DEFENSOR DEL CONSUMIDOR FINANCIERO, USO DE TECNOLOGÍA PARA DESARROLLO DE FUNCIONES

Concepto: 2015007100-005 del 20 de abril de 2015

Síntesis: *En la medida en que no existe un referente objetivo para establecer si los aplicativos o software con que cuenta la Defensoría para facilitar o sistematizar su funcionamiento son los necesarios para el desarrollo adecuado y eficiente de su labor, en cada caso y con las herramientas de supervisión con que cuenta este Organismo, deberán considerarse aspectos particulares de la(s) entidad(es) vigilada(s) a la(s) cual(es) presta sus servicios, tales como el tamaño, la industria en la cual desarrolla su actividad, el nicho de mercado, el número de clientes, el volumen de quejas, conciliaciones, vocerías, entre otros.*

«(...) comunicación mediante la cual, en su calidad de Defensor del Consumidor Financiero DCF, formula una consulta sobre la forma como esta Superintendencia comprueba una situación fáctica relacionada con el hecho que los defensores cuenten con aplicativos para el desarrollo de sus funciones, en el marco del ejercicio de la facultad de revocar la posesión cuando no se mantengan los requisitos objetivos y calidades subjetivas que se tenían al momento de autorizar la posesión.

Sobre el particular, con el concepto de la Dirección Jurídica y presentada la consulta al Comité de Posesiones, damos alcance en los siguientes términos:

1. Las facultades del Comité de Posesiones de la SFC.-

Esta Superintendencia, como parte de las facultades previstas para efectos de cumplir los objetivos asignados por la ley, cuenta legalmente con la posibilidad y además la obligación de analizar la idoneidad, carácter y experiencia, entre otros, de los directivos, administradores, representantes legales y revisores fiscales, en razón de los intereses que envuelve la actividad financiera, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el aprovechamiento de recursos captados del público, lo cual igualmente se predica de los Defensores del Consumidor Financiero, por supuesto enmarcado a sus particulares funciones y conforme a la normatividad aplicable.

En efecto, el literal g) del numeral 2° del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece como una función de la SFC tomar posesión de determinados funcionarios de las vigiladas, resaltándose lo siguiente:

“Los requisitos objetivos y las calidades subjetivas valoradas por la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) ... para autorizar la posesión deberán acreditarse y conservarse por los mismos, durante todo el tiempo en que se desempeñen ...”.

Por su parte, el artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone sobre la revocación de los actos de carácter particular y concreto lo siguiente:

“Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el

consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular (...)” (Subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, debe ponerse de presente que el artículo 326 del EOSF hace parte integrante de un régimen normativo de carácter especial y por ende, corresponde a una excepción legal, atendida la facultad que la Ley le otorga a esta Superintendencia para proceder oficiosamente cuando las calidades objetivas y subjetivas evaluadas al momento de autorizar su posesión no sean conservadas. Lo anterior implica, como se anotó, que esta Superintendencia, como parte de las facultades previstas para efectos de cumplir los objetivos asignados por la ley, cuenta legalmente con la posibilidad y además la obligación de analizar la idoneidad, carácter y experiencia, entre otros, de quienes solicitan posesión, análisis que se puede realizar en cualquier momento de la posesión.

Como se observa de lo anterior, la atribución de tipo subjetivo de la Superintendencia, relativa a la calificación de las calidades subjetivas de cada postulante a un cargo del cual se requiere posesión, conlleva el examen especialísimo de sus condiciones personales, que para el caso tienen aparejada la infraestructura que le permita ejercer sus funciones a cabalidad.

Bajo tal contexto, debe precisarse que el cumplimiento de los requisitos requeridos para autorizar una posesión por parte del Comité de Posesiones de la Superintendencia Financiera no se atiende con la sola acreditación de los aspectos de carácter reglado, es decir, con reunir en forma satisfactoria los requerimientos de tipo objetivo, entiéndase entrega de documentos, inexistencia de inhabilidades e incompatibilidades, suministro de información o diligenciamiento de formatos previstos para el efecto, pues no agotan per-sé todos los requerimientos legales para obtener un pronunciamiento favorable respecto de la posesión, sino que además de reunir en forma satisfactoria los requerimientos de tipo objetivo deben concurrir los de orden subjetivo, frente a los cuales es obvio que no existe una tabla objetiva de causales de rechazo o revocatoria preestablecidas, sino que dado que precisamente se trata de una facultad discrecional, ésta se despliega dentro de los derroteros y objetivos señalados en la Ley.

Ahora, la facultad subjetiva asignada a este organismo de control para decidir acerca de la posesión que nos ocupa corresponde a una competencia discrecional, tal como lo ha señalado el H. Consejo de Estado: “Se **trata entonces de una competencia discrecional sí, porque el funcionario competente debe apreciar subjetivamente las condiciones del posible director, sin que existan parámetros preestablecidos por la ley para tal efecto**” -**Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en sentencia del 21 de agosto de 1998** - (Negrilla fuera del texto original), no se trata de una competencia absolutamente discrecional, arbitraria o caprichosa, sino que debe ser adecuada, razonable y proporcional, y plasmarse en una providencia motivada para así garantizar el derecho de defensa y el debido proceso del postulante.

2. Posesión, supervisión y revocatoria de la posesión del DCF.-

Como es bien conocido por virtud de su ejercicio como defensor, el Capítulo VI de la Ley 1328 de 2009 regula la institución de la DCF; en particular los artículos 17 y 18 se refieren a los requisitos para el ejercicio del cargo de DCF y a su independencia y autonomía, así como a la designación por parte de la entidad, a través de la asamblea general de accionistas, para un período de dos (2) años prorrogable por períodos iguales, exigiéndose que los requisitos particulares se mantengan durante el ejercicio de la labor.

En la misma perspectiva de garantizar la idoneidad e independencia de los DCF, como bien se sabe, una vez designados en cada entidad vigilada y para poder ejercer como tales, deben posesionarse ante esta Superintendencia; por último y, como consecuencia del cumplimiento y verificación de los diversos requisitos expuestos y de la posesión, procederá su inscripción en el Registro de DCF que se publica en la página web de esta entidad, según lo determinan las Circulares Externas 016 y 018 de 2010, incluidas en la Circular Básica Jurídica, que son desarrollo de lo establecido por el artículo 2.34.2.1.2 del decreto 2555 de 2010 (artículo 2° Decreto 2281 de 2010):

Posesión de los Defensores del Consumidor Financiero. Una vez designados los Defensores del Consumidor Financiero, principal y suplente, deberán posesionarse ante la Superintendencia Financiera de Colombia, para lo cual se seguirá el trámite establecido para la posesión de los administradores de las entidades vigiladas.

La SFC mantiene de manera permanente la facultad de supervisión respecto de los DCF y de las entidades a las que prestan sus servicios y es deber de unos y otros velar porque las condiciones informadas al momento de la posesión como mínimo se mantengan, como se anotó. Así, cuando existan elementos que exijan la verificación de situaciones particulares, este organismo hará uso de las facultades de las que está investido para motivar una eventual revocatoria de la posesión y el consecuente retiro del Registro de un Defensor del Consumidor Financiero, si a ello hubiere lugar o, en todo caso, tomará las medidas que considere apropiadas y conducentes.

La facultad para revocar las posesiones de los DCF está otorgada a esta Superintendencia directamente por la Ley 1328 de 2009 de manera expresa en el parágrafo 3 del artículo 18: *“La Superintendencia Financiera podrá revocar la inscripción en el registro de Defensores del Consumidor Financiero, cuando establezca que la persona a la cual se le concedió, ha perdido alguno de los requisitos exigidos para tal efecto, en la forma y condiciones que señale el Gobierno Nacional.”* Y el artículo 2.34.2.1.4 del Decreto único 2555 de 2010 (artículo 4° Decreto 2281 de 2010) consagra el procedimiento revocatorio de la Inscripción. *Para efectos del parágrafo 3° del artículo 18 de la Ley 1328 de 2009 deberá observarse el trámite establecido para la revocatoria de los administradores de que trata el literal g) del numeral 2° del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.*

El artículo 19 de la Ley 1328 de 2009 establece las causales para la terminación en el ejercicio de las funciones del Defensor del Consumidor Financiero, las cuales se encuentran previstas precisamente para garantizar la idoneidad permanente del defensor, destacándose la *Cancelación de la inscripción en el registro por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia del Defensor del Cliente o la revocatoria de la posesión ante la misma entidad.*

En ese orden, la facultad de cancelar la inscripción de un DCF será ejercida por la Superintendencia teniendo en cuenta cada caso concreto, para considerar las calidades objetivas y subjetivas que permitan o no tomar una decisión en tal sentido.

Para el caso del defensor es apenas obvio que el profesional del derecho, el DCF, tiene el deber ético y profesional de actuar de manera correcta, mantener durante el ejercicio de su cargo todos los requisitos exigidos para la designación y posesión e informar y permitir la comprobación de cualquier situación (como lo es para el caso de su consulta la infraestructura, aplicativos y equipos) por parte de

la entidad a la que presta sus servicios como de la SFC, no solo al momento de la posesión sino en cualquier tiempo, e informar cualquier cambio o necesidades adicionales.

3. Información Carta Circular 068 de 2010.

La información que se solicita por virtud de la Carta Circular 068 de 2010 pretende recabar los elementos que permitan hacer un análisis de la situación de la DCF, situación que la entidad vigilada, al designar al defensor, está avalando de manera directa, no solo en cuanto a las calidades individuales de la persona sino a la infraestructura, aplicativos y equipos de la oficina o instalaciones en las que habrá de prestar la labor. No en vano el artículo 17 de la Ley 1328 de 2009 (último inciso) establece como deber de las vigiladas: “... *disponer los recursos financieros para garantizar que el Defensor del Consumidor Financiero cuente con los recursos físicos, humanos, técnicos y tecnológicos y los demás que éste considere necesarios, para el adecuado desempeño de sus funciones asignadas*”.

De manera puntual sobre la “*Descripción detallada de los aplicativos o software con que cuenta la Defensoría para facilitar o sistematizar su funcionamiento*” (Carta Circular 068/10), es de suyo cierto que en tratándose de sistematización de información y aplicativos para una mejor gestión de trámites, las defensorías habrán de estar a la vanguardia, y la dinámica misma de la gestión exigirá actualización permanente, lo cual habrá de ser tenido en cuenta tanto por la entidad al momento de designar al defensor, como por el defensor mismo al describir en su oferta a la entidad los elementos con los que cuenta para mejor hacer su labor y que serán la base para el envío de información a esta Superintendencia para la posesión y para el análisis en caso de estudiarse la revocatoria de la posesión, como se ha anotado con suficiencia.

4. A manera de conclusión.

Como corolario de lo anterior, frente al cuestionamiento **¿De qué manera comprueban y soportan los hechos de que los DCF cuentan con aplicativos para el desarrollo de sus funciones?** es del caso advertir que en la medida en que no existe un referente objetivo para establecer si los aplicativos o software con que cuenta la Defensoría para facilitar o sistematizar su funcionamiento son los necesarios para el desarrollo adecuado y eficiente de su labor, en cada caso y con las herramientas de supervisión con que cuenta este Organismo, deberán considerarse aspectos particulares de la(s) entidad(es) vigilada(s) a la(s) cual(es) presta sus servicios, tales como el tamaño, la industria en la cual desarrolla su actividad, el nicho de mercado, el número de clientes, el volumen de quejas, conciliaciones, vocerías, entre otros.

Así, la integralidad de la normatividad de protección al consumidor financiero con la que contamos en Colombia y de manera puntual respecto de la DCF permite que este Ente de Control desarrolle sus funciones y ejerza sus facultades cuando así lo considere, sin cortapisa alguna, máxime si tenemos en cuenta el deber de colaboración que le asiste al defensor frente a la SFC y la obligación de “*poner en conocimiento de la Superintendencia Financiera de Colombia cualquier situación que menoscabe o limite sus facultades de actuación*” (art 17 Ley 1328 de 2009)

Finalmente, el mismo comentario aplica para la función de la SFC de revocar las posesiones cuando no se cuente con las calidades mínimas, toda vez que –como se anotó– se puede ejercer tal facultad según se presenten los hechos y como consecuencia de la investigación administrativa que

corresponda, si hay lugar a ello, verificando tanto los aspectos objetivos como subjetivos en ejercicio de la facultad discrecional que le asiste al Comité de posesiones.

(...).»