eficiencia y la

transparencia del mercado de valores y demás activos financieros, y velar por el respeto a los derechos de los consumidores financieros y la debida prestación del servicio—⁹, verificará, entre otros aspectos, las calidades personales e institucionales de los accionistas, su capacidad financiera, idoneidad moral, etc. De no encontrarse acreditadas estas facultades o desaparecer de forma sobreviniente luego de ser concedidas las mencionadas autorizaciones, el organismo supervisor dispone de diversos mecanismos de intervención con miras a la preservación de la integridad del mercado en que actúan sus vigiladas. Igualmente, esta Superintendencia está facultada para, dentro de sus atribuciones de inspección y vigilancia, revisar la forma como dichas entidades vigiladas cumplen las normas que las gobiernan, pudiendo disciplinarlas ante eventos de incumplimiento según el régimen sancionatorio a cargo de esta entidad.

En segunda instancia, podemos citar la principal figura de control externo de las entidades vigiladas: el Revisor Fiscal. Establecida en el Código de Comercio a partir del Artículo 203 y siguientes de este estatuto, la Revisoría Fiscal es una figura de control presente en todas las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, de conformidad con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el que se establece que “Toda entidad sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria (...) hoy Superintendencia Financiera de Colombia (...), cualquiera sea su naturaleza, con excepción de los intermediarios de seguros, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 45 de 1990, deberá tener un revisor fiscal designado por la asamblea general de accionistas o por el órgano competente”.

Sus funciones normalmente se centran en actividades de control referidas a estados financieros, sistemas de administración de riesgos, entre otros temas no menos despreciables, los cuales, no obstante no estar intencionalmente dirigidos a la protección del consumidor, indirectamente tutelan sus intereses al asegurar que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia se adhieran a las normas que les son aplicables en el ejercicio de sus funciones, influenciando de forma positiva el resultado para el consumidor, traducido en mejores rentabilidad, asunción responsable de riesgos, sistema de control adecuado, entre otros.

En la actualidad, se han venido sosteniendo prácticas que llevan al Revisor Fiscal incluso a recibir comunicaciones de clientes manifestando inconformidades respecto de los servicios o productos prestados u ofrecidos por las entidades vigiladas. Naturalmente que las anteriores sirven de fundamento para actividades adicionales de auditoría, al paso que agregan valor a la gestión de la entidad a través de los planes de mejoramiento que surgen de los hallazgos de este órgano de control.

9 Disponible en el sitio Web de la Superintendencia financiera: www.superfinanciera.gov.co. Recuperado el 22 de febrero de 2014.

En tercer lugar, el Contralor Normativo como una instancia de control igualmente externo, primero fue instituida por la Ley 964 de 2005 como obligatoria para las sociedades comisionistas de bolsa buscando "introducir en Colombia esta figura, la cual es de común arraigo en otras partes del mundo" (Exp. Motivos, Ley 964, 2005), resultando importante analizar las funciones que la ley le ha atribuido considerando su orientación hacia la protección del consumidor. Efectivamente, la mencionada Ley 964 de 2005, también conocida como Ley Marco del Mercado de Valores, definió a esta nueva figura de control como "una persona independiente nombrada por la junta directiva de la sociedad" (Artículo 21) cuyas funciones se enfocan, en términos generales, en buscar "que la actuación de estos agentes se adecúe al marco regulatorio del mercado de valores, impidiendo que su actuación desborde su objeto social y vulnere los intereses de sus clientes" (Exp. Motivos, Ley 964, 2005) (destacado por fuera del texto).

Dentro de las funciones más relevantes del Contralor Normativo se encuentra su facultad para establecer los procedimientos que aseguren el cumplimiento por parte de las Sociedades Comisionistas de Bolsa, de las leyes, reglamentos, estatutos y, en general, toda la normatividad y medidas internas que les son aplicables.

Por otra parte, y hasta la expedición del Decreto 1242 de 2012^[10-11], esta figura de control también era aplicable a sociedades fiduciarias, sociedades comisionistas de bolsa y sociedades administradoras de inversión, en razón de su actividad de administración de carteras colectivas, las cuales, por disposición del hoy derogado¹² Decreto 2175 de 2007^[13], debían contar con esta figura de control, siendo depositaria de más de 11 atribuciones igualmente en beneficio de los consumidores. Sin embargo, la reforma introducida con el Decreto 1242 eliminó esta figura de las actividades de administración de fondos de inversión colectivas, conservándose en la actualidad su vigencia respecto de las demás actividades desarrolladas por las sociedades comisionista de bolsa.

Por último, es menester poner de presente que las funciones del contralor normativo se ejercerán sin perjuicio de las que correspondan al revisor fiscal y al auditor interno, de conformidad con la legislación aplicable.

El motivo de traer a colación estos organismos estatales y los órganos de control de las entidades vigiladas, con fundamento en lo analizado, es dar luz sobre la protección indirecta que a los consumidores ofrecen, por medio del

10 Por el cual se sustituye la Parte 3 del Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con la administración y gestión de los Fondos de Inversión Colectiva (el cual deroga expresamente el Decreto 2175 de 2007 y sus apartes antes contenidos en el (Decreto único, 2555 de 2010).

11 Incorporado al (Decreto Único, 2555 de 2010).

12 Por disposición del Decreto 1242 de 2012, remplazando con su texto las reglas del Decreto 2175 de 2007.

13 Por el cual se regula la administración y gestión de las carteras colectivas.

cumplimiento de sus funciones legales, estatutarias y corporativas, tendientes al ordenado funcionamiento de la entidad.

C. LAS FUNCIONES CONCILIADORAS DEL DEFENSOR DEL CONSUMIDOR FINANCIERO Y LA ACCIÓN JURISDICCIONAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR BAJO LA VIGENCIA DEL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

Sea lo primero indicar que ambas atribuciones objeto de examen en este acápite, conllevan una atípica administración de justicia bajo la perspectiva histórica de que esta es ejecutada por jueces de la República, por disposición constitucional superior.

Empero, bajo la Constitución Política de 1991, se migró a un sistema de justicia en el que su impartición ya no reposaba solo en manos del Estado por intermedio de los jueces de la República; por el contrario, la justicia ahora se apoyaría en otras autoridades, e incluso particulares, alcanzando así, como bien se resume en el artículo "los procesos de 'desestatización' de la justicia (...) buscando hacerla (...) más accesible y, por tanto, acorde a las expectativas y necesidades de la ciudadanía" (BURGOS, 2012), alcanzando una reforma a la justicia tradicional que igualmente redundaría en beneficios de sus usuarios, entre otros efectos, facilitando su descongestión.

En efecto, reza el artículo 116 superior:

(...)

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a *determinadas autoridades administrativas*.

(...).

Respecto de la Superintendencia Financiera de Colombia, implica la existencia de una autoridad administrativa que imparte justicia en los términos del apartado en cita. Y continúa la norma:

(...)

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

(...)

Respecto del Defensor del Consumidor Financiero, personificado bien por una persona natural o una jurídica, en todo caso de Derecho privado, implica el revestimiento transitorio de funciones judiciales a un particular.

No debe perderse de vista que, si bien el constituyente de 1991 buscó ampliar el espectro de la administración de justicia en Colombia, en el caso del ejercicio de funciones de esta estirpe por parte de entes administrativos, debe estar ordenado por una ley de la República, como claramente se desprende del artículo 116 transcrito parcialmente en la precedencia. En este caso, la Superintendencia, al ejercer funciones jurisdiccionales, actúa con las facultades propias de un juez, al dirimir la controversia sometida a su conocimiento.

A continuación se analizará la función de defensoría del consumidor, seguido de la acción de protección jurisdiccional.

1. El defensor del consumidor financiero y su función conciliadora

En las voces de la Ley 1328 de 2009, "será una institución orientada a la protección especial de los consumidores financieros, y como tal, deberá ejercer con autonomía e independencia".

En tal sentido, la pluricitada Ley 1328 de 2009 estableció diversas funciones a este órgano independiente, instituido para la salvaguarda de los consumidores, siendo naturalmente la más notable conocer y resolver en forma objetiva y gratuita para los consumidores, las quejas que estos le presenten y ser vocero de los consumidores financieros ante la respectiva entidad vigilada.

Adicionalmente, con la reforma se contempló la posibilidad de que este Defensor del Consumidor, más allá de las funciones connaturales a su cargo (previas a la reforma y las surgidas de la misma) estuviera facultado para actuar como conciliador entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas en los términos indicados en la Ley 640 de 2001, previa indicación explícita de ambos extremos en conflicto de que el caso sea atendido en desarrollo de la función conciliadora, siendo la misma desarrollada en profundidad a través del Decreto 2281 de 2010, incorporado al Decreto Único 2555 de 2010¹⁴. En efecto, para la Superintendencia Financiera el defensor está "actuando temporalmente como juez, en desarrollo de lo establecido en el artículo 116 de la Constitución" (Concepto 2010059365-001 del 22 de septiembre de 2010).

Para el caso que nos ocupa, la extensión de este mecanismo alternativo de solución de conflictos y su atribución a la instancia de la defensoría (ejercida por particulares) obedeció en su momento a la "creciente necesidad de los consumidores financieros de contar con un mecanismo especial y alternativo de solución de controversias (...)", según lo indicado en la exposición de motivos de la reforma instaurada con la Ley 1328.

No obstante, el legislador, al considerar la importancia de la función y la especialidad de la materia, estableció especiales calidades que deben concu-

14 Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.

rrir en este defensor, tales como el título de abogado, la certificación como conciliador, posesión ante la Superintendencia e, incluso, la inscripción en un registro público de estas figuras, a fin de facilitar su difusión y conocimiento por parte de los consumidores.

2. Acción de protección jurisdiccional ante la Superintendencia Financiera de Colombia

Finalmente, se suman a este mosaico de amparos las acciones de protección más recientes establecidas en el Estatuto de Protección.

El Estatuto del Consumidor, como norma de carácter palmariamente general, en contraste con piezas legislativas de orientación especial y sectorial (y los desarrollos de las mismas) —como la Ley 964 de 2005 y la Ley 1328 de 2009—, considera la importancia de dotar de instrumentos ágiles a los consumidores de todos los sectores de la economía, sin distingo de las normas generales o especiales en que se sustenten sus derechos.

En efecto, el artículo 56 del Estatuto del Consumidor establece las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor en los términos generales; con todo, y por el carácter especial de las normas para el sector financiero, bursátil y asegurador, es necesario parafrasear para reorganizar en una nueva lista comenzando por las acciones populares, las de grupo y la acción de protección al consumidor: el competente para conocer de las primeras es la jurisdicción ordinaria, mientras que respecto de la acción de protección al consumidor se encuentran facultadas tanto la jurisdicción ordinaria como las autoridades administrativas que han sido investidas de funciones judiciales.

Lo anterior se justifica en una revisión superficial de la norma original, en cuyo texto se prevé igualmente una acción jurisdiccional enderezada al establecimiento de "(...) responsabilidad por daños por producto defectuoso (...) que se adelantarán ante la jurisdicción ordinaria" (art. 56, Ley 1480 de 2011), la cual no es procedente respecto de productos o servicios financieros, bursátiles o de seguros por su especial naturaleza y sobre todo por su carácter, en la mayoría de los casos, intangibles. Como se ha indicado en la precedencia, el Estatuto del Consumidor, como régimen general, en oposición al especial establecido en las demás normas indicadas a lo largo de este documento, apunta a un segmento de consumidores de bienes y/o servicios suministrados por un actor de lo que se ha denominado la cadena de producción, distribución y comercialización, concepto que no tiene cabida en el objeto social de las entidades consagradas a la captación, manejo, aprovechamiento o inversión de recursos del público, sí se tiene presente que como comerciantes profesionales y especializados, en la mayoría de los casos y salvo algunas excepciones explícitas, les está vedado delegar o contratar con otros actores las gestiones propias de la prestación de los aludidos productos y/o servicios. La limitación encuentra asiento primeramente en la teoría de los estatutos excepcionales, que

rige la actividad de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, según la cual estas entidades vigiladas "no pueden realizar sino aquellas operaciones que expresamente les han sido autorizadas por el legislador" (Dirección Jurídica - Pronunciamiento interno. Diciembre 2005 - Febrero 2006). Para lo anterior, el Estado, a través de la Superintendencia Financiera, asegurándose de la idoneidad, solvencia moral, y capacidad financiera, autoriza previamente la realización de actividades de captación o aprovechamiento de recursos del público a una persona jurídica, la cual una vez concedida, no es susceptible de delegación o cesión "a ninguna otra sociedad comercial que no cuente con la previa autorización del Estado" (ídem).

Además, como ya se esbozó, la misma naturaleza de los productos y/o servicios ofrecidos por las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera no tolera la existencia de un producto o servicio defectuoso, al menos no en la concepción del Estatuto del Consumidor. En esta preceptiva, el producto defectuoso es aquel que amenaza la salud, la vida o la integridad del consumidor, al paso que los productos o servicios de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera constituyen "operaciones legalmente autorizadas que se instrumentan en un contrato celebrado con el cliente o que tienen origen en la ley. Se entiende por servicios aquellas actividades conexas al desarrollo de las correspondientes operaciones y que se suministran a los consumidores financieros" (art. 2 Ley 1328 de 2009).

Además debe tenerse en cuenta que muchos de los productos o servicios ofrecidos por las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera se basan en el alea; incluso en los mejores esfuerzos de los profesionales especializados que se dedican a la administración de estos recursos, estando prohibida en algunos casos la garantía de rentabilidades considerando los riesgos propios de los mercados de activos financieros a los que se acude para invertir.

Ahora bien, no es materia de este documento analizar las acciones populares y de grupo, las cuales siguen siendo objeto de canalización ante la justicia ordinaria, siendo el foco de la presente el ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas.

Resta entonces analizar la mencionada acción, establecida en el Estatuto del Consumidor, cuya competencia es atribuida a la Superintendencia Financiera, mencionando las demás acciones jurisdiccionales de que actualmente conoce este organismo técnico.

2.1. Orígenes y consagración actual

En efecto, sea lo primero anotar que las facultades jurisdiccionales de esta Superintendencia se remontan hasta la Ley 446 de 1998, la cual expidió normativa de propia de un código sin requerir facultades *pro tempore*, tal y como fuera prohibido por la Constitución de 1991 (DE VIVERO, 2000), y en la que se establecieron competencias tanto a la otrora Superintendencia Bancaria como

a la Superintendencia de Valores, las cuales perviven hoy por hoy, como se verá más adelante.

En su momento, la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas fue objeto de reproches de constitucionalidad, resueltos entre otros, en la Sentencia de Constitucionalidad 1641 de 2000, en la que se analizó la delimitación de la competencia como factor determinante para demostrar que las atribuciones jurisdiccionales no tenían una vocación general de competencia¹⁵. Y sobre la base de ese análisis de excepcionalidad, establece la sentencia los linderos constitucionales que imprimen exequibilidad a la norma, siendo el primero un factor material evidenciado en la controversia contractual; se suma un factor personal, pues dicha controversia solo puede suscitarse entre una entidad vigilada y sus clientes; un factor referido a la cuantía (en aquel momento), y, finalmente, un factor de competencia, excluyendo con el mismo del conocimiento de la Superintendencia asuntos de orden penal o que debieran canalizarse por la vía de un proceso ejecutivo.

Así las cosas, y considerando que la Acción de Protección al Consumidor, establecida en el artículo 57 del Estatuto del Consumidor, cuenta con las delimitaciones fácticas y materiales indicadas, es procedente considerar que la misma cumple con las previsiones del artículo 116 superior y la jurisprudencia constitucional, para ser un instrumento de protección apto y legítimo a favor de los consumidores financieros. Esta acción, su redacción en el Estatuto del Consumidor y sus posibles implicaciones en el corto tiempo de aplicación de las normas que la consagran e instrumentalizan, en contexto de las acciones y mecanismos de protección revisados anteriormente, constituyen la médula de este documento.

Para lo anterior, se tendrá en cuenta el texto parcial del artículo 57 del Estatuto del Consumidor:

En aplicación del artículo 116 de la Constitución Política, los consumidores financieros de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia podrán a su elección someter a conocimiento de esa autoridad, los asuntos contenciosos que se susciten entre ellos y las entidades vigiladas sobre las materias a que se refiere el presente artículo para que sean fallados en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez.

En desarrollo de la facultad jurisdiccional atribuida por esta ley, la Superintendencia Financiera de Colombia podrá conocer de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales

15 Un estudio detenido de la disposición acusada muestra que no es cierto que esta confiera una atribución general para que la Superintendencia Bancaria conozca de todos los contratos desarrollados entre las entidades vigiladas y sus clientes, ni de todos los aspectos de esos contratos, puesto que la norma señala varias limitaciones y prohibiciones.

que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público.

El tenor de la norma se desglosará en función de interpretaciones o situaciones adicionales detectadas en la práctica financiera y en la práctica judicial de la Superintendencia y la forma como las mismas son acopladas en la estructura legal en comento:

- Titulares cobijados

Surge de contera que conservan los consumidores financieros titularidad de la acción para acudir o no ante la Superintendencia Financiera.

- Titulares cobijados con recursos interpretativos

No obstante, considerando que el concepto de consumidor financiero establecido en la Ley 1328 incluye al usuario¹⁶ y al potencial cliente¹⁷, no se encuentran facultados para incoar la presente acción de protección dado que la misma se funda en relaciones contractuales vigentes.

Sin embargo, como se verá seguidamente, en la práctica, y con un sentido de justicia pragmática, la Superintendencia Financiera de Colombia analiza incluso eventos relacionados con tratativas precontractuales en situaciones excepcionales, como por ejemplo contratos de mutuo bancario no perfeccionados por retracto al momento del desembolso.

- Origen de la controversia

En sede de la competencia que el mismo artículo provee a la Superintendencia, bien vale la pena profundizar en las controversias a las que se refiere esta acción: salta a la vista que corresponde a aquellos asuntos contenciosos entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de obligaciones contractuales relacionadas con la actividad financiera, bursátil, aseguradora.

Concatenado con lo anterior, es dable interpretar, *prima facie*, que las entidades vigiladas serían los únicos extremos pasivos de esta acción, puesto que, como se puso de presente, se escrutará el cumplimiento de obligaciones

16 Persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada (art. 2 Ley 1328 de 2009).

17 Persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta (art. 2 Ley 1328 de 2009).

contractuales relacionadas con la actividad financiera, bursátil, aseguradora. Todo aquello que no surja de una relación contractual, y aun surgiendo de ella que no guarde esa relación de conexidad con la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público, generará la inadmisión de la demanda para incoar esta acción.

Ad empero, y retomando el caso práctico indicado en el punto anterior, la Superintendencia considera que existe competencia jurisdiccional también cuando se rompen los deberes de la etapa precontractual, aun no existiendo *un contrato perfeccionado*, como ocurre con el retracto en la entrega de los recursos objeto del contrato¹⁸. Este análisis y aplicación novedosa por parte de la Superintendencia Financiera ciertamente amplifica el tipo infractor al que se refiere la acción, pues no requiere mayor esfuerzo encontrar situaciones similares en las que, al no existir un contrato perfeccionado, se violarán deberes precontractuales que activarán esta función jurisdiccional.

Por otra parte, bien es sabido por cualquier consumidor de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera que estas, al igual que cualquier otro comerciante en mercados altamente competidos, acuden a diversas y cada vez más creativas estrategias de atracción y fidelización de clientes. En desarrollo de las mismas encontramos en el imaginario de mercadeo la entrega de diversos beneficios o bienes, pasando desde artículos de hogar, hasta por electrodomésticos y llegando hasta programas de puntos redimibles en bienes o servicios, en todos los cuales normalmente participa un tercero no vinculado con el consumidor que se obliga, para con la entidad vigilada bajo convenios o contratos de colaboración empresarial, a suministrar dichos bienes o servicios a los consumidores de aquellas. En principio estos acuerdos subyacentes a la relación contractual con la entidad vigilada no afectan al consumidor; sin embargo, indefectiblemente llevan a que este establezca nuevas relaciones contractuales con su entidad vigilada por virtud de los beneficios o bienes recibidos.

En efecto, para aquellos casos en los que los bienes o servicios son recibidos por el consumidor como resultado de convenios y/o actividades de fidelización, incentivos o promociones por adquirir productos y/o servicios financieros, con buen sentido la Superintendencia Financiera ha entendido que las quejas o reclamos relacionados con la naturaleza o la calidad de estos bienes o servicios

18 En efecto, la Corte Suprema de Justicia (Sentencia, 1998), con ponencia de JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, determinó que el contrato de mutuo mercantil es de naturaleza real con fundamento en lo señalado por el artículo 1169 del Código de Comercio, norma que al establecer la posibilidad de celebrar la promesa del contrato de mutuo descarta la consensualidad de este negocio jurídico, de tal suerte que el perfeccionamiento del mismo solo se presenta cuando se hace la entrega real de los recursos correspondientes (Concepto: 1999016622-2, 1999).

pertenece a la esfera de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, por la relación que se predica con la satisfacción general derivada de dichos bienes y servicios, y la ausencia de vínculos contractuales con la actividad financiera, bursátil y aseguradora y otras relacionadas con la captación de recursos del público. Sin embargo, mirando crítica y contextualmente esta postura, podría considerarse e incluso interpretarse que, al igual que con el análisis práctico de los contratos de mutuo en la etapa precontractual (que activan la competencia jurisdiccional de la Superintendencia Financiera), si una entidad vigilada se sustrae del cumplimiento de las obligaciones contraídas con el consumidor en desarrollo de rifas, promociones, convenios o actividades de atracción o fidelización, obligaciones que surgen indirectamente de los nuevos productos o servicios contratados con la entidad vigilada por el consumidor, estos incumplimientos podrían igualmente activar la competencia jurisdiccional de la Superintendencia, basados en la conexión existente entre el nuevo producto o servicio contratado por el consumidor y el beneficio o bien que a cambio recibe o debía recibir. Todo esto sin agregar otros ingredientes, como incumplimientos normativos o publicidad engañosa. No obstante, este apartado del documento solo busca dejar planteada la existencia de una línea gris abierta para interpretación.

Para concluir, no debe confundirse nunca, para efectos de establecer la competencia de la Superintendencia Financiera, un incumplimiento contractual con un incumplimiento normativo: el primero se refiere a los asuntos contenciosos surgidos en el marco de una relación contractual entre una entidad vigilada y su consumidor en el marco de actividades financiera, aseguradora o bursátil, siendo competente la Superintendencia en cabeza de su Delegatura para asuntos jurisdiccionales. El segundo, se refiere a los incumplimientos de las normas que gobiernan el ser y hacer de las entidades vigiladas y activan una competencia diferente a cargo de la Superintendencia Financiera, en cabeza de las delegaturas institucionales encargadas de investigar y sancionar estas situaciones respecto de las entidades sobre las que ejercen sus facultades, con fundamento en el régimen sancionatorio establecido en los artículos 208 y siguientes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y desplegando funciones meramente administrativas.

- Fallos

Los fallos serán en Derecho. No obstante, de la redacción del artículo 58 del Estatuto del Consumidor Financiero pareciera surgir la posibilidad contradictoria de que los fallos se impartan en equidad, cuando en las voces de esta norma (visible en el numeral 9 de la misma) la Superintendencia Financiera podrá fallar "sobre las pretensiones de la forma que considere *más justa*".

Empero, y consultando el universo doctrinal disponible, existen voces de rechazo a una interpretación tal sin más argumentos, como se observa en el

siguiente extracto: "En los fallos que dicten los jueces ordinarios y la Superintendencia de Industria y Comercio (también aplicable a la Superintendencia Financiera), se tendrá en cuenta lo siguiente: a) Se decidirá de la forma que considera más justa para las partes según lo probado en el proceso. Esta expresión no permite concluir que se trate de fallos en equidad" (GIRALDO, CAYCEDO y MADRIÑÁN, 2012).

Para la Superintendencia Financiera, no existe hesitación en torno a la naturaleza del fallo en Derecho, no habiendo lugar a una interpretación tal que consienta la posibilidad de un fallo en equidad.

Para concluir, los fallos de la Superintendencia podrán ser *infra*, *extra* y *ultra petita*, con lo cual se rompe el principio de congruencia en la sentencia, pudiendo el fallador decidir sin considerar las pretensiones esbozadas en la demanda y fundado en los hechos probados dentro del trámite.

Ya se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia por medio de sentencias de casación civil en la que ha fijado el alcance de estas figuras¹⁹.

- Exclusiones

Se excluyen de la competencia de la Superintendencia las controversias que deban ser agotadas por el proceso ejecutivo, así como las de carácter laboral.

2.2. Procedimiento en el estatuto del Consumidor, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales y Código General del Proceso

Corresponde analizar el artículo 58 del Estatuto del Consumidor (procedimiento), el Artículo 24 de la Ley 1564 de 2012 (ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas en el Código General del Proceso) y el Decreto 720 de 2012 (por medio del cual se reorganiza la Superintendencia Financiera para crear la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales):

Considerando la extensión del artículo 58 en cita, y su carácter eminentemente procesal, los comentarios al mismo se centrarán en sus aspectos más relevantes, como se indica seguidamente: el procedimiento que gobernará las actuaciones judiciales de la Superintendencia a partir del 2 de enero 2014 será el previsto en el artículo 58 y el Código General del Proceso, observándose las reglas especiales establecidas en el mismo artículo.

Naturalmente que tratándose de una acción judicial, y siendo rogada nuestra justicia, el trámite principiará con la presentación de la demanda, la cual, fuera de cumplir con todos los requisitos de este tipo de escritos, deberá estar acompañada de una reclamación.

19 En cuanto omita o disminuya el tema a decidir (*citra petita*) (...) o *infra petita* (...), decida lo no pedido (*extra petita*) o conceda más de lo pretendido (*ultra petita*). (Sentencia de Casación Civil, n° 076, 2008).

El requisito de procedibilidad de la reclamación, con un contenido y requisitos reglados in extenso en el artículo 58 *ibídem* (varios de los cuales no resultan aplicables al sector financiero, bursátil y asegurador según veremos), en opinión de la Superintendencia Financiera, puede ser satisfecho también con una queja radicada ante el Defensor del Consumidor Financiero de las entidades vigiladas respecto de aquellos asuntos o controversias que igualmente caigan en el resorte de la competencia de este. Esta deferencia de la Superintendencia es consistente con el régimen de protección al consumidor establecido en la Ley 1328 de 2009, y desarrollado en el Decreto Único 2555 de 2010. Justamente, dicho régimen permite al consumidor, entre las diversas alternativas de autoprotección a su alcance, acudir de forma directa a la entidad vigilada para plantear su insatisfacción o acudir al Defensor del Consumidor Financiero con el mismo norte. Si busca socorro en este último, el consumidor financiero deberá "presentar su queja o reclamo ante el Defensor del Consumidor Financiero mediante documento en el cual consigne sus datos personales y la información de contacto, la descripción de los hechos y las pretensiones concretas de su queja o reclamo (...) ²⁰". Esa queja o reclamo, presentado en debida forma y en cumplimiento de los restantes requisitos de las normas en cita, podrá acompañar la demanda, haciéndola apta para su admisión en lo que resulta atinente al cumplimiento de este requisito de procedibilidad.

Si, por el contrario, el consumidor no presentó una queja tal ante su defensor en los términos del párrafo anterior, conservará el derecho de radicar esta reclamación ante la entidad financiera, cumpliendo los requisitos establecidos en el Literal 5 del pluricitado artículo 58; requisitos de forma y fondo que por su fácil comprensión no serán ahondados, enfocando la atención en aquellos que por el carácter general de la norma pueden traer dificultades en su entendimiento al momento de aplicar y contextualizar de cara a una entidad vigilada: (i) La reclamación deberá haber sido presentada o conocida por la entidad vigilada; no hay lugar a presentarla ante productores o proveedores; (ii) Sobre los medios de radicación, actualmente las entidades vigiladas cuentan con diversos canales habilitados para la atención de quejas, reclamos y otras expresiones del consumidor, cumpliendo cada uno de ellos con diversas regulaciones propias de la actividad financiera²¹; (iii) Para efectos de la competencia

20 Artículo 2.34.2.1.5 del Decreto Único (2555 de 2010 que incorpora el artículo 5° Decreto 2281 de 2010).

21 Sin embargo, debe anotarse que a través del Decreto 2281 de 2010, incorporado al Decreto Único 2555 de 2010, se estableció, como fuera resaltado previamente, que el consumidor financiero deberá presentar su queja o reclamo ante el Defensor del Consumidor Financiero mediante documento; claramente dicho documento puede ser remitido acudiendo a medios ópticos o electrónicos como los mensajes de datos a través de los canales respectivos, buzones electrónicos de quejas, entre otros medios empleados actualmente. Sobre los canales de atención, la Superintendencia Financiera ha indicado que "no ha expedido una normatividad sobre canales de atención, que obligue a recibir reclamaciones por medios

de la Superintendencia Financiera no aplican garantías, reparaciones, sustituciones de bienes y en la mayoría de casos tampoco la devolución de dinero a cambio de un producto financiero o bursátil que reporte pérdidas, dado que los mismos conllevan el riesgo de pérdida parcial o total por las contingencias naturales de los mercados financieros. (iv) Suponiendo que un consumidor financiero radique directamente ante una entidad vigilada una reclamación, diferente de una queja ante la entidad o ante el Defensor del Consumidor, sería lógico entender que aplicaría el término especial de 15 días establecido en el numeral 5 artículo 58. (v) Sobre la identificación de la entidad objeto de la reclamación, de conformidad con el numeral 6 del artículo 58, la entidad vigilada, considerando que la actividad de esta solo puede ser ejercida previa autorización de la Superintendencia Financiera, siempre será conocida por este organismo, junto con sus representantes, quienes además deberán someterse a un trámite de posesión, como se aludió en la precedencia. Por tanto, no cabe la posibilidad del desconocimiento del proveedor o productor. (vi) Sobre las sanciones de multas o cierre de establecimientos, en interpretación de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, las mismas no son procedentes y en la experiencia práctica conocida a la fecha, no son objeto de imposición por este organismo de vigilancia.

2.3. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia

De conformidad con el párrafo del artículo 57 del Estatuto del Consumidor, "Con la finalidad de garantizar la imparcialidad y autonomía en el ejercicio (...) sus (...) competencias, la Superintendencia Financiera de Colombia ajustará su estructura a efectos de garantizar que el área encargada de asumir las funciones jurisdiccionales asignadas por la presente ley cuente con la debida independencia frente a las demás áreas encargadas del ejercicio de las funciones de supervisión e instrucción".

Así las cosas, y en cumplimiento del mandato legal, se expidió el Decreto 720 de 2012, por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia Financiera de Colombia para introducir el despacho del Superintendente Delegado para Funciones Jurisdiccionales, que tiene a su cargo diversas atribuciones, entre las que cabe destacar –para efectos de este documento–, además de las jurisdiccionales establecidas por el Estatuto del Consumidor, aquellas que le asignaran los artículos 133, 136 y 141 de la Ley 446 de 1998. Ciertamente, el artículo 4, que adiciona el Decreto Único 2555 de 2010 con el artículo 11.2.1.4.14.1., dispone en su numeral 5 la compilación de las fun-

específicos como Internet" (Concepto 2011019144-001 del 30 de marzo de 2011. Superintendencia Financiera de Colombia).

ciones jurisdiccionales a cargo de esta Superintendencia así (agregándose los comentarios del autor junto a cada punto):

5. Conocer y fallar en derecho en primera o única instancia, de acuerdo con la ley, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los siguientes asuntos:

5.1 La solución de controversias relacionadas con el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio.

(Corresponde al art. 133 Ley 446 de 1998 - incorporado en el art. 326 numeral 8° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Referido al libro de sociedades comerciales, permite a la Superintendencia Financiera analizar y resolver asuntos relativos a la ineficacia de decisiones sociales adoptadas por la asamblea general de accionistas, la junta directiva, entre otros.

5.2 Las discrepancias sobre el precio de las alícuotas de capital, con ocasión del reembolso de aportes en los casos previstos en la ley o del ejercicio del derecho de preferencia en la negociación de acciones.

(Corresponde al art. 136 Ley 446 de 1998 - incorporado en el art. 326 numeral 8° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Competencia que no requiere comentario por su especificidad, bastando tan solo anotar que la Superintendencia Financiera es competente para conocer de dicha discrepancia y su orientación a la protección de los accionistas de entidades vigiladas.

5.3 La protección de accionistas minoritarios cuando consideren estos últimos que sus derechos han sido lesionados directa o indirectamente por las decisiones de la Asamblea General de Accionistas o de la Junta Directiva o por representantes legales de la sociedad.

(Corresponde al art. 141 de la Ley 446 de 1998).

También orientada a la protección de los accionistas que participan en el capital de emisores de valores cuando quiera que estos consideren que se les ha causado perjuicio con las decisiones adoptadas por los diversos actores indicados en el enunciado. En este caso, complementado con las disposiciones de gobierno corporativo de emisores de valores, surge un régimen de protección al inversionista que encauzará su accionar por esta vía, dado que no caben en el concepto de consumidor financiero y por ende se considera en principio que

no sería procedente invocar la acción de protección aquí analizada, quedando así protegidos por una acción diferente.

5.4 Las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

(Corresponde al art. 57 de Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor).

5.5 Las demás funciones jurisdiccionales que sean asignadas a la Superintendencia Financiera de Colombia.

Esta última analizada a lo largo de este documento.

Como surge de lo anterior, la reestructuración administrativa de la Superintendencia Financiera vino a dar forma a las atribuciones jurisdiccionales de la misma, creando una delegatura independiente que revisará las controversias suscitadas de las relaciones contractuales entre las entidades vigiladas y sus consumidores.

2.4. Código General del Proceso

Finalmente, el artículo 24 de la Ley 1564 de 2012, o Código General del Proceso, establece que las funciones jurisdiccionales a cargo de la Superintendencia Financiera igualmente versarán sobre controversias relacionadas con la ejecución y cumplimiento de obligaciones de corte contractual correspondidas con la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra referida al manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

Con la anterior consagración, se refrenda la postura actual sobre el ejercicio de las analizadas funciones jurisdiccionales. Basta tan solo indicar que

- Las apelaciones de las decisiones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia en primera instancia y en ejercicio de funciones jurisdiccionales se resolverán por la autoridad judicial superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable.
- A partir del 2 de enero de 2014, las formas del juicio corresponderán a aquellas establecidas en el Código General del Proceso.

III. CONCLUSIÓN

Con la renovación de la acción jurisdiccional de protección al consumidor, este se podrá armar de estrategias para la protección de sus intereses patrimoniales en el ámbito de sus relaciones contractuales con las entidades vigiladas, que concluyan en fallos judiciales resultado de un trámite expedito que enarbolará y hará efectivos los derechos de los consumidores en una relación asimétrica que recupera equilibrio con la intervención judicial de esta autoridad especializada.

Aunado a las demás acciones, prohibiciones o mecanismos que se analizaron, la acción jurisdiccional ante la Superintendencia Financiera de Colombia resulta ser el complemento necesario para el esquema de protección al consumidor financiero en la actualidad.

BIBLIOGRAFÍA

AFRICA PINILLOS, LORENZANA (2013). "La protección del cliente en los mercados financieros", en *Los Mercados Financieros*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO (2007). "Abuso de la posición dominante contractual", en *Regulación Financiera y Bursátil y derechos del consumidor*. Biblioteca Jurídica Diké.

ARIÑO, GASPAR (2012). *Regulación Económica, lecturas escogidas*. Navarra: Editorial Thomas Reuters Aranzadi.

BURGOS SILVA, JOSÉ (2012). "La administración de justicia en la Constitución de 1991: elementos para un balance", en *Revista Digital Pensamiento Jurídico (Derecho Constitucional y Justicia)*, nº 15. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

CARVAJAL, BERNARDO (2010). "Alcance y limitaciones del debido proceso en el procedimiento Administrativo", en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 4, segundo semestre/2010, pp. 7-21. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

DE VIVERO, FELIPE (2000). "El Contencioso Administrativo luego de la Ley 446 de 1998", en *Revista de Derecho Público* nº 11. Bogotá: Universidad de los Andes.

Corte Constitucional, Sentencia C-1641/00 Referencia. Expediente D-2974. M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional, Sentencia C-1641/00 Referencia. Expediente D-2974. M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional, Sentencia de Casación Civil nº 076 de 30 de julio de 2008.

Corte Constitucional, Sentencia C-909-12 de 7 de noviembre de 2012. M.P.: NILSON PINILLA PINILLA.

FONSECA RUEDA, MARÍA DEL SOCORRO (2012). La reforma de la justicia: Una agenda política eclipsada por el reparto del poder. Análisis actual de la jurisprudencia procesal civil. 20 de marzo 2012 - Publicación mensual n° 18

KLAUS DECKER, CHRISTIAN MÖHLEN; VARELA, DAVID F. (2011). *Improving the performance of justice institutions. Recent experiences from selected OECD countries relevant for Latin America*. Copyright © 2011 by The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank.

MARTÍN, JOSÉ ANTONIO (2007). "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión: Mecanismos de defensa del adherente", en *Regulación Financiera y Bursátil y derechos del consumidor*.

GIRALDO, ALEJANDRO; CAYCEDO, CARLOS y MADRIÑÁN, RAMÓN (2012). *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor* (pp. xvii Introducción). Colombia: Legis Editores S.A.

OSORIO, MARIO (2012). "Arbitraje: un caso en contra de la constitucionalización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos", en *Revista de Derecho Privado* n° 47. Bogotá: Universidad de los Andes Facultad de Derecho.

PIMIENTO, JULIÁN (2013). "La regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones", en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n° 9, primer semestre/2013, pp. 15-40. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SUESCÚN MELO, JORGE (Segunda reimpresión, 2005). *Derecho Privado, estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. II (p. 236). Bogotá: Legis Editores.

Superintendencia Financiera de Colombia (última actualización: 10 de marzo de 2009). *Qué significa la expresión: Vigilado Superintendencia Financiera de Colombia*. Disponible en <http://www.superfinanciera.gov.co>. Recuperado el 08/01/2014.

Superintendencia Financiera de Colombia (2009). Concepto 22009074985-004 del 26 de noviembre de 2009: Contrato de Adhesión y Contrato Estandarizado, Ley 1328 de 2009. Disponible en <http://www.superfinanciera.gov.co>. Recuperado el 08/01/2014.

Superintendencia Financiera de Colombia (s.f.). *Lo que usted debe saber sobre funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de protección al consumidor financiero*. Disponible en <http://www.superfinanciera.gov.co>. Recuperado el 08/01/2014.

- Superintendencia Financiera de Colombia (1999). *Concepto: 1999016622-2. Mayo 24 de 1999. Superintendente Delegado para Intermediación Financiera Dos*. Disponible en Recuperado el 08/01/2014 en <http://www.superfinanciera.gov.co>.
- Superintendencia Financiera de Colombia (2011). *Concepto 2011027629-004 del 23 de mayo de 2011. Consumidor financiero, aplicación del estatuto general de protección al consumidor*. Disponible en <http://www.superfinanciera.gov.co>. Recuperado el 08/01/2014.
- Superintendencia Financiera de Colombia (2011a). *Concepto 2011019144-001 del 30 de marzo de 2011. Consumidor financiero, canales de atención, internet*. Disponible en <http://www.superfinanciera.gov.co>. Recuperado el 08/01/2014.
- Superintendencia Financiera de Colombia (2010). *Concepto 2010059365-001 del 22 de septiembre de 2010. Defensor del consumidor financiero, centro de conciliación, posesión*. Disponible en <http://www.superfinanciera.gov.co>. Recuperado el 08/01/2014.
- Superintendencia Financiera de Colombia (2006). *Delegación de Profesionalidad (Boletín Jurídico nº 1, Pronunciamiento interno - Diciembre 2005 – Febrero 2006*. Disponible en <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/PrincipalesPublicaciones/boletinej/boletin0106/delegaciondeprof.html>. Recuperado el 08/01/2014.
- USTÁRIZ, LUIS (2007). "Principales recomendaciones del Comité de Basilea en Supervisión Bancaria", en *Regulación Financiera y Bursátil y derechos del consumidor*. Biblioteca Jurídica Diké.
- VILLALBA CUÉLLAR, JUAN CARLOS (2009). La noción de consumidor en el Derecho comparado y en el Derecho colombiano. El sistema de protección al consumidor en Colombia. Una perspectiva desde el derecho comparado", del Grupo de Derecho Privado, Línea de Investigación sobre Derecho Económico y de los Negocios, que se adelanta en el Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales (p. 306). Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada.
- ZAMORA, REMEDIOS (2012). *Regulación Bancaria: Novedades normativas y autorregulación. La Regulación económica. En especial, la regulación bancaria* (p. 436). Madrid: Universidad de Córdoba/Iustel.