

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA FALLA DEL SERVICIO EN EL
CONTROL Y VIGILANCIA DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS QUE SE
OFRECEN A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES**

LUZ ADRIANA MONTAÑA CARDENAS

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

2020

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA FALLA DEL SERVICIO EN EL
CONTROL Y VIGILANCIA DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS QUE SE
OFRECEN A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES**

LUZ ADRIANA MONTAÑA CARDENAS

**Trabajo de Grado para optar el título de MAGÍSTER EN DERECHO
ADMINISTRATIVO**

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

2020

CONTENIDO

<u>INTRODUCCIÓN</u>	1
<u>1. REGULACIÓN APLICABLE A LOS SERVICIOS FINANCIEROS OFRECIDOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES.</u>	5
<u>1.1. CONCEPTOS BÁSICOS.</u>	7
<u>1.1.1. Plataforma Digital.</u>	7
<u>1.1.2. Fintech.</u>	8
<u>1.1.3. Crowdfunding</u>	9
<u>1.1.4. Big data.</u>	10
<u>1.1.5. Inteligencia artificial</u>	10
<u>1.2. LOS CONTRATOS FINANCIEROS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES Y LA PROTECCIÓN DEL ESTADO.</u>	11
<u>1.2.1. Las Funciones de Inspección, Vigilancia y Control en el Sector Financiero.</u>	13
<u>1.2.2. La Protección al Consumidor Financiero.</u>	16
<u>1.2.3. Necesidad de una mejor protección del consumidor</u>	17
<u>1.2.4. De la obligación de brindar información transparente</u>	20
<u>1.2.5. Los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas</u>	22
<u>1.2.6. La Atención al cliente como resolución de conflictos.</u>	24
<u>2. EL CONCEPTO DE FALLA DEL SERVICIO ASOCIADO A LA INDEBIDA VIGILANCIA Y CONTROL DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS PRESTADOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES.</u>	28
<u>2.1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.</u>	29
<u>2.2. FALLA DEL SERVICIO.</u>	33
<u>2.2.1. La postura del Consejo de Estado frente al tema.</u>	38
<u>2.2.2. La postura de la Corte Constitucional</u>	40
<u>2.2.3. El Elemento Subjetivo</u>	41
<u>2.2.4. El Daño.</u>	45
<u>2.2.5. Fundamento del Deber de Reparar.</u>	48
<u>2.2.6. Imputación.</u>	50
<u>2.3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSUMIDORES.</u>	53
<u>2.3.1. La Carga Excesiva Sobre el Consumidor Financiero.</u>	56
<u>2.4. UN CÓDIGO DE ÉTICA.</u>	58

<u>3. LA DÉBIL POSTURA DEL CONSUMIDOR FINANCIERO FRENTE A LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. CÓMO CONFIGURAR SU DEBER PROBATORIO.</u>	59
<u>3.1. EL DESBALANCE ENTRE LAS PARTES.</u>	60
<u>3.2. LA CORRESPONSABILIDAD: EN QUÉ CASOS NO APLICARÍA.</u>	65
<u>3.3. LA CORRESPONSABILIDAD: EN QUÉ CASOS SÍ. MEDICIÓN DE LA CONDUCTA.</u>	67
<u>3.4. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA: FALLA PRESUNTA.</u>	70
<u>CONCLUSIONES.</u>	72
<u>REFERENCIAS.</u>	75
<u>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección A. Marzo 25, 2015. Sentencia: 2000-02312. C.P: Hernán Andrade Rincón. Expediente: 29944. Radicación: 25000-23-26-000-2000-02312-01.</u>	91

LISTA DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1. Proceso de Regulación e Innovación	22
Figura 2. Distribución de canales utilizados 2019	26

LISTA DE CUADROS

	Pág.
Cuadro 1. Número total de quejas por resolver por trimestres, año 2019	25

INTRODUCCIÓN

El Estado no es responsable por las consecuencias de los actos cometidos por particulares. Esta es una buena frase de inicio para este trabajo, pero que debe ser analizada con mucho cuidado. Lo anterior, ya que, cuando se trata de particulares que colaboran con los fines del Estado, o que realizan actividades que deben ser reguladas por el Estado, dicha afirmación empieza a mostrar nuevos matices; llevando, a que cuando dichos controles y vigilancia no se realicen correctamente, se pueda imponer la correspondiente responsabilidad.

Para dar más claridad a lo antes anotado, nos referimos al deber que tiene el Estado, como rector de la economía, de acuerdo con las previsiones de la Carta Política de 1991, de mantener un estricto control sobre la actividad financiera, incluyendo no solo a aquella que se presta por las entidades tradicionales, sino también a la que se ofrece a través de plataformas digitales.

Deber que se torna cada vez más complejo si se analiza que el número de empresarios que ofrecen estos servicios es cada vez mayor. Actividad que mientras se encuentre bajo el marco de legalidad, parece no tener manera de frenar dicho crecimiento; imposible sería frenar el avance de las tecnologías como medios para ofrecer servicios más variados y eficientes. Al otro lado de esta ecuación se encuentran los consumidores que requieren de una especial protección del Estado, dentro de una relación que se caracteriza por un especial desbalance informativo.

Con esto se observa que el crecimiento de la economía, en buena medida está dado por la promoción y creación de nuevas empresas. No obstante, no puede realizarse a costa del sacrificio de los derechos de los consumidores. Es decir, en el caso del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del Estado en sus funciones de inspección y vigilancia, el mismo debe ser quien responda por los daños que ocurran como consecuencia de dicho mal funcionamiento.

Nos encontramos entonces en un escenario en el que se configuraría la responsabilidad del Estado por la falla del servicio de la Superintendencia Financiera de Colombia –en adelante Superfinanciera-, ente encargado de la vigilancia y control de todas las entidades que realizan captación legal de recursos públicos, incluidas todas las innovaciones Fintech, es decir, todos los servicios financieros que se prestan a través de plataformas digitales.

No obstante, en la práctica se aprecian casos en los que han sido los consumidores los más afectados por dichas fallas. Judicialmente hablando, son estos los encargados de probar en primera instancia el error de la entidad financiera, y posteriormente de probar que si el Estado hubiese obrado correcta y diligentemente dicho resultado no se hubiese presentado.

Casi que soportar el peso de las posibles fallas de las plataformas tecnológicas, del desconocimiento de las fórmulas de las entidades financieras, e inclusive adivinar la manera como el servidor público realizó el análisis de la entidad financiera. Responsabilidad que se difumina con facilidad ante la obligación adicional de tener que

demostrar que este cumplió con la totalidad de los deberes que, como consumidor financiero, tiene.

Otra situación que, en la práctica, se observa es que no siempre el daño que se ocasiona por el incumplimiento de los deberes del consumidor financiero se puede comparar en magnitud con la verdadera situación de fondo, la cual se encuentra asociada al mal cumplimiento de los deberes de inspección y vigilancia de la Superfinanciera. Máxime cuando en ocasiones se trata de entidades financieras a la sombra o Shadow banking, o que por su estructura quedan por fuera del marco de vigilancia de dicha superintendencia.

Ante lo anterior, nos propusimos como pregunta problema determinar “¿Cuál es la responsabilidad del estado, en relación con el posible incumplimiento o cumplimiento defectuoso a la hora de cumplir sus funciones de inspección, vigilancia y control en torno a los servicios financieros prestados a través de plataformas digitales?”. Teniendo en cuenta lo anterior, y que lo que se ha planteó fue la realización de una investigación socio jurídica, se aplicó el método deductivo. A través del mismo logramos avanzar desde la generalidad de los conceptos básicos aplicables a las plataformas digitales que ofrecen servicios financieros, para ir profundizando en el análisis de los mismos, desde el prisma del derecho administrativo.

En una interacción entre fuentes primarias y secundarias, se realizó el análisis cualitativo que aquí se muestra, y que nos permitió el desarrollo de los objetivos que se propusieron. Este ejercicio supone un análisis de pronunciamientos jurisprudenciales de las altas cortes colombianas. Supuso además la búsqueda de doctrina internacional, ya

que se trata de un tema, cuya importancia trasciende mucho más allá de las fronteras nacionales, imponiendo retos para los ordenamientos que deben buscar la manera de lidiar con esta situación.

Gracias a lo anterior podemos concluir que se trata de una actividad contra la cual el Estado no puede luchar; y que en lugar de tratar de refrenarla, lo que tiene que hacer es regularla de una manera más eficiente, ofreciendo una protección más efectiva para los consumidores que son los que se encuentran en el medio de dicha relación, y que de no ser protegidos correctamente, en el caso de una daño en masa podría desembocar en una crisis con alcances que pueden resultar nocivos para el equilibrio económico del país.

1. REGULACIÓN APLICABLE A LOS SERVICIOS FINANCIEROS OFRECIDOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES.

En poco tiempo, gracias a los avances de la ciencia y la tecnología, la sociedad a nivel global ha sido testigo de un cambio importante en la manera como se realizan hasta las actividades más simples. A dichos avances se suma el internet, a través del cual las personas pueden estar conectadas con todo el mundo, o como se suele expresar, el mundo está a un clic de distancia.

Luego, con el celular, la distancia se redujo aún más, toda vez que ya no se hace necesario estar frente a un computador, sino qué a través de los teléfonos móviles, desde el lugar donde se encuentren, las personas pueden realizar todos tipo de actividades, desde controlar su peso y actividad física hasta saber si lloverá.

Dentro del sinfín de actividades que pueden realizarse a través de los teléfonos celulares, y facilitadas por un acceso casi universal a la internet, se encuentran también las actividades financieras. En la actualidad, tanto bancos, como otro tipo de entidades que también ofrecen servicios financieros, compiten en la búsqueda de nuevos clientes y mercados, ofreciendo productos a través de aplicaciones que permiten de forma remota realizar pagos, transferencias, e inclusive la aprobación de préstamos en cuestión de unos pocos minutos.

Actividad que desde hace más de cinco años cuenta con un reconocimiento amplio de parte de la Superfinanciera (2014), la cual permite que dichos servicios digitales

supongan entre otros aspectos: “*tecnologías como realidad aumentada, internet de las cosas, blockchain, inteligencia artificial, machine learning, big data, robots, entre otras*”. De hecho, nótese que la circular en mención deja, inclusive, la puerta abierta al uso de otras nuevas tecnologías aplicadas para los servicios financieros digitales.

Empero, como todo en la vida, siempre es mejor que exista el orden, antes que el caos. Estas innovaciones requieren ser reguladas para efectos de poder ejercer un efectivo control no solo sobre la economía tal como lo prevén los artículos 333 y subsiguientes de la Carta Política. Y al mismo tiempo para evitar daños que se puedan ocasionar a los consumidores.

Dicho sea de paso, para evitar cualquier situación de crisis financiera que pueda suponer una afectación mayor al equilibrio del Estado. Por lo tanto, la inacción o el accionar defectuoso del Estado en sus obligaciones como ordenador de la economía, y garante de los derechos de los consumidores, pueden suponer en algunos casos el surgimiento de responsabilidad.

Por lo tanto, en este capítulo se estudiará cómo ha sido el desarrollo normativo relativo al tema de estudio; y si el mismo se ha dado a través de Leyes, o ha sido el ejecutivo, ya sea directamente a través de Decretos, o por medio de entes especializados como lo es la Superfinanciera, a través de resoluciones. Aunque, para una mejor comprensión del tema, sea lo primero establecer una serie de conceptos básicos que permitirán una mejor ubicación.

1.1. CONCEPTOS BÁSICOS.

Sea lo primero aclarar que en términos de servicios financieros prestados a través de plataformas digitales el listado es algo extenso, en la medida en que cada día se presentan nuevos avances e innovaciones tecnológicas. No obstante, y para todos los efectos de la presente investigación, analizaremos aquellos que son más comunes, y que han sido reconocidos en Colombia, ya sea a nivel regulatorio por la Superfinanciera, o que su práctica sea aceptada por considerarse que no afecta las buenas prácticas comerciales.¹

1.1.1. Plataforma Digital.

Una plataforma digital es un enclave electrónico, disponible en internet destinado a la presentación de contenidos (Hoos, 2015, sp). Tratando de ampliar esta definición, podemos afirmar que los contenidos que normalmente se introducen en una plataforma digital están estructurados y organizados especialmente a ofrecer bienes y servicios a los usuarios de internet;² aspecto que se hace más común si se tiene en cuenta lo anotado por Moschini (2012, p. 6), que afirma que para el año 2012, el 84% de los usuarios utilizaba el internet a la hora de tomar decisiones de compra, cifra que en la actualidad seguramente ha de ser mayor.

¹ Sea lo primero señalar en este punto, que el Derecho se ha caracterizado por ser una actividad reaccionaria, que responde *a posteriori*, a los fenómenos que generan cambios a nivel sociológico. Aspecto que de alguna manera es coherente con el artículo 333 de la Carta Política, que establece que la iniciativa empresarial es libre, pero con limitaciones. En este caso esa iniciativa empresarial, se ha convertido en una tendencia que va más allá de las fronteras del Estado. Por lo tanto, algunos negocios Fintech a la fecha no han sido objeto de regulación; pero tampoco se prohíben por considerarse que no van en contra de las buenas costumbres, y que, en primera instancia, no generan una afectación directa a los consumidores ni al equilibrio económico.

² Se precisa que las plataformas digitales también pueden ser usadas para fines institucionales y académicos, pero que por la naturaleza de la presente investigación nos orientamos a mostrar principalmente aquellas con una afectación al consumo.

En Colombia no existe una definición legal de las plataformas digitales. De hecho, ha sido el bastante polémico caso de la plataforma de transporte Uber³, el que ha encendido las alarmas en el país sobre la necesidad de una efectiva regulación del tema, para proteger a los consumidores y a toda la estructura económica del país, no solo frente a la entrada descontrolada de capitales foráneos, sino también por posibles estafas.

1.1.2. Fintech.

La palabra Fintech es un acrónimo proveniente de la unión de las palabras Finance y Technology. Las Fintech son aplicaciones desarrolladas para la realización de negocios establecidos a través de plataformas digitales, que han incorporado innovaciones al modelo de negocios del sector financiero (Philippon, 2016, p.2).

Se trata de mecanismos de financiación a través del internet en plataformas de tecnología financiera. De esta forma, disminuyen los costos y se simplifican las etapas y procesos que regularmente tiene que realizar un banco (BBVA, 2015).⁴ Tal postura es compartida por Castaño (2019, p. 3.) quien lo entiende como una mejor experiencia para los consumidores de servicios financieros a un menor costo; y que de allí se entiende que en la actualidad Colombia sea el tercer país de la región, solo detrás de México y Brasil en cuanto a número de negocios Fintech.

³ Para más información al respecto puede verse el Acta No. 2383, 20 de diciembre de 2019, de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el proceso por competencia desleal contra Uber Colombia SAS.

⁴ Es importante anotar que el término Fintech también es aplicable a las plataformas digitales de los diferentes bancos. No obstante, esta investigación solo se centrará en los servicios prestados por plataformas diferentes a las de la banca tradicional.

En Colombia hasta la fecha se han regulado algunos aspectos de las Fintech a nivel de resoluciones emanadas de la Superfinanciera y Decretos que han surgido a partir del trabajo de la Unidad de Regulación Financiera del Ministerio de Hacienda y Crédito Públicos a los cuales nos estaremos refiriendo más adelante. Más, es importante anotar que a nivel regional se mantiene un buen avance en el tema.

1.1.3. Crowdfunding

Esta figura también conocida como financiamiento colaborativo o micro-mecenazgo, consiste en una forma de recaudar dinero a través de plataformas digitales. De esta forma, personas naturales y jurídicas financian proyectos. Dichos aportes pueden darse en forma de donaciones, en las cuales el aportante no espera ningún retorno, o como inversiones (Asobancaria, 2017, p. 6). Para lograr la formación de un capital para la financiación de un proyecto, esto se realiza a través de una convocatoria abierta a través de plataformas digitales diseñadas para tales fines (Grupo Bancolombia, 2018, sp).

En Colombia, a pesar de las bondades del Crowdfunding, y que el mismo ha sido objeto de regulación en virtud del Decreto 1357 del 31 de julio de 2018, la Superfinanciera ha venido vigilando con preocupación esta actividad, y no precisamente por los aportantes, sino para que la misma no sea usada como un mecanismo de captación de recursos del público con fines ilícitos como en el caso de las estafas piramidales (Superfinanciera, 2019).

La Superfinanciera ha señalado que, en este caso, los usuarios de este servicio deben ser cuidadosos sobre este tipo de entidades, ya que el mismo solo puede ser ofrecido por

entidades específicamente creadas para tal fin; y bajo ninguna circunstancia pueden ser considerados como una sociedad anónima con la habilitación para operar a través de ofertas públicas de valores como las que se emiten en el Registro Nacional de Valores y Emisores de Colombia.

1.1.4. Big data.

Tal como lo indica la traducción literal de la expresión, Big data, hace referencia al manejo de enormes cantidades de datos, los cuales por su tamaño no pueden ser procesados a través de sistemas de ordenamiento tradicional. De esta manera, una vez que los mismos se ordenan se establecen patrones a partir de los registros de navegación digital de las personas. Tales conclusiones sobre sus gustos y comportamientos son usadas como medio de mercadeo (Mayer-Schonberger y Cukier, 2013, p. 72); o inclusive para determinar sus compartimientos de pago.

El verdadero reto del big data, es la conversión de datos no estructurados, obtenidos desde la navegación en redes sociales, búsquedas en google, encuestas y cualquier otra fuente, en información usada por las empresas en la toma de decisiones (Camargo, Camargo y Joyanes, 2014, p. 73). Así las empresas Fintech, en lugar de hacer análisis del historial crediticio de sus clientes hacen análisis predictivos a través de big data.

1.1.5. Inteligencia artificial

Se trata de un mecanismo de cómputo, en el cual a un sistema se le programan una serie de instrucciones para resolver un determinado problema o actividad. Dichas

instrucciones se dan a partir de una estructura algorítmica que favorece la operatividad del sistema tras su reducción a un conjunto de reglas (Benítez, et al, 2014, p. 11).

Es importante señalar que sobre el tema Colombia, junto con otros 42 Estados adhirió el Acuerdo sobre Inteligencia Artificial de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico⁵ (Presidencia de la República, 2019). Sin embargo, dicho Acuerdo es consciente de los retos a nivel ético que supone el poder establecer límites sobre el aprendizaje de las máquinas, y que tanto podrán llegar a reemplazar a las personas (OCDE, 2019).

1.2. LOS CONTRATOS FINANCIEROS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES Y LA PROTECCIÓN DEL ESTADO.

Tomando como punto de partida el artículo 333 y subsiguientes de la Constitución Política colombiana de 1991, es posible afirmar que las iniciativas empresariales que impliquen la celebración de contratos a través de plataformas digitales en internet, en principio gozan de plena validez por no afectar las buenas costumbres y la moral del sistema económico colombiano. Además, porque se trata de una tendencia con un fuerte crecimiento a nivel global, con una importante aceptación social y que cada vez mueve, legalmente, un mayor número de recursos.

Ahora bien, aunque algunos de estos servicios financieros que se ofrecen a través de plataformas digitales, aún no tengan una regulación específica dentro del ordenamiento

⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en adelante OCDE.

jurídico colombiano, ello no supone que las mismas no sean objeto de control y vigilancia por parte de las autoridades administrativas pertinentes, que para el caso concreto corresponde a la Superfinanciera.

Como se analizó en el apartado anterior, el Fintech es la prestación de servicios financieros a través de plataformas digitales. Se trata de una actividad económica de gran interés para el equilibrio económico del Estado, y por ello debe someterse a la vigilancia y control del Estado, la cual, para estos casos, se realiza a través de la Superfinanciera, en la medida en que supone actividades de manejo e inversión de recursos que son captados del público (Superfinanciera, 2020).

Los aspectos anteriormente señalados nos llevan a concluir, preliminarmente, que, por tratarse de una actividad de directo interés del Estado, en el cual se regula su promoción y funcionamiento, entonces apareja la obligación, del Estado, de ofrecer una protección a la comunidad interesada en el uso de tales servicios.

Esta afirmación coincide con lo señalado por Gómez (2016, p. 6) quien manifiesta que, es precisamente en la prestación de servicios los financieros en donde más claramente quedan evidenciadas las desigualdades existentes entre empresarios y consumidores, debido a la capacidad económica de dichas entidades, frente a la necesidad de quienes hacen uso de sus servicios, especialmente como prestatarios. Obviamente, también se precisa observar los límites de racionalidad y sensatez del consumidor que navega a través de la internet y hace uso de estos servicios.

1.2.1. Las Funciones de Inspección, Vigilancia y Control en el Sector Financiero.

Se inicia este apartado con unas palabras de Nestor Humberto Martínez Neira (2000): *“El derecho administrativo es al derecho bancario como la sabia a las plantas”* (p. 18) debido a la inseparable necesidad existente entre ambos, a nivel regulatorio y a nivel disciplinario frente a las conductas irregulares que se puedan cometer.

Huelga aclarar, la afirmación de Martínez Neira, en la actualidad ya no se puede entender exclusivamente al sector bancario, sino debe ampliarse, de manera general, al sector financiero, compuesto por variedad de organizaciones y una más amplia gama de servicios. Esta afirmación es fácil de entender, si se tiene en cuenta que por más organizaciones y servicios que se presten, “la arquitectura del sistema financiero se define en función del interés público” (Ustáriz, 2003, p. 437), por su importancia para la economía del Estado.

Puede decirse que, en Colombia, e inclusive a nivel internacional, la historia del sector financiero ha tenido bastantes episodios oscuros que han sido determinantes para la ocurrencia de emergencias y crisis en la economía, que han supuesto la afectación de muchas personas (Pinzón, y Carrillo, 1985, p. 41).

De hecho, Maldonado (2018, p. 198) señala que el mismo sector financiero en múltiples ocasiones debido a la especulación con los recursos ha sido el causante de las recientes crisis, razón por la cual la vigilancia y control sobre el mismo debe estar sometido a

especiales regulaciones de carácter preventivo, e incluso asegurador del equilibrio económico.

Los aspectos enunciados en el campo práctico, más el sustento constitucional del artículo 333 constitucional, soportan suficientemente la obligación del Estado de realizar una férrea inspección, vigilancia y control de las diferentes entidades en el sector financiero, incluyendo las que prestan sus servicios a través de plataformas digitales, para evitar la ocurrencia de crisis que afecten a la economía en general, y poder garantizar el perfeccionamiento de los derechos previstos en la Carta en relación con el consumidor financiero.

Dicho lo anterior, se precisa establecer que, en Colombia, legislativamente hablando, no existe una definición de inspección, vigilancia y control, no obstante, el alcance de estas funciones se puede extraer a partir de las diferentes normas jurídicas que regulan las funciones de las distintas superintendencias. Aunque, por considerarlo bastante útil y ajustado, acogemos el concepto emitido por el Consejero de Estado William Zambrano Cetina, quien señala que:

“la función administrativa de inspección comporta la facultad de solicitar información de las personas objeto de supervisión, así como de practicar visitas a sus instalaciones y realizar auditorías y seguimiento de su actividad; la vigilancia, por su parte, está referida a funciones de advertencia, prevención y orientación encaminadas a que los actos del ente vigilado se ajusten a la normatividad que lo rige; y, finalmente, el control permite ordenar correctivos sobre las actividades irregulares y las situaciones críticas de orden jurídico,

contable, económico o administrativo” (Sentencia C.E. Sala de Consulta de Servicio Civil. No. 2014-00174, 2015).

De acuerdo con la definición anterior, estas tres funciones a su vez sirven de sustento para la realización de otra serie de actividades, que requieren ser plenamente observadas para entender, en términos administrativos, el pleno cumplimiento del deber del Estado en lo relativo al efectivo control que se debe ejercer sobre la actividad financiera a nivel nacional.

Estas funciones deben ser lo suficientemente efectivas para favorecer el rol del legislador de concretar los instrumentos de protección de las libertades económicas y de protección del consumo (Sentencia C-172, 2014); es decir, el resultado de tales funciones es el sustento del legislador.

Por lo tanto, lo que resulta preguntarse hasta el momento, es si ¿la demora en la regulación de algunos de los aspectos asociados a las entidades Fintech en Colombia, ha sido por el deficiente cumplimiento de la función de inspección, vigilancia y control que debe ejercer la Superfinanciera sobre dichas entidades? O si, por el contrario, debe primar la postura de que es el legislador el que debe determinar el camino que seguirán los supervisores. Ustáriz (2003, p. 440).

Sin embargo, tal y como señala Arbeláez “las obligaciones de la administración al ejercitar estas facultades discrecionales son de medios, y no de resultados” (2014, p. 41), es importante tener en cuenta que las funciones de inspección, vigilancia y control son susceptibles de ser categorizadas como de medio y no de resultado, para

comprender el tipo de daños que pueden ser reparados por el Estado. Esto supone que no puede responsabilizarse a la administración en los casos en que nos encontremos ante un comportamiento absolutamente irresponsable de parte del consumidor frente al cuidado de sus propios bienes financieros; o en los casos en que las entidades financieras no logren los resultados esperados en lo relativo a las ganancias por inversiones.

En tratándose de la defensa del consumidor, esto quiere decir entonces que no obstante a que como lo señala Betancourt (2014, p. 148) se cuenta con un buen número de normas que buscan garantizar la capacidad de las entidades, en últimas solo se observará el aspecto meramente procedimental, el comportamiento de las partes involucradas en cuanto al correcto cumplimiento de sus deberes y obligaciones, más que el beneficio que se aspira obtener como resultado de las operaciones que se puedan realizar.

1.2.2. La Protección al Consumidor Financiero.

Para una mayor claridad sobre la protección al consumidor financiero se precisa aclarar que, si bien el Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011, en primera instancia también es aplicable para la protección del consumidor financiero; el artículo 57 de dicha norma señala la posibilidad que tienen los consumidores de elegir entre la protección tradicional de los consumidores, o ventilar sus dificultades a través de la Superfinanciera en virtud de las facultades jurisdiccionales que ésta tiene sobre dicha materia.⁶

⁶ Para efectos de este estudio, nos centraremos en la regulación especial de protección al consumidor financiero y no en la general del Estatuto del Consumidor. Es evidente como lo señala Betancourt (2014,

La Ley 1328 de 2009, incorpora en su título primero el régimen de protección al consumidor financiero. Sea lo primero señalar que “esta reforma financiera elimina cualquier distinción entre los diferentes tipos de consumidores” (Jaramillo, 2012, p. 219), aspecto que es importante para lograr una protección más efectiva para los usuarios.

Avanzando en el análisis, se observa que, en el artículo tercero, literal a) de la norma en cita, se establece que las entidades vigiladas por la Superfinanciera, entre las que se incluyen las entidades Fintech, deberán observar las instrucciones dadas por dicha superintendencia. Con lo cual se advierte, que, a falta de regulación nacional, le corresponde a la Superfinanciera un trabajo arduo para evitar que se presenten situaciones negativas en lo relativo a la prestación de servicios financieros a través de plataformas digitales, en especial cuando son prestadas por entidades diferentes a la banca tradicional.

1.2.3. Necesidad de una mejor protección del consumidor

Analizada la función de inspección, vigilancia y control de la Superfinanciera, es importante señalar que la misma está orientada, a la protección de la economía y la competencia empresarial. Es decir, se concentra como tal en el funcionamiento de las entidades que prestan servicios financieros, a partir de la elevación a rango constitucional del interés público de dicha actividad.

p. 142) que el legislador estaba realmente interesado en la protección de los consumidores en un sector tan álgido como lo es el sector financiero, donde el desbalance de las posiciones entre empresarios y consumidores es tan alto, y el consumidor casi que se limita a aceptar todas las condiciones predispuestas por las entidades financieras.

Empero lo que no se puede perder de vista es que la competencia existe gracias a los consumidores. Si estos no existieran, las entidades perderían su razón de ser. Por tal razón, no se entiende por qué en la definición de consumidor financiero incorporada en la Ley 1328 de 2011 no se profundizó tanto más en la necesidad de su protección como soporte principal del funcionamiento del sector. Aunque huelga decir, que fue la Corte Constitucional quien señaló que:

“así como la libertad económica plantea alcances, limitaciones, obligaciones y controles de parte del Estado, en función del interés general, también en esta esfera de intervención se ubica el consumidor de bienes y servicios por sus vínculos cotidianos con las diversas actividades del mercado, requiriendo para ello protección constitucional y legal, ante las desigualdades surgidas de la relación en que participa.” (Sentencia C-909, 2012).

Lo cual es importante para aclarar que para el Estado la protección del consumidor tiene tanta importancia como la misma protección de la competencia económica, especialmente, como se menciona en la sentencia en razón a las hondas desigualdades existentes.

En consideración a lo anterior, puede decirse de conformidad con el concepto del Consejo de Estado (abril 16 de 2015) antes citado, que, dentro de la función de vigilancia, debe subsumirse la revisión de los contratos que se celebran entre las entidades que prestan servicios financieros –incluidas las plataformas digitales- y los consumidores. Sin embargo, teniendo en cuenta que estos servicios no se encuentran

plenamente regulados, se deben aplicar las reglas de las condiciones generales de los contratos y en especial aquellas orientadas a la protección en el caso de los contratos de adhesión.

No obstante, se observa que el Estado ha sido retardatario en su obligación de legislar sobre la totalidad de relaciones celebradas entre empresas Fintech y consumidores. Un claro ejemplo de esta situación se aprecia en el hecho de que a pesar de que el artículo 166 de la Ley 1955 de 2019, Plan Nacional de Desarrollo, se incorpora que el gobierno nacional regulará todo lo pertinente al otorgamiento de licencias para las entidades Fintech, a la fecha no se han emitido los respectivos Decretos que reglamenten dichas prácticas.

Lo anterior supone que a la fecha todavía cualquier entidad podría prestar tales servicios, especialmente si se tiene en cuenta lo amplio de la Circular Básica Jurídica de 2014, que así lo permite (Superfinanciera, 2014). Si se tiene en cuenta la previsión del artículo 166 antes citado, y se coteja con la previsión del Decreto 222 del 14 de febrero de 2020 en el cual se establece la posibilidad de que las entidades financieras lleguen a las zonas más remotas del país, incluyendo a las entidades Fintech, ¿qué pasaría entonces sobre los abusos que se pudieran cometer frente a estas poblaciones en ausencia de una regulación sobre licencias y servicios fintech?

En este caso, parece que serán los perjudicados los que tendrán que acudir en virtud del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, a la Superfinanciera para reclamar la defensa de sus derechos. Es decir, que, por vía del consumidor, la protección es menor, y por vía de inspección, vigilancia y control, al ser una obligación de medios,

y no estar todo regulado, podrán quedar carentes de protección efectiva ciertos casos que se puedan presentar y generar daño, como la falta de control sobre los productos que se ofrezcan (Maldonado, 2021).

La protección de los derechos de los consumidores, aspecto que ha sido entendido por parte de la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-1141 de 2000, como un mecanismo ideal para propender por el restablecimiento de la igualdad entre consumidores y empresarios, cuando se mueven en el mercado, parece ser que entran en un terreno desconocido y sin ley. De aquí entender que en la medida que la función de inspección, vigilancia y control no puede reducirse a unos aspectos técnicos, sino también a morigerar la asimetría informativa existente entre empresarios y consumidores (Arias, 2008, p. 4).

Por lo tanto, creemos que sería útil en este punto más que la promulgación de un Estatuto para el consumidor financiero digital, sería la actualización del mismo frente a este nuevo tipo de prácticas. Considerar necesario un estatuto diferenciado para el consumidor digital, sería como ir en contra de la Ley 527 de 1999 en la que se hace referencia a la equivalencia tecnológica señalando que los mensajes de datos y operaciones por medios electrónicos válidamente establecidos serán considerados como si se hubiesen realizado en medio físico.

1.2.4. De la obligación de brindar información transparente

En virtud de la Ley 1748 de 2014, se establece la obligación, de parte de las entidades vigiladas por la Superfinanciera, entre las que se encuentran los servicios Fintech, de

ofrecer información clara a sus clientes. Tal aspecto puede decirse se recoge del Estatuto del Consumidor Financiero, en el cual, de acuerdo con Jiménez (2013, p. 220) es uno de los principios rectores de dicha norma. Sin embargo, como lo hemos venido señalando, se trata en algunos casos de entidades que, por no estar reguladas en todos sus aspectos, no siempre será confiable la información que se ofrezca.

Esta postura guarda estrecha relación con lo señalado por la misma Superfinanciera que establece que la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales, creada en virtud del Decreto 710 de 2012, podrá adelantar procesos jurisdiccionales en protección del consumidor financiero los cuales se decidirán: “*con fundamento en la Ley y lo que se pruebe en el proceso*” (Superfinanciera, 2020).

Cómo se ha venido insistiendo hasta este punto, la ausencia de una regulación clara y efectiva sobre los negocios Fintech, así como sobre las actividades de innovación en servicios financieros a través de plataformas tecnológicas, por entidades diferentes a las pertenecientes a la banca tradicional, son un foco generador de responsabilidad del Estado. Esto en atención a los posibles perjuicios que puedan sufrir los consumidores por la paquidermia del legislador nacional, o por la falta de claridad sobre lo que debe ser controlado y vigilado por la Superfinanciera.

No obstante, es importante resaltar que la Superfinanciera es consciente de esta situación y ha venido trabajando fuertemente para tratar de llenar los vacíos que se vienen presentando al respecto, especialmente teniendo en cuenta la gran aceptación que ha tenido el Fintech en el país. No obstante señalar que el rápido crecimiento de estos negocios, parecen desbordar la capacidad de la entidad.

Especialmente porque parte del problema radica en que el legislador no puede aplicar regulaciones tradicionales con tintes políticos y de intereses particulares para proteger a ningún sector en particular, sino a través de la adaptación a las nuevas tecnologías y a las oportunidades de negocios que de ellas se desprenden, teniendo en cuenta a los competidores tradicionales, y a los nuevos empresarios.

Eso sí, sin desconocer la protección que debe ofrecerse en todo momento a los consumidores y al sistema económico en general. Aunque, se constituye en un verdadero reto lograr flexibilizar la regulación para no frenar la innovación, y al mismo tiempo mantener la suficiente rigidez para no convertirla en un foco de abusos (Figura 1), y que no termine por generar una responsabilidad del Estado.

Figura 1. Proceso de regulación e Innovación.



Fuente. Superintendencia Financiera de Colombia, 2018. Regulación para la innovación. Presentación realizada por Laura Clavijo Muñoz.

De hecho, estamos de acuerdo con Corredor (2015, p. 949), en el sentido de que se requiere agilidad legislativa y de protección al consumidor, especialmente en tiempos en los que la regulación de estas materias sobrepasa con facilidad las fronteras Estatales y apunta más a la armonización normativa.

1.2.5. Los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas

Sea lo primero aclarar que un contrato de adhesión es aquel por el cual el predisponente, o la parte fuerte dentro de la relación jurídica, impone al adherente, el consumidor, el contenido del contrato, sin que exista posibilidad alguna de entrar a negociarlo. O como señala Moreno: *“aquellos elaborados unilateralmente por una entidad financiera, cuyas cláusulas no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes”* (2018, p.263). Si bien esta es una práctica muy común, el problema se presenta cuando del clausulado se desprenden cláusulas abusivas, es decir, que imponen obligaciones excesivas a la parte débil del contrato.

No obstante que el artículo 11 del Estatuto del Consumidor Financiero prohíbe las cláusulas abusivas, se considera que no es fácil el control sobre el uso de las mismas por parte de las entidades financieras. Especialmente cuando los clientes de dichas entidades generalmente cuando acuden a ellas es porque están necesitados de sus servicios, especialmente aquellos relacionados con el otorgamiento de créditos, y por eso acogen las condiciones que estos imponen.

Consideramos que no se trata de una situación desconocida por el ordenamiento jurídico colombiano; pero que en ocasiones es preferible no hacer nada para no restar eficiencia

a un sector que por las cantidades de recursos que mueve, necesita ser muy ágil. (Posada 2015, p. 144).

Por lo tanto, en materia de cláusulas abusivas, ya sea que se trate de la aplicación del artículo 57 del Estatuto del Consumidor Financiero, que establece la competencia en cabeza de la Superfinanciera; o de la Circular Externa 039 de 2011 de la Superfinanciera, que otorga competencia a los Defensores del Consumidor Financiero sobre el mismo tema, puede señalarse entonces, que cuando se dejan pasar algunos casos, como se anotó en el párrafo anterior, se estaría en una situación donde se distancian del deber ser del Estado de garantizar la búsqueda del interés general de toda la comunidad, favoreciendo a un sector en particular, y generando así una potencial afectación al consumidor financiero.

Dicha circular fue ampliada a través de la Circular Externa 018 de 2016, en la cual se aumentó considerablemente el listado de prácticas abusivas; manteniendo en cabeza de los defensores del consumidor financiero la obligación de revisar las condiciones de los contratos. Actualización que consideramos importante en la medida en que es más cercana a las prácticas actuales, incluyendo las realizadas por las entidades distintas al sistema financiero tradicional y que también prestan dichos servicios.

Aunque, como lo señala Gómez (2016, p. 12) las entidades financieras en su caracterización han demostrado ser bastante imperfectas, siendo un ejemplo de ellos la Crisis financiera del 2008 causada por la especulación en valores. Por lo tanto, con mayor razón debe ser férrea la vigilancia que se realiza sobre las diferentes cláusulas

incorporadas a los contratos de adhesión con consumidores financieros, así como a la totalidad de las prácticas y servicios que ofrecen.

1.2.6. La Atención al cliente como resolución de conflictos.

Tradicionalmente las personas podían ir a las entidades financieras a elevar una queja ante la insatisfacción por aquello que consideraban un mal servicio. Este es el primer paso en la búsqueda de soluciones sobre daños que puedan sufrir. Más, en la actualidad este aspecto es cada vez más complejo, toda vez que el servicio al cliente es ofrecido a través de centrales telefónicas, en las cuales el cliente puede durar horas sin recibir una respuesta de fondo a su requerimiento, o simplemente se evidencia una falta de imparcialidad en sus resoluciones (Morillo, Morillo y Rivas, 2011, p. 124). Comportamiento que entendemos favorecido también por la falta de un efectivo control sobre la actividad de dichas centrales en la resolución de las necesidades del consumidor financiero.

De acuerdo con el informe 2019 de la Superfinanciera, trimestralmente dicha entidad recepcionó más de 300.000 quejas, por inconformismo con los servicios prestados por las entidades financieras como se observa en el cuadro 1. Si bien en este indicador no todo puede ser considerado como una falla del servicio del Estado en materia de inspección, vigilancia y control respecto de las entidades financieras, incluidas aquellas que prestan sus servicios a través de plataformas digitales, lo cierto es que la cantidad de quejas si resultan alarmantes, en atención al porcentaje de las mismas que si puede obedecer a controles excesivamente laxos sobre su funcionamiento.

Cuadro 1. Número total de quejas por resolver por trimestres, año 2019

Marzo	370.155
-------	---------

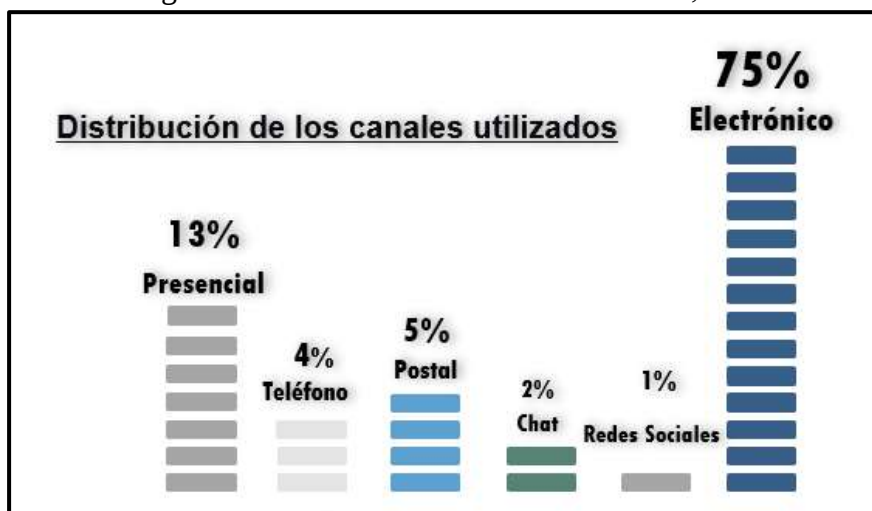
Junio	310.712
Septiembre	330.057
Diciembre	328.129
Total Quejas 2019	1.339.053

Fuente. Elaboración propia a partir de la información obtenida de la Superfinanciera.

<https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/informes-y-cifras/informes/informe-trimestral-de-atencion-de-quejas-a-cargo-de-bancos-y-defensores-del-consumidor-financiero-10083769>

Lo anterior es aún más preocupante, pero coherente con la presente investigación, cuando se tiene en cuenta, de acuerdo con la encuesta de satisfacción de los clientes para el mismo periodo analizado, que el principal canal utilizado fue el de servicios electrónicos, en un 75%, frente a un 13% de servicios presenciales (Superfinanciera, 2020). Es decir, las personas cada vez más están usando servicios financieros a través de plataformas digitales, y el número de quejas demuestra las situaciones en las que se encuentran los consumidores financieros (Figura 2).

Figura 2. Distribución de canales utilizados, 2019



Fuente. Superfinanciera. Encuesta satisfacción al cliente. Disponible a través de:

<https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/60866>

De hecho, el informe en comento señala que, en la calificación del servicio ofrecido por las entidades financieras, el 18% de los usuarios de tales servicios considera que son malos, y el 13% los evaluó como regulares. Un 69% los calificó como buenos, pero nadie los consideró excelentes (Superfinanciera, 2020, sp). Razón por la cual se

entiende se requiere de una mayor intervención en este sector, en especial en los servicios ofrecidos a través de los canales no presenciales, es decir a través de plataformas digitales, como los de las entidades Fintech.

De acuerdo con todo lo analizado, y siguiendo lo dicho por el Banco Interamericano de Desarrollo, a nivel regional, incluyendo a Colombia, existe conciencia del potencial de los servicios Fintech para su desarrollo económico (2018, p. 5); por lo tanto, y con mayor razón debe regular y supervisar adecuadamente al sector. Lo anterior para evitar situaciones de afectación al consumidor y que puedan desencadenar en condenas por falla en el servicio, o inclusive en una verdadera crisis que afecte la economía total del Estado.

Con lo cual la necesidad de establecer un correcto marco institucional, con políticas claras, será determinante para generar crecimiento al sector Fintech, y seguridad jurídica para los consumidores. Aspecto que implica el apartarse de una normativa como la que se aplica en la actualidad la cual supone simplemente el establecimiento de unos estándares mínimos de seguridad y calidad para la realización de sus operaciones (Superfinanciera, 2016a).

2. EL CONCEPTO DE FALLA DEL SERVICIO ASOCIADO A LA INDEBIDA VIGILANCIA Y CONTROL DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS PRESTADOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES.

En el presente capítulo se analizarán posibles escenarios en los que se configure una falla de servicio, por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento del Estado, relativo al control y vigilancia de los servicios financieros que se ofertan a través de plataformas digitales, los cuales, como se apreció en el capítulo anterior, son en la actualidad la fuente del mayor número de quejas de los usuarios.

Igualmente, se analizará en qué casos, a pesar de la ocurrencia de un daño, no nos encontramos ante un escenario de falla del servicio, frente a un deber de primera importancia para el Estado como lo es la vigilancia de la actividad financiera, la cual la ha sido considerada por la Corte Constitucional, en sentencia C-1062 de 2003, como de interés general para el país, en tanto que la misma compromete el interés de los consumidores en las líneas de crédito que ofrece, pero que al mismo tiempo se nutre de los ahorros de éstos.

La falta de un buen control previo por las entidades encargadas supone cargas adicionales para el consumidor financiero y, de hecho, para el mismo Estado. Esto en la medida en que se tendrá que realizar un control posterior, pero esta vez a través del ejercicio de acciones judiciales (Gómez, 2016, p. 22). Es decir, en términos de tiempo y costos, son gastos adicionales en que tendrá que incurrir no solo el consumidor sino también el Estado al tener que poner operar su sistema judicial, ya bastante congestionado, así como los gastos de representación y defensa.

2.1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

El concepto responsabilidad es un concepto que tiene múltiples acepciones, tanto de valor positivo como negativo. Una primera aproximación de responsabilidad jurídica, para los efectos de esta investigación nos la ofrece Vélez quien señala que se trata del: *“sometimiento particular y concreto de una persona a la sanción prevista en una norma jurídica de la que es destinatario, por haberse transgredido su prohibición o mandato, por ella o por otra persona”* (2015, p. 149).

Avanzando un poco más, para los efectos del presente trabajo, podemos decir, que cuando se trata del Estado la responsabilidad surge como consecuencia del incumplimiento, o cumplimiento defectuoso o tardío de un deber estatal, radicado en cabeza de los servidores a su servicio.⁷

El aspecto antes enunciado, obliga a que los Estados, a través de sus servidores actúen eficientemente conforme a las funciones encomendadas,⁸ bajo el entendido de que el accionar agente, servidor público, como señala Güechá *“es atribuible al ente público por no ser posible separar al ente público de la actividad administrativa”* (2012, p. 97).

⁷ Es importante anotar en este punto que el análisis que aquí se realiza no es el único caso de imputación de la responsabilidad del Estado. Dentro de la estructura de la responsabilidad del Estado es posible señalar la existencia de escenarios de imputación de responsabilidad objetiva, como sería el caso entre otros de la responsabilidad por riesgo creado. Por otro lado, tenemos los casos de responsabilidad subjetiva, la cual, si bien recae sobre el actuar de un funcionario, compromete la responsabilidad de la administración (Jiménez, 2013 p. 73 y ss.). Es precisamente en el ámbito de la responsabilidad subjetiva, en el que se encuadra el título de imputación de falla del servicio, y que es parte del objeto de análisis de la presente investigación. Este tema se ampliará más adelante.

⁸ Cruz (2009) señala que se trata de un compromiso en términos de gerencia pública de obrar eficientemente en la búsqueda de los fines del Estado (p. 156). Encaminados, además, como lo señaló el Departamento Administrativo de la Función Pública (2016), en el cumplimiento de sus funciones a la atención a la comunidad.

De aquí el interés del Estado en disminuir los posibles daños que se puedan ocasionar, por la falta de la debida diligencia en la realización de sus actividades (Plant, 2018, p. 537).

Se trata de una noción que no es nada nueva. Para soportar una afirmación de este tipo, Gil Botero (2011, p. 51), incorpora una referencia de carácter literaria en el cual, dentro de la obra de Sófocles, *Antígona*, ya se mencionaba el vínculo de tipo obligacional entre el Estado y las personas que en él habitaban. Si bien comprendemos dicha referencia más como un hecho, que, como un concepto constructor de derecho, si nos ofrece una idea de lo antiguo que es el concepto del deber superior del Estado en la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos.

Estamos de acuerdo con Santos (2012, p. 49) quien afirma que se trata de una figura esencialmente originaria del derecho privado, y que desde allí se fue derivando posteriormente al derecho público configurando así la responsabilidad del Estado. Esto como resultado del establecimiento de reglas de comportamiento, aplicables a diferentes campos y actividades, y posteriormente analizado desde la óptica de las actividades y servicios a cargo del Estado (Crawford, 2013, p. 27).

Tal aspecto también es importante desde una óptica meramente procedimental, porque nos ofrece una ilustración sobre cuáles son las etapas que deben observarse para la correcta prestación de un servicio público, entiéndanse los servicios financieros a través de plataformas digitales; y el procedimiento que debe seguir el Estado en lo relativo al control y vigilancia sobre dichas actividades.

Dicha evolución conceptual, desmitificó por completo el poder cuasi divino de los gobernantes, en el cual se daba por entendido que, por su sabiduría infinita, el Estado no se equivocaba, y por lo tanto no podía quedar sometido como sujeto de responsabilidad (Garrido, 1989, p. 7 y 8.). Importante lo anterior, porque de lo contrario ¿cómo se sostendría el principio de legalidad dentro de la estructura de los Estados modernos no absolutistas?

Puede decirse que, en Colombia, desde la Constitución Política de 1863 –Constitución de Rionegro- se empezó a dar aplicación al concepto de responsabilidad del Estado como resultado del naciente reconocimiento y respeto de las libertades civiles (Arenas, 2011, p. 299); sin embargo, no fue hasta los hechos ocurridos durante la guerra civil de 1876-1877 en donde se dieron las primeras declaratorias de responsabilidad del Estado, basadas en dicho marco.

A partir de ahí puede decirse que cobró fuerza efectiva el concepto de responsabilidad del Estado en Colombia. Así, por ejemplo, se trae a colación un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, (Sentencia C.S.J. del 13 de junio de 1975), al referirse al tema de la responsabilidad del Estado colombiano anotó que:

“Todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, si está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos resarzan con sus bienes.”.

La Constitución Política de 1991 supuso un importante avance en la materia, al dejar claro en su artículo 90, inciso primero la obligación del Estado de responder por los daños antijurídicos que le sean imputables y causados por sus servidores. Aspecto que es importante, porque no deja duda sobre el reconocimiento que el constituyente tuvo sobre tan importante situación, así como sobre la legalidad misma del funcionamiento del Estado.

Similar criterio fue el sostenido por la Corte Constitucional en Sentencia C-333 de 1996, en la cual señaló que lo que realmente se busca es la protección de los administrados frente a la creciente actividad del poder público, la cual hace aumentar el riesgo de cometer errores y generar daños. Por lo tanto, estamos de acuerdo con la propuesta de González (2009, p. 79), quien afirma lo que se busca es una garantía integral de la protección del patrimonio de los ciudadanos.

Por último, se observa que el Estado ha asumido un rol garantista. Se trata de una conversión hacia el Estado Social de Derecho, respetuoso de los ciudadanos, y además poniéndose al día con la tendencia generalizada a nivel internacional en lo relativo a la responsabilidad de los entes públicos. Esta afirmación se evidencia en la cercanía existente entre el artículo 90 de la Constitución Política colombiana y el artículo 106 de la Constitución Española (1978) que establece el derecho de los particulares a ser indemnizados por las lesiones sufridas como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Así las cosas, frente a las obligaciones de la nación o de cualquier entidad de derecho público, en cuanto a la prestación de los servicios a su cargo, si estos fallan o se prestan

tardía o deficientemente, y como consecuencia de dicho fallo se genera un daño antijurídico, dará lugar a una declaratoria de responsabilidad. Aspecto que se configura independientemente de que los mismos hayan sido prestados con buena intención, pero sin entender que se trate de un régimen de responsabilidad objetiva.

Esto en la medida en que se infiere que un resultado de dicho fallo es la generación de un daño antijurídico a una o varias personas, naturales o jurídicas. Dicho de otra manera, cuando por una acción deficiente del Estado se rompe de equilibrio de las cargas a las que están sometidas las personas en el territorio colombiano, entonces el Estado será responsable de dicha reparación.

2.2. FALLA DEL SERVICIO.⁹

Queremos iniciar este apartado señalando que el estudio de la responsabilidad que aquí se realizará, se deriva de la actividad administrativa de los Estados. De hecho, el mismo no tendrá en cuenta los casos de responsabilidad contractual. Dentro de esta clasificación que surge del funcionamiento de los Estados, tenemos el régimen de responsabilidad objetiva, en el cual, basta con que se produzca el hecho dañoso para que se configure. Sobre los regímenes de responsabilidad, en especial en relación con los casos de responsabilidad objetiva y subjetiva, el Consejo de Estado señaló que:

el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que

⁹ Si bien dentro del Estado colombiano existen diversos tipos de responsabilidad como lo es la Civil, Fiscal, Disciplinaria, y la penal, para todos los efectos de la presente investigación, nos centraremos en la responsabilidad subjetiva que se deriva del accionar defectuoso de los agentes del Estado.

consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación. (C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, No. 2004-02157/37800, 2018).

Más, dentro de la responsabilidad del Estado, el común denominador es el que se genera frente a los regímenes de responsabilidad subjetiva, es decir fundados en el comportamiento de los entes y agentes del Estado. De esta clasificación la más común es la que se deriva de la falla del servicio, y de allí se deriva la obligación de resarcir el daño antijurídico sufrido por la víctima, que debe buscarse primordialmente en aquellas acciones que legítimamente realiza el Estado en la búsqueda de sus fines (Manrique 2007, p. 238).

Una realidad propia de la abundante actividad del Estado es la posibilidad de que pueda fallar en muchas formas a través de sus diferentes actividades (Van de Walle, 2016, p. 4), en este caso nos centraremos en aquellas realizadas por la Superfinanciera como ente encargado del control y vigilancia de las empresas que ofrecen servicios financieros, incluyendo aquellas que prestan sus servicios a través de plataformas digitales; y

además por tener competencia jurisdiccional en lo relativo a la protección de los derechos del consumidor financiero.¹⁰

A manera de ilustración se puede señalar el caso en el cual, dentro de la obligación de control *ex ante* prevista en el numeral 4 del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se pasa por alto el contenido de una cláusula abusiva; entonces nos encontramos en un escenario de falla del servicio. Lo anterior, porque a pesar de que las entidades Fintech legalmente constituidas, están obligadas, antes de emplear cualquier contrato con sus clientes, a verificar que el mismo se adecúe a las previsiones del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, así como a la Circular 048 de la Superfinanciera en la que establece el listado de las cláusulas que son consideradas abusivas, en ocasiones dicho análisis puede ser superfluo generando daños posteriores, yendo en contravía de su objetivo principal que es evitar el potencial daño que se pueda ocasionar al consumidor financiero (Moreno, 2018, p. 272).

Es un deber del Estado la correcta y eficiente prestación de servicios y actividades que garanticen la efectivización de los diferentes derechos contenidos en la Carta Política, entonces, cuando esa actividad falla, y esa falla no se puede incorporar en una causal eximente, lo que sobreviene ha de ser la declaratoria de responsabilidad del Estado (Bustamante, 2003), siendo una consecuencia de dicha declaratoria de responsabilidad, la obligación por parte del Estado de entrar a reparar los daños y perjuicios que se hayan podido ocasionar por el funcionamiento deficiente de sus servidores (Güechá, 2012, p.100). Tal aspecto permite suponer que la responsabilidad a la que aquí se hace

¹⁰ La Ley 1328 de 2009 en sus artículos 13 al 19 regula lo relacionado con el Defensoría del Consumidor Financiero, las cuales son entidades independientes de la Superfinanciera ante la cual pueden los consumidores financieros interponer sus quejas en relación con el sector. Sin embargo, no es obligatorio que para dirigirse a la Superfinanciera deba agotarse instancia alguna ante los defensores.

referencia si bien nace en el comportamiento de un agente, trasciende en una obligación del Estado de reparar la lesión sufrida por un consumidor (García y Fernández, 2008, p. 925), para el caso concreto entiéndase financiero.

Estamos de acuerdo con Van de Walle (2016, p. 6) en el sentido de que las fallas del Estado pueden variar según el servicio que se preste. Pero en el caso concreto, teniendo en cuenta el creciente número de personas que apelan a servicios financieros a través de plataformas digitales, como se vio en el capítulo anterior, obliga a que se redoble el control y vigilancia del Estado para evitar un daño mayor en un volumen creciente de consumidores entre los que se encuentran personas naturales y jurídicas, y eso sin contar el efecto que esto podría generar en la economía del país.

Así, un ejemplo que se podría presentar sería la falla del servicio por el retardo en la resolución de las quejas de los usuarios del sector financiero. Eso sí, haciendo salvedad que no debe tratarse de cualquier retardo, sino uno en el que se conjugue una conducta inadecuada e injustificada del Estado, y que como consecuencia de este se genere un daño para el consumidor.¹¹ De hecho, un escenario de demora injustificado podría suscribirse como un caso de defectuoso funcionamiento de la administración por la falta de cuidado, incorrecta vigilancia o inclusive irregularidades que desencadenan en el resultado dañoso (Ruíz Orjuela, 2016, p. 1).

¹¹ Sobre este mismo criterio puede verse la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 4 de junio de 2008, Exp. 25000-23-26-000-1994-00158-01 (14721) CP. Ramiro Saavedra Becerra. Este fallo señala que en un mundo ideal no existiría la necesidad de analizar circunstancias eximentes de responsabilidad, pero en la realidad del Estado colombiano, se precisa en algunos casos dar prioridad a otras situaciones, aunque ello suponga la afectación de otro derecho.

Sin embargo, un aspecto que también ha dejado claro el Consejo de Estado, (Sentencia C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, No. 2000-01473, 2015), es el relativo al alcance de los deberes de la Superfinanciera frente a la protección de los consumidores y de la economía misma. De acuerdo con el pronunciamiento en comento se trata de una obligación de medios y no de resultados, por lo cual, solo corresponde la verificación de los procedimientos aplicables a cada actuación en particular.

Es decir, que dentro de la carga obligacional de la Superfinanciera se encuentra el exhaustivo análisis de los distintos procedimientos, así como de los modelos de contratos y de los servicios prestados a los consumidores financieros; pero no puede entenderse bajo ninguna circunstancia que dicha vigilancia suponga también la garantía de que todas las transacciones arrojen siempre un resultado que sea positivo para los intereses de ahorradores e inversores, en general de los usuarios del sector financiero. Aspecto con el que estamos de acuerdo puesto que tampoco pueden trasladarse a esta entidad las predicciones de los ciclos económicos y las expectativas de ganancias frente a la aleatoriedad de los mercados.¹²

Por tal razón lo que se espera y exige en este tipo de casos, es que el servicio de vigilancia y control no dependa de criterios políticos (Van de Walle 2016, p. 8).

¹² Es importante anotar que los mercados financieros a la fecha han mostrado ser en exceso volátiles, respondiendo en ocasiones a situaciones que en primera instancia podrían considerarse con ausentes de relación con el sector. Así por ejemplo en ocasiones una simple declaración de un mandatario estatal, o los temores por la mayor confianza o no, en un producto pueden degenerar en caídas o subidas de las tasas de interés. Actualmente un claro ejemplo de este escenario se aprecia frente a la pandemia del coronavirus, la cual ha hecho que muchos mercados se contraigan, generando pérdidas para muchas inversiones, en especial para los consumidores financieros que invierten en capitales de riesgo. Al mismo tiempo, con toda esta pandemia, hemos visto como muchas personas que adquirieron créditos educativos pagaderos en dólares observan con preocupación la manera como sus obligaciones se han duplicado debido al aumento de la cotización del dólar. Aspectos que de ninguna manera podrían considerarse como de responsabilidad de la Superfinanciera, pero tampoco de los consumidores, y que habrán de ser tratados como circunstancias externas no calculables dentro de la buena gestión que habría de realizar un buen hombre de negocios.

Aspecto que es aplicable a la Superfinanciera en lo relativo a la protección de los consumidores y de la economía como tal.

Se requiere una actuación que se configure en términos de eficiencia, a la velocidad de los avances en ciencia y tecnología que son incorporados constantemente en los servicios financieros que son ofrecidos al público a través de plataformas digitales. Como lo señala Rico (2007, p. 35), se trata entonces de una protección que debe ir inclusive más allá de la que se ofrece al consumidor del sector financiero a través de los canales tradicionales.

Como conclusión de este apartado puede afirmarse entonces que en la medida en que el legislador no omita su función de legislar correctamente esta materia, podrá mostrar claramente el camino que deberá seguir el servidor público en lo relativo a la inspección y vigilancia de dicha actividad para que de aquí no se configure una falla por el incumplimiento deficiente de la protección del consumidor financiero frente a la imponencia que tienen las entidades bancarias.

2.2.1. La postura del Consejo de Estado frente al tema.

A la luz de la importancia de la actividad financiera en Colombia, entendida a partir del artículo 335 de la Constitución Política, como actividades de interés público, el Consejo de Estado señaló, que la confianza del consumidor financiero en las entidades que captan recursos del público pende en buena medida de la tranquilidad de saber que dichas entidades se encuentran vigiladas por el Estado. (Sentencia C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, No. 35767, 2012).

Es esa relación de confianza la que ha servido como fundamento para otros pronunciamientos de la misma corporación, para clarificar en primera instancia, la obligación de la Superfinanciera de ejercer la protección del consumidor financiero frente a posibles incumplimientos o cumplimientos defectuosos de las entidades financieras (C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, 11001-03-06-000-2015-00163-00, 2015); sin importar si se trata de una plataforma digital, el canal usado para la prestación de tales servicios. Aspectos que sirven como punto de partida para la determinación de la falla del servicio.

En otro pronunciamiento de ese mismo año, el Consejo de Estado señaló que cuando se trate de la prestación de servicios financieros, es imputable al Estado la responsabilidad por la omisión de las funciones de inspección, vigilancia y control que a este competen en virtud de sus deberes constitucionales, con la cual la no defensa del consumidor en las quejas que presenten contra las entidades financieras podría configurarse perfectamente como un caso de falla del servicio (Sentencia C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, No. 2000-02312, 2015). La sentencia en comento señala además que no basta con adoptar las medidas por parte de la Superfinanciera, sino que las mismas deben ser a tiempo, ya que una medida tardíamente adoptada, también tiene todo el potencial para generar el daño al consumidor financiero.

A la luz de lo anotado, para el Consejo de Estado no cabe duda de que cuando se trate de fallas del servicio relativo a las funciones de inspección, vigilancia y control, es la acción de reparación directa la que resulta procedente para que la o las víctimas, puedan solicitar la reparación del daño que se les ha causado por dicha deficiencia (C.E., Sala

de lo Contencioso Administrativo, Rad. 25000232600020010182502, 2016). Aclarando, en ese mismo pronunciamiento, que, a pesar de lo anterior, hay que ser prudentes en la medida que no es posible garantizar una protección individual absoluta frente a los riesgos propios del mercado.

2.2.2. La postura de la Corte Constitucional

Con una escasa diferencia de una semana, en el año 1999, se emitieron dos sentencias de unificación, la SU-157/99 y la SU-159/99, ambas con ponencia de Alejandro Martínez Caballero. La importancia de estas es que sirvieron para dejar claro el rol del sistema financiero en el país. Con lo que quedó claro que la actividad financiera es de interés público y por ello se requiere de una especial vigilancia de esta, al tiempo que se debe ofrecer una especial protección a los clientes. Adicionalmente:

“De la relación contractual bancaria podrían resultar afectados los derechos a la personalidad jurídica e igualdad de condiciones para acceder al servicio público bancario del cliente, y si está íntimamente relacionado con los derechos en comento, podría afectarse los derechos fundamentales por conexidad de las libertades económicas del particular.” (Sentencia SU-167 de 1999)

De hecho, no cabe duda sobre la asimetría informativa y el desbalance de posiciones entre las entidades financieras y los consumidores, lo cual lleva a entender la especial obligación que surge proteger a los usuarios del sistema frente a dichas entidades, que

captan y ponen recursos públicos. Por lo tanto, de acuerdo con la Corte Constitucional queda claro que:

“Si un particular asume la prestación de la actividad bancaria adquiere una posición de supremacía material -con relevancia jurídica- frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial.” (Sentencia SU 157 de 1999)

Los escenarios antes analizados, tanto de la postura del Consejo de Estado, como de la Corte Constitucional, permiten entender con claridad la importancia de la protección de los derechos de los consumidores financieros, y la especial obligación que nace para la Superintendencia Financiera, la cual de no cumplirse de conformidad con la Constitución y la Ley será generadora de falla del servicio, cuando la misma suponga un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso.

2.2.3. El Elemento Subjetivo

Al tratarse de una responsabilidad subjetiva, es menester señalar que la misma debe ser adjudicable a una persona; independientemente de que se trate de una actividad ilícita, o, de hecho, aunque sea como resultado del ejercicio de una acción ordinaria dentro del resorte de sus funciones (Sentencia C-430, 2000). Entendiendo que puede ser una persona natural que opera como agente del Estado; y en el caso de que se presente

dificultad en la determinación de la persona natural, se entenderá como una responsabilidad que se adjudica a la persona jurídica de derecho público.

Aclarando que, sin importar la persona –natural o jurídica, siempre debe tratarse de circunstancias que no queden amparadas bajo ninguna eximente de responsabilidad, ya que en este caso quedaría sin piso cualquier reclamación que por dicha naturaleza pueda realizarse (Rodríguez, 2013, p. 322), con lo cual se vería frustrada cualquier pretensión de reparación por parte del consumidor financiero.

Tal aspecto es importante en la medida en que se espera que los agentes del Estado actúen conforme las funciones encomendadas, toda vez que son ellos, quienes con su accionar logran el alcance de la teleología de la Carta Política. Así las cosas, se entiende que, al apartarse de dicha premisa, se estaría dando el primer elemento para la configuración de la responsabilidad del Estado por falla del servicio.

Dicha afirmación tiene su asidero en las previsiones del artículo 123 de la Carta Política, el cual establece que los servidores públicos realizarán sus funciones en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento. Por lo tanto, se presume que las funciones que deben cumplir los agentes de la Superfinanciera en inspección, vigilancia y control se encuentran debidamente regladas, y a ellas deben acogerse férreamente para garantizar el cumplimiento de los fines del Estado, sirviendo como puente entre éste y las personas (Gil Botero, 2011, p. 45). De hecho, en el caso que dichas funciones no estén plenamente regladas igual seguirá tratándose de una falla, en este caso en cabeza del legislador o de la entidad al no establecerse plenamente las competencias y funciones.

La observancia que el elemento subjetivo, debe mostrar frente a la norma que lo regula, se puede mirar también en consonancia con el artículo 6 de la Constitución Política, que reseña el deber de los servidores públicos de respetar las leyes, así como su propio reglamento. Y cuando se analiza en virtud del artículo 90, sobre responsabilidad del Estado, se entiende entonces que la misma se configura una vez que sus agentes se desvían de dicho deber.

Por lo tanto, un descriptor del elemento subjetivo está dado por el mayor o menor apego que el servidor tenga frente a las funciones propias de su cargo, según como se establece en su manual de funciones. En relación con este punto la Corte Constitucional, anotó que:

“La descripción, en forma clara y precisa, de las funciones que compete cumplir a cada servidor público tiene un propósito loable, ya que permite al funcionario el conocimiento de las labores que debe realizar para el ejercicio pleno, efectivo y eficiente de sus deberes.” (Sentencia C-447, 1996)

Abriéndose así la puerta, como se señala en la misma sentencia al establecimiento de la responsabilidad, en este caso, tras la conducta del servidor público -elemento subjetivo- como determinador de la falla del servicio. Tal como anotó a la Corte Constitucional en el pronunciamiento en cita:

“facilita a las autoridades el control sobre ellos, pues el empleado público es responsable no sólo por infringir la Constitución y la ley, sino también por la

omisión o la extralimitación en el ejercicio de las tareas que se le han asignado.” (Sentencia C-447, 1996).

De hecho, que en el caso de los vacíos legislativos que se puedan presentar en la regulación de las actividades financieras prestadas a través de plataformas digitales por entidades diferentes a la banca tradicional no suponen un eximente de las obligaciones de los agentes de la Superfinanciera. Con lo cual se observa que las funciones de inspección, vigilancia y control trascienden del mero deber legal y se enquistan en la verdadera protección de los intereses del Estado en lo relativo a la guarda de los derechos de los consumidores. Tal aspecto fue analizado por la Corte Constitucional, a través de sentencia en la que reconociendo la paquidermia del legislador colombiano señaló que:

Es a todas luces contrario al principio señalado, suponer que al no estar algo expresamente prohibido, bien sea para el legislativo o para cualquier rama del poder público, sus integrantes pueden hacerlo, porque esa prerrogativa es exclusiva de los particulares. Los servidores públicos tan solo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las Leyes o los Reglamentos y no puede, bajo (sic) ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a su competencia. Esto, como una garantía que la sociedad civil tiene contra el abuso del poder por parte de aquellos servidores. (Sentencia C-337, 1993).

Para terminar este apartado, se puede afirmar que un aspecto importante es que, si bien se trata de una responsabilidad subjetiva por la indebida prestación de un servicio, no le corresponde a la víctima probar la identidad del agente, sino únicamente la entidad en

cabeza de la cual recaía la prestación de dicho servicio, siguiendo la postura de Navia, *“para contrapesar la desventajosa situación de los particulares frente a quienes se mueven en un radio de acción caracterizado”* (2000, p. 218).

2.2.3.1 El Rol de la entidad financiera como elemento subjetivo.

A pesar de lo analizado, consideramos prudente dentro del proceso de determinación de la responsabilidad de la entidad estatal, el reconocer el rol de la entidad financiera. Lo anterior ante un potencial escenario en el cual el daño, puede ser resultado de una actuación contraria a lo que son las buenas prácticas de un buen hombre de negocios en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

En virtud de lo anterior, y de acuerdo con el análisis que se realizará en los siguientes apartados, podría pensarse en el llamamiento en garantía de la entidad financiera, para que se haga parte en el proceso, como lo señaló el Consejo de Estado *“con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegará a sufrir el llamante como producto de la sentencia”* (Sentencia C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, No. 00546-01-38259, 2010). Lo anterior porque de no ser así, podríamos estar inclusive ante una figura de enriquecimiento sin causa de la entidad financiera que no se hace responsable por un daño que surge es como resultado de su comportamiento desleal.

2.2.4. El Daño.

El segundo elemento requerido para que se configure la responsabilidad del Estado por la falla del servicio, es que se haya producido un daño. Martínez Rave (1993, p. 204) claramente señala que, si no hay daño, no podría pensarse en una obligación

indemnizatoria, por lo tanto, de allí se desprende la necesaria certeza que debe haber sobre la existencia de este; y de allí la obligación de la víctima de probarlo, postura que es compartida por Henao (1998, p. 40).

Además, porque como lo menciona Henao (2015, p. 279) la certeza sobre el daño será el elemento determinante de la pretensión dentro de las acciones contencioso-administrativas. Por lo tanto, es válido señalar que no obstante tratarse de un escenario de responsabilidad subjetiva, el daño debe ser de carácter objetivo, en relación con la absoluta certeza que debe haber sobre su existencia. (García y Fernández 2008, p. 926).

Pero ¿Qué es el daño? Una importante aproximación nos la ofrece Henao (1998, p. 84) quien lo entiende como una aminoración patrimonial sufrida por la víctima. Podría pensarse que por fuera de esta esfera quedaría el daño moral, no obstante, el mismo autor aclara que como daño patrimonial, o al menos patrimonialmente reparable, debe ser considerado material, e inclusive lo inmaterial. El mismo Henao posteriormente ofreció una nueva definición, señalando que el daño es “*toda afrenta a los intereses lícitos de una persona*” (2015, p. 280).

Del trabajo de Martínez Rave (1993, p. 205) se puede entender que el daño es el trastorno, menoscabo o lesión de un patrimonio en sus diferentes aspectos tanto material, como en su aspecto moral. A su vez la Corte Constitucional en hace una muy amplia descripción del daño como una fuente generadora de responsabilidad, señalando que el daño es requisito necesario para el posterior examen sobre la existencia de una situación desfavorable sea jurídicamente relevante. (Sentencia C-052, 2012)

De hecho, fue la misma Corte Constitucional, quien años antes, además de lo antes anotado, explicaba que se precisaba referirse al daño como elemento de la responsabilidad del Estado, y señalaba que la protección que se ofrece frente a éste, lo que busca es la armonización con los principios y valores que promover el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho. (Sentencia C-333, 1996).

Zanjada la discusión sobre si el daño recae sobre intereses patrimoniales o no patrimoniales, es importante señalar que el daño también puede presentarse sobre intereses individuales o colectivos (Henao, 2015, p. 281). Claro está, en el caso de los consumidores financieros, nos encontramos frente a intereses que en primera instancia deben ser analizados individualmente hablando, pero que cuando se trata de una falla común, entonces deberán ser analizados como una colectividad afectada, pero no en un interés difuso sino particular por un o unos incumplimientos en concretos que surgen a partir del mal funcionamiento de la Superfinanciera.

Hay que aclarar que debe tratarse de un daño antijurídico, es decir aquel que la víctima no está en el deber de soportar. Esta postura se encuentra en sintonía con la ofrecida por Lizcano (2012, p. 68) quien afirmar que se trata de aquel daño que implica un rompimiento de la igualdad de las personas frente a las cargas públicas. E importante, siguiendo la línea de Manrique (2007, p 229), anotar que cuando se trata de un daño antijurídico es indiferente que nos encontremos ante un régimen de responsabilidad objetiva o subjetiva. Esta misma es la postura asumida por el Consejo de Estado en su jurisprudencia, y que es lo que sirve de fundamento frente a la obligación de reparar (Sentencia C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, No. 17001-23-3-1000-1999-0909-01 22592, 2012).

Un ejemplo de la situación en comento, puede entenderse a partir de la ausencia o demora en la entrega de información veraz y eficiente sobre los servicios financieros que se ofrecen a los consumidores, la cual puede ser considerada como un generador de daño, en la medida en que se trata de una obligación de la entidad el ofrecerla, una obligación de la Superfinanciera el verificar que efectivamente así se haga, y un derecho que se vulnera al consumidor, afectando así su capacidad de adoptar una libre o mejor decisión sobre los productos que se ofrecen.

Por último, y en relación directa con los asuntos asociados al daño que se puede ocasionar al consumidor financiero, el Consejo de Estado, en un análisis bastante extenso sobre materia realizado por Orlando Santofimio Gamboa, en relación con el caso Interbolsa, señaló que:

“El daño antijurídico en materia financiera y bursátil se hace consistir en (i) la “aminoración patrimonial ante la imposibilidad de disponer de sus ahorros en el momento en que lo necesitaran o quisieran”; (ii) aminoración en el patrimonio por imposibilidad de disposición de recursos entregados a sociedad fiduciaria que entró en proceso de liquidación; (ii) aminoración del patrimonio por no pago oportuno de ahorros e intereses a usuaria de cooperativa financiera, o de entidad crediticia intervenida, o por la pérdida de aportes al liquidarse una entidad financiera; (iii) por afectación a la libre actividad económica y de empresa derivada de la disolución y liquidación de una persona jurídica del sector financiero; o (iv) la aminoración del patrimonio por la pérdida de dineros invertidos por una empresa en una comisionista de bolsa; o

(v) cualquier otra aminoración, detrimento, deterioro o afectación en derechos, bienes intereses jurídicos derivado de las actividades que se realizan en el mercado de valores, o genéricamente en la actividad bursátil”. (C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, No. 2015-00405/59179, 2018).

2.2.5. Fundamento del Deber de Reparar.

La realización del daño antijurídico al cual el consumidor financiero no está obligado a soportar, es el fundamento del deber de reparar frente a las actuaciones de la Superfinanciera en términos de inspección, vigilancia y control. La salvaguarda de los derechos de las personas es una obligación frente a otros particulares e inclusive frente a sus propias actuaciones (Sentencia C-333, 1996).

Es de vital importancia entender en este punto que no se trata de un castigo, sino la correspondencia que debe existir para el equilibrio de las cargas que no están obligadas a soportar los ciudadanos, en aquellos casos en los que se pueda comprobar la realización de un daño y su posterior imputación a la administración, en relación con los criterios legales aplicables al caso (C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, No. 2003-0046/33948, 2018); y que se acentúa como obligación en la medida en que se observa la ausencia de eximentes del hecho causante del daño (Pimiento, 2016, p. 7).

Si bien se utiliza el término repara de manera genérica, en la medida en que la existencia del daño da origen a dicha indemnización, se aclara que dicha reparación no siempre será igual. En los casos de derechos no pecuniarios, la reparación en dinero constituye una compensación, más no una reparación en sentido estricto (Henaó, 2015,

p. 281). Por tal razón se acepta la aplicación del término responder, que se entiende abarca las distintas maneras como puede ser indemnizado un daño, y que deviene de la redacción misma del artículo 90 Superior. Sin embargo, en atención al análisis de la presente investigación, se trata de casos de derechos pecuniarios y su reparación será de naturaleza económica.

Por último, hay que señalar que en el caso concreto el deber de reparar cobra especiales matices si se tiene en cuenta que Colombia como miembro de la OCDE, asume las obligaciones que surgen de dicha organización, entre ellas la relativa al reconocimiento de la protección especial al consumidor financiero para evitar el daño que surge del uso de sistemas cada vez más sofisticados y complejos que dificultan al consumidor su efectivo entendimiento (OCDE, 2020, sp.).

2.2.6. Imputación.

La presencia de un sujeto, potencialmente responsable, y el acaecimiento de un daño, antijurídico, no son elementos suficientes para que sirvan como fundamento del deber de respuesta del Estado. Se requiere además de lograr establecer una relación entre el sujeto –causante- y el daño –causado-.

Para el caso concreto de estudio, nos referimos a la posibilidad de imputar el daño sufrido por el consumidor financiero a la Superintendencia Financiera. Se trata como lo señala Pimiento del: *“escenario en el que se debe determinar el régimen de responsabilidad, justifica la aplicación del daño especial, entendido como el deber de*

reequilibrar las cargas públicas que se habían desajustado con ocasión de la actividad estatal” (2016, pp. 17 y 18).

Una sencilla ilustración del tema la ofrece Rodríguez (2013, p. 312) quien anota que se trata del perfeccionamiento de una relación entre la actuación realizada por el sujeto y el daño que ha sufrido la víctima. De no ser así, lo que se entenderá es que el daño sufrido por la víctima quedará ausente de reparación, ante un escenario en que no se declare dicho vínculo (Leiva, 2009, p. 165), o simplemente que dicho daño no ocurrió como causa de dicho agente, o que se trataba de un daño no antijurídico.

Parte de dicho análisis busca además el lograr establecer si la conducta generadora del daño se ajusta a alguna de las causales eximentes de responsabilidad, con lo cual no habría lugar a la reparación. Aunque, aclarando eso sí, que la causalidad debe predicarse desde una óptica jurídica que garantice los derechos de las partes en el proceso. Esto supone que dicho análisis debe surtir en los términos previstos en la norma, siguiendo un proceso metodológico, sistemático y ordenado y no como una acumulación de fenómenos naturales (Manrique, 2007, p. 231).

La imputación se constituye entonces en el fundamento de la condena a responder por los perjuicios sufridos por el consumidor (Henao, 2015, p. 299). Parte del problema radica, en que, aunque se trata de un proceso que parece sencillo en la práctica no lo es tanto. Sobre este aspecto Leiva (2009, p. 165) comenta que es posible encontrarse con serias inconsistencias que van en contra de los intereses de la parte afectada por el daño, imponiendo excesivas cargas probatorias que dificultan determinar la relación entre el padecimiento sufrido y un servidor en particular.

Guardando relación con antes anotado, Navia (2000, p. 231) señala que en la práctica parece que es más fácil lograr el rompimiento del nexo causal que su establecimiento. Se entiende que se trata de una situación injusta si se tiene en cuenta la mayor cercanía con los hechos que puede tener la entidad pública, inclusive la misma entidad financiera, frente a la posición más débil que es la del consumidor financiero; además que, en general, en tratándose de información financiera es mayor el abismo existente entre empresario y usuarios, razón por la cual debería facilitarse este proceso para la víctima.

Aspecto que se torna aún más gravoso en aquellos casos en los cuales la víctima no ha contribuido, o no tiene una real comprensión de la causa primaria del daño (Woolcott, 2009, p. 111). Además del hecho de que, en el caso de la responsabilidad de las entidades públicas, esta se difumina con facilidad teniendo en cuenta la gran cantidad de funcionarios que pueden tomar parte en las distintas actividades que se realizan, dificultando entender dentro de la cadena de elementos en el proceso, donde fue donde se presentó el rompimiento que generó el daño (Thompson, 1980, p. 907).

No obstante, teniendo en cuenta la dificultad que, en términos probatorios, puede suponer el establecimiento de un vínculo, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de mayo de 2016 señaló que el establecimiento del nexo causal puede lograrse a través del establecimiento de una hipótesis que debe determinar el camino a seguir dentro de la actividad probatoria.¹³

¹³ Este ejercicio a partir del análisis de hipótesis para la determinación de la responsabilidad por la falla de servicio se puede observar en el análisis realizado por el Consejo de Estado en sentencia del 26 de marzo de 2008, CP. Mauricio Fajardo Gómez, Rad. 16530.

De acuerdo con el Consejo de Estado, dicho establecimiento también puede realizarse con fundamento en el uso de indicios, los cuales deben considerarse en apoyo a las pruebas obrantes para la obtención de una conclusión que arroje luces sobre el conflicto (Sentencia C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, No. 1995-11369, 2014). De hecho, el Consejo de Estado en sentencia del 7 de marzo de 2012, señaló que las obligaciones del Estado suponen el cotejo entre la presunta transgresión y el caso particular que se juzga, teniendo en consideración de las de circunstancias que dieron lugar a la ocurrencia del daño.

Si bien entre las posturas de las altas cortes colombianas se ofrecen ilustraciones de métodos que siguen una sistemática ordenada para la determinación del nexo causal, lo que se observa, es que ni existe un único método, ni tampoco el mismo responde a una norma jurídica que así lo establezca. Si bien puede ser positivo en términos de libertad probatoria, seguimos afirmando como en un principio, no se trata de una tarea nada fácil en el campo práctico.

2.3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSUMIDORES.

Cómo ya se ha visto la responsabilidad del Estado surge a partir del daño sufrido por la víctima y que este se genere, conforme al tema de la presente investigación como consecuencia de la no prestación, o incorrecta prestación de un servicio a cargo del Estado. Más, se precisa anotar que, en la producción del daño, no puede mediar responsabilidad de la víctima, ya que, de lo contrario, esta operaría como una eximente en el caso de la falla del servicio.

Por lo tanto, si bien el Estado busca ofrecer una especial protección al consumidor financiero, se requiere también el establecimiento de una serie de deberes, esperando que estos actúen con prudencia. En la actualidad, la Ley 1328 de 2009, reconoce cinco deberes principales como se relacionan a continuación.

a) Cerciorarse si la entidad con la cual desean contratar o utilizar los productos o servicios se encuentre autorizada y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Esto es un deber que consideramos mínimo para evitar caer en estafas a través de entidades no autorizadas por el Estado para la prestación de determinados servicios financieros.

Si bien aquí es posible señalar que esto también constituye responsabilidad del Estado, la vigilancia de las entidades legales e ilegales, no por ello deja de ser un deber de los consumidores financieros, el reconocer con quien estarán realizando sus negocios. Lo anterior, cobra mayor importancia si se tiene en cuenta la gran cantidad de publicidad de todo tipo de servicios financieros que se encuentran a través del internet.

b) Informarse sobre los productos o servicios que piensa adquirir o emplear, indagando sobre las condiciones generales de la operación; es decir, los derechos, obligaciones, costos, exclusiones y restricciones aplicables al producto o servicio, exigiendo las explicaciones verbales y escritas necesarias, precisas y suficientes que le permitan la toma de decisiones informadas. Este es un comportamiento que se esperaría de cualquier consumidor, frente a los servicios financieros que esté por adquirir. No puede trasladarse la obligación al Estado, sobre todo cuando se trata de condiciones generales

de los contratos; a menos eso sí, que pueda probarse que dichas condiciones son nocivas para los intereses del consumidor.

c) *Observar las instrucciones y recomendaciones que imparta la entidad vigilada sobre el manejo de productos o servicios financieros.* A partir de la presunción de buena fe sobre el correcto contenido de los servicios financieros, ofrecidos por las entidades financieras vigiladas, se entiende que al seguir dichas instrucciones se evita una consecuencia dañosa para el consumidor financiero.

d) *Revisar los términos y condiciones del respectivo contrato y sus anexos, así como conservar las copias que se le suministren de dichos documentos.* A nivel documental, este aspecto es importante para que el consumidor, en caso de insatisfacción frente a los servicios que se le ofrecen, tenga un correcto acervo documental que le sirva como medio de prueba, en el supuesto que se pretenda requerir la reparación de los daños sufridos.

e) *Informarse sobre los órganos y medios de que dispone la entidad para presentar peticiones, solicitudes, quejas o reclamos.* Este aspecto se constituye en una suerte de requisito de prejudicialidad, en la medida en que se busca que el consumidor, previamente agote las vías que la entidad financiera le ofrece para solucionar el posible perjuicio que se le esté ocasionando.

Sobre el artículo en referencia, se establece un último deber de los consumidores financieros, relativo a la obtención de prontas respuestas a sus solicitudes. Sin embargo, se observa que más parece un derecho que un deber, ya que el consumidor financiero,

por sí mismo, no puede determinar si obtendrá o no una respuesta pronta y de fondo a los requerimientos que pueda presentar.

El artículo, en su párrafo segundo contiene un último deber, consistente en la obligación de suministrar información clara y suficiente a las entidades vigiladas. Consideramos que este deber, nada tiene que ver con el posible daño que puedan sufrir por una incorrecta vigilancia de la Superfinanciera, sino que está más cercano a la vigilancia que realiza el Estado sobre los contribuyentes en materia tributaria, así como para evitar situaciones de lavado de activos.

2.3.1. La Carga Excesiva Sobre el Consumidor Financiero.

Un elemento en este escenario es el salir dañados como resultado de nuestros propios actos. Parece ser que el estándar de conducta de un buen padre de familia, con un cuidado razonable, en términos prácticos no siempre es tan observado cómo se debería. Empero, se trata de un escenario que en primera instancia exonera de cualquier responsabilidad al Estado, pero que consideramos frente al caso concreto debe analizarse con un poco más de cuidado.

Podemos predicar, como punto de partida, que se aplicaría lo dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil, el cual establece que la apreciación del daño se reduce, en aquellos casos en los que quien lo sufrió se expuso a él imprudentemente. A su vez, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, señala que el daño se entiende como culpa exclusiva de la víctima, cuando se obra con culpa grave o dolo. Podría entonces entenderse, que la no observancia de los deberes previstos en el artículo de la Ley 1328, antes analizados,

se constituyen como culpa grave o dolo según como se adecúe la valoración del juez frente al comportamiento desplegado por el consumidor-víctima.

A pesar del argumento antes señalado, el Consejo de Estado ha terminado por concluir, en más de una ocasión, que se precisa igualmente de un análisis –subjetivo– del comportamiento de la víctima para determinar si fue determinante en la realización del daño, y puede dar lugar a la exoneración de la responsabilidad, al considerar que lo realmente determinante para este tipo de casos es la omisión en el deber de cuidado del causante del daño, el cual no puede ser transmitido a otro que no lo haya causado (Sentencia C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, No. 1994-09783, 2019, Sentencia C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, No. 1998-08834, 2010).

No obstante, nos apartamos de un postulado como el anterior, al considerarlo excesivo frente a los intereses de los consumidores financieros. Así como en el establecimiento del nexo causal se examinan las circunstancias jurídicas, consideramos que este caso, también habrá de analizarse las circunstancias que rodean la conducta de la víctima que ocasionó su propio daño (de Dios, 2012, p. 9).

Una postura cercana a esta fue la asumida por el Consejo de Estado, en la cual se anotó que no basta con el hecho exclusivo de la víctima, sino también determinar hasta qué punto el mismo es capaz de causar el daño sufrido (Sentencia C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, No. 1999-00265, 2011). Es decir, hasta qué punto concurren la falta de cuidado del consumidor, frente a la indebida gestión que pueda realizar la Superfinanciera, para que no se considere casi como un escenario de responsabilidad objetiva (Barrón, 2008, p. 19).

Debe tratarse no solo de un comportamiento de tal entidad que rompa el nexo causal, sino que además no debe ser razonablemente previsible por el prestador de los servicios. Acogemos el postulado antes señalado, bajo el entendido de que son precisamente las entidades financieras las que, dado su mayor conocimiento del negocio, pueden observar con más facilidad la ocurrencia de este tipo de hechos y procurar tomar medidas inmediatas para evitar su ocurrencia.

Así las cosas, una postura como la asumida por el Consejo de Estado en la sentencia antes citada, supone en la práctica, que una persona que no revisa correctamente los términos de un contrato de adhesión celebrado con una entidad que presta sus servicios financieros a través de plataformas digitales, de acuerdo con los deberes de los consumidores financieros, se hace responsable por el daño que pueda sufrir.

Esto es, que sin importar la falla del servicio por una correcta inspección y vigilancia que se hace de los contratos antes de su puesta en servicio, lo que determina la ausencia de obligación de reparar es el hecho de que la víctima no leyó el contrato. Aunque injusto, en la medida en que no se realiza una ponderación del tipo de daño y el deber de cuidado que debe existir entre las partes involucradas (Orti, 2006, p. 49).

Más especialmente en el ámbito del consumidor financiero, en el cual además deberá litigar también en contra de la entidad financiera que hará todo lo necesario para demostrar que se trató de una responsabilidad del consumidor, con tal de eximirse de cualquier responsabilidad que a ésta le corresponda (Paz, 2018, p. 269).

2.4. UN CÓDIGO DE ÉTICA.

Como se vio en el apartado anterior, hasta ahora la Superfinanciera ha tenido un rol bastante activo en lo relativo a la vigilancia de las entidades que ofrecen servicios financieros a través del Internet, así como en la protección de los consumidores de estos servicios. También se observó que el Estado ha sido bastante lento en su deber de legislar correctamente estos tópicos. Y que de alguna manera la postura del Consejo de Estado no ha sido la más garantista frente a los derechos de los consumidores financieros.

La OCDE (2001, sp) desarrolló un documento en el cual llamaba a los Estados a implementar unos estándares éticos en materia de gobierno y los servicios prestados a la sociedad. Este documento, lo consideramos importante, porque entre más se clarifiquen los roles de los servidores públicos, así como el valor ético incorporado a cada uno de ellos, seguramente disminuiría el número de quejas y afectaciones a los consumidores, así como el número de declaratorias de responsabilidad por la falla del servicio.

Tales aspectos son especialmente sentidos frente a los retos que impone un mundo globalizado, y una tecnología que se mueve a un ritmo muy rápido, a la cual los Estados tendrán que adaptarse muy rápido (Commonwealth Secretariat, 2016, sp). Especialmente si se tiene en cuenta que el internet no conoce fronteras, y el mal funcionamiento interno podría suponer riesgos mucho mayores para los consumidores,

que ante la falta de confianza en su sistema opten por buscar servicios financieros a través de otras latitudes, con el riesgo de una menor protección.

Por lo tanto, para la protección del consumidor financiero colombiano, que cada vez es más global gracias a la internet y al desarrollo tecnológico, se requiere de una verdadera voluntad internacional para lograr una verdadera armonización del derecho coherente con la importancia del tema de análisis. De hecho, pensamos que inclusive desde la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI, se podría analizar este tema y promover una ley modelo.

3. LA DÉBIL POSTURA DEL CONSUMIDOR FINANCIERO FRENTE A LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. CÓMO CONFIGURAR SU DEBER PROBATORIO.

En el capítulo anterior se analizó la manera como históricamente se ha venido desarrollando el tema de la responsabilidad del Estado; especialmente en lo relativo a la falla del servicio por la falta de una correcta gestión de la Superfinanciera. Igualmente se analizó cómo el tema de la culpa exclusiva de la víctima ha sido un elemento usado para el rompimiento del nexo causal.

En el presente capítulo nos detendremos en un especial análisis de las conductas del consumidor financiero que pueden romper dicho nexo. Se propondrá que se establezca en el peor de los casos un régimen de corresponsabilidad, en la medida en que es

precisamente el desbalance informativo el que puede ser el principal causante del daño; ello en la medida en que no siempre que el consumidor se aparte de sus deberes, implica automáticamente una conducta generadora del daño.

Por último, se propondrá, como regla general, un escenario de aplicación de la carga dinámica de la prueba aplicable bajo el entendido de un modelo de falla presunta,¹⁴ para proteger a la parte más débil dentro del proceso, ante las visibles dificultades de los consumidores financieros, para probar la responsabilidad del Estado por la falta de control y vigilancia sobre las entidades que ofrecen servicios financieros a través de plataformas digitales.

3.1. EL DESBALANCE ENTRE LAS PARTES.

Es bien conocido que la información financiera de cualquier entidad mercantil es de carácter confidencial, por no decir secreta. La misma no se pone en ninguna circunstancia a disposición de los consumidores. Este aspecto es igualmente aplicable a las entidades del sector financiero, independientemente que preste sus servicios por medios tradicionales, o a través de plataformas digitales. Por lo tanto, cae por su propio peso el hecho de que, en la mayoría de las ocasiones, los consumidores andan a tientas en un área de gran delicadeza por los intereses financieros en juego.

Este aspecto se complejiza, si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones las entidades financieras, por temas de competencia y lograr una mayor cuota de mercado no hacen

¹⁴ Se habla de falla presunta bajo el entendido de que en la práctica se pueden presentar situaciones que no son inmediatamente endilgables a la entidad financiera

del todo públicos sus procedimientos, algunos de ellos inclusive manejados bajo reglas de *know how* comercial. A causa de ello se pueden incorporar pasajes oscuros o ambiguos (Cabrera, 2011, p. 76).

El diseño de algunos de esos productos está orientado a aumentar la cuota de mercado y las ganancias que se obtienen a partir de ellos en un mercado de libre competencia como el colombiano. Dentro de estos nuevos productos se puede inclusive señalar el caso de los derivados financieros (Saavedra, 2012, p. 152).¹⁵ Lo cual es en parte gracias a la libertad que tienen dichos establecimientos para ofrecer a través de distintos canales, banca móvil y plataformas digitales, sus servicios, los cuales suponen cada vez una incursión más fuerte en el ámbito tecnológico (Superfinanciera, 2016a).

Aspecto que igualmente favorece el desarrollo de la banca en la sombra (*Shadow banking*), la cual se encuentra por fuera del alcance en entidades regulatorias nacionales, aumentando el riesgo para los consumidores, y para la economía a nivel global.¹⁶ Máxime, cuando la búsqueda de dicha eficiencia supone la eliminación de procesos tradicionales, asumiendo mayores riesgos, que en tiempos de crisis terminan por ser trasladados al consumidor (Maldonado, 2018, p. 201).

¹⁵ Los derivados financieros son activos, cuyo valor depende de las fluctuaciones que se generan en otros activos que reciben el nombre de activo subyacente. Un ejemplo sería la expectativa sobre el precio del petróleo, siendo el petróleo como tal activo subyacente. Para más información puede verse, Ecnomipedia (SF) Derivado Financiero. Disponible a través de: <https://economipedia.com/definiciones/derivado-financiero.html>, recuperado el 18 de abril de 2020. De hecho, eran tan complejos de entender estos instrumentos financieros, que a pesar de que muchos de ellos eran altamente tóxicos, fueron calificados con calificación AAA por las agencias calificadoras de crédito (Greenspan, 2010, p. 26).

¹⁶ Para un abordaje más amplio de la Banca a la Sombra se recomienda leer: Climent Diranzo, Franciso, y Doménech Sarriá, María (2018) La banca a la sombra: definición, regulación y evolución. Un análisis internacional. En *Cuadernos de Economía*, No. 41. Disponible a través de: <http://www.cude.es/ojs/index.php/CUDE/article/view/83/47>

Por último, y sumado a lo anterior se encuentra el hecho de que en la mayoría de los casos los consumidores no tienen mayores conocimientos contables y financieros, sobre proyecciones de tasas de interés, o sobre el riesgo de realizar inversiones que registran una mayor ganancia, o sobre el costo de administración de los servicios que están adquiriendo. Es más, los consumidores difícilmente tienen la capacidad para entender los volúmenes de información que se manejan en este sector (Autoridad de Supervisión Europea, 2017). Que ni hablar en el ámbito del Big Data, que se requieren superservidores para el manejo de la información.

Por lo tanto, se considera que es un error entender que todos los consumidores tienen una alta racionalidad frente a los productos financieros que adquieren (Blanco, 2012, p. 139), e inclusive, en el caso de los más racionales, resulta imposible comprender el volumen de información del sector.

Además, nos encontramos ante el riesgo latente que se evidencia ante cualquier actividad a través de plataformas digitales: el riesgo de ser hackeada, o atacada a través de todas las prácticas de los cyber-delincuentes; o de hecho el mal funcionamiento de la plataforma, el abuso de las herramientas automatizadas de asesoramiento (Autoridad de Supervisión Europea, 2017). Aspecto que tampoco puede ser llevado al escenario del consumidor, aunque haya incumplido con su deber de leer correctamente las condiciones del producto o servicio que adquiere.¹⁷

¹⁷ Es importante anotar que, en el caso del consumidor financiero a través de plataformas digitales, se espera de este una serie de cuidados adicionales a los requeridos frente a los servicios tradicionales de la banca. Entre ellos podemos encontrar el cambio de claves cada cierto tiempo; la guarda de información sobre la identificación del usuario, inclusive datos biométricos y de voz; la recomendación de usar equipos privados para evitar el tráfico de información en sitios públicos.

Por último, no se puede desconocer el hecho de que las entidades financieras, tanto las que funcionan a través de medios tradicionales, como las que operan a través de plataformas digitales, tienen como objetivo principal la captación de recursos del público, para poder prestar sus servicios crediticios. En este orden de ideas, se requiere de una mayor protección, entendida a partir del hecho de que son los ahorradores los verdaderos soportes del sistema financiero.

La suma de los elementos antes reseñados implica un enorme desbalance informativo entre el empresario y el consumidor, y supone al mismo tiempo que la protección que debe otorgarse debe ser mayor que aquella que se le brinda al consumidor de ciertos bienes básicos de menor complejidad.

Máxime si se tiene en cuenta que el fin de cualquier sistema económico debe ser la satisfacción del interés del consumidor (Arias, 2008, p. 20; Morgenstein, 2014, p. 197), principalmente en un país como Colombia, cuyo ordenamiento como Estado Social de Derecho supone una férrea operatividad del Estado en la promoción y cuidado de los derechos de las personas.

Tales aspectos son especialmente sentidos en un Estado Social de Derecho como lo es Colombia. De hecho, a nivel internacional, los mismos también cobran importancia, ya que dicha protección especial al consumidor financiero ha venido cobrando nuevos matices luego de la crisis financiera del 2008, en donde fue la especulación de dicho sector, y no la falta de cuidado de los consumidores los que desencadenaron dicha crisis (Saavedra, 2012, p. 150; Maldonado, 2018, p. 198).

Una postura en la que se ofrecen muchas libertades al empresario frente al consumidor que está en una posición de inferioridad, es nociva en lo relación con las garantías mínimas de protección que se debe dar a la parte débil en el contrato, y también se puede entender como una vulneración de la buena fe negocial (Cabrera 2011, p. 76), Esto sin contar con que también se puede afectar la confianza de los consumidores en el sistema mismo, y en el Estado administrador.

En suma se observa que al ser la actividad financiera, una actividad vigilada, se requiere entonces que tal vigilancia sea exquisita especialmente ante la introducción de nuevas tecnologías y productos que se caracterizan no precisamente por su claridad, sino antes por el contrario por la complejidad para su entendimiento. Al tiempo que supone también un especial compromiso de parte del legislador para regular correctamente este tipo de productos y que se no se conviertan en un riesgo innecesario carente de una efectiva protección.

Una consecuencia de un escenario como el que se planteó en el párrafo anterior no supondrá que los consumidores dejen de usar servicios a través de plataformas digitales; pero sí que empiecen a buscarlos en lugares más allá de las fronteras nacionales, en otras plataformas, gracias al internet, con los riesgos que eso implica no solo para el consumidor, sino también para toda la economía nacional, en el caso de una fuga de capitales en masa y la posterior iliquidez social.

No existe discusión alguna en relación con el hecho de que es la demanda la que determina la oferta (Blanco, 2012, p. 138); y si se tiene en cuenta que cada vez es mayor el número de personas-consumidores financieros que usan servicios ofrecidos a través

de plataformas digitales, este aspecto debe buscar un punto de balance. Así sea en lo jurídico, para que se tenga en cuenta la precariedad de la posición del consumidor frente al empresario y a las entidades estatales, en lo relativo a la protección de sus derechos.

Por tal razón, con justa adecuación la Corte Constitucional en sentencia C-792 de 2002 explicó que, si bien la Constitución reconoce y promueve la libertad económica y de empresa, esta no puede ser entendida en unos términos ilimitados. Así, tener siempre de presente que ante todo prima la protección del consumidor, el cual se entiende como el interés general de la sociedad.

Así, podemos decir, siguiendo a Arias (2008, p. 3, y 4), que la protección del consumidor financiero no se debe entender perfeccionada con la simple enunciación de los derechos en una norma jurídica, sino que debe tener un alcance de carácter procesal, es decir una protección efectiva ante las instancias judiciales; e inclusive un rol más participativo en las dinámicas que se observen para dicho ejercicio, pensando en la construcción del Estado Social de Derecho.

3.2. LA CORRESPONSABILIDAD: EN QUÉ CASOS NO APLICARÍA.

A partir de lo anterior, lo que se plantea es que la postura del Consejo de Estado que reconoce tanto la importancia de la actividad financiera para el país, y la protección del consumidor, al entender que se trata de un deber de confianza legítima en el sistema,

deben constituir la regla general en lo relativo a la importancia del deber de inspección, vigilancia y control de la Superfinanciera.

Esto ya que como se observó en el apartado anterior, el incumplimiento de los deberes de los consumidores financieros, previstos en el artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, si bien podría generar un daño, el mismo no llegaría a ser de tal entidad en la medida en que se trata de deberes formales, frente a otras actividades que de fondo se realizan en dichas entidades.

Por lo tanto, en este punto es importante que la determinación de un incumplimiento de los deberes del consumidor no sea una manera de encubrir una culpa mayor (Paz, 2018, p. 272); o sería casi como hacer responsable al usuario por la pérdida o robo de su teléfono celular, que es la unidad por la cual accede a el servicio móvil, sin que el usuario pueda establecer un bloqueo inmediato del mismo.

Partiendo de la postura asumida por la Corte Constitucional, en la sentencia C-955 de 2000 en el sentido de que la intermediación financiera en Colombia es una función social que impone obligaciones y responsabilidades para las partes es dado decir que en tratándose del daño sufrido por el consumidor financiero puede ser visto desde una óptica de corresponsabilidad, cuando este no es responsable frente a los deberes señalados en el artículo 6 de la Ley 1328 de 2009.¹⁸

¹⁸ Consideramos bastante interesante el hecho de que la sentencia de la Corte Constitucional anotada hace abundante referencia a la importancia de la democratización del crédito, pensando en la facilitación del acceso a los recursos de la banca a las diferentes comunidades. No obstante, creemos que el mismo énfasis debería ponerse en el tema de la democratización de la información, y no solo con los consumidores financieros, sino también con las entidades de vigilancia y control para que estas puedan realizar su trabajo de una manera más efectiva.

Empero, en lo que se quiere enfatizar, es que, cuando se trata de daños en cuya realización no intervino el consumidor financiero, y que son anteriores al nacimiento de la relación entidad financiera-consumidor, pensar en una corresponsabilidad no puede ser una opción. Lo que se aprecia es que el daño tiene su origen en un cumplimiento defectuoso de un deber del Estado, en el cual el consumidor no toma parte. El consumidor no es quien determina el tipo de contratos, o productos, cuya aplicación será posteriormente autorizada. Ni tampoco tiene acceso a la información de la entidad como la tiene la Superfinanciera.

Es decir, el consumidor como tal no tiene una participación directa en el hecho que da origen a la demanda;¹⁹ o como lo señala Paz *“sin que se entienda que el incumplimiento del consumidor releva a la entidad financiera del cumplimiento de sus obligaciones”* (2018, p. 266); pero tampoco a la Superfinanciera, frente a las obligaciones que le corresponden de control y vigilancia frente las entidades que prestan servicios financieros, que puedan suponer entre otros la captación de recursos del público.

Así las cosas, un escenario de corresponsabilidad en el caso concreto, es bastante remoto cuando se comparan las cargas y capacidad de información de las partes en el proceso. Si bien consideramos que sería excesivo decir que nunca podría darse, lo que se aprecia es que por el tipo de vigilancia y control que ejerce la Superfinanciera sobre las entidades que ofrecen servicios financieros a través de plataformas digitales, es muy forzada la intervención del consumidor, en un carácter determinante de la falla del servicio.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, CP. Mauricio Fajardo Gómez, octubre 3 de 2012, Rad. 25000-23-26-000-1995-00936-01 (22984).

3.3. LA CORRESPONSABILIDAD: EN QUÉ CASOS SÍ. MEDICIÓN DE LA CONDUCTA.

Hay que partir de la premisa de que la corresponsabilidad supone deberes mutuos entre el Estado y la sociedad para favorecer una vigilancia y cumplimiento conjunto de la garantía de la buena convivencia. La comunión entre lo público y lo privado para mejorar el desarrollo del país (Sentencia C-644, 2011).

Uno de los principios generales del derecho y que no se puede perder de vista en el caso concreto es *Dura Lex, Sed Lex*. La ley es dura, pero hay que cumplirla. Ello supone que, si el desconocimiento de la norma no es óbice para su incumplimiento, tampoco puede ser el decir que se desconocen las recomendaciones que hace la Superfinanciera a los consumidores financieras sobre los servicios ofrecidos por algunas plataformas digitales.

Por lo tanto, en el caso de que un consumidor financiero entre a cualquier plataforma, a pesar de las recomendaciones sobre ser cautelosos con ciertos servicios, analizar la privacidad y seguridad de la información, y la confianza de la plataforma, entre otras (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 2018) podemos decir que este tipo de comportamiento sí es determinante directo en el resultado dañoso que se haya sufrido.

No obstante, lo que no puede hacer la Superfinanciera es trasladar, de manera absoluta, el peso de su obligación de vigilancia y control al consumidor financiero. Si bien se

trata de una tarea ardua, no es menos cierto, que es una obligación del Estado en los términos de los artículos 333 y subsiguientes de la Carta Política.

Obligación, que huelga decir para la misma Superfinanciera (2016, sp) reconoció que ni ella misma cuenta con datos precisos respecto de los servicios de banca móvil en Colombia, ya que muchos de ellos son tercerizados a través de plataformas proveedoras que inclusive, no llegan a ser objeto de vigilancia de esta, razón por la cual puede entenderse que no son vigilados aumentando aún más el riesgo para el consumidor.²⁰

Es así que en este tipo de escenarios, podría darse una configuración de una concurrencia de faltas, y una corresponsabilidad consumidor-Estado, cuando el consumidor no cumple con sus deberes de cuidado, al tiempo que las entidades Fintech incumplen con su obligación de enviar los contratos sobre el uso de red (Superfinanciera, 2014, sp).

Por lo tanto, se entiende que debería establecerse como criterio que es obligación de la Superfinanciera vigilar a cualquier ente que ofrezca servicios financieros a través de una plataforma digital, independientemente de si aparece o no dentro de su registro. De esta manera será más fácil observar si está obrando por fuera del marco legal, e inmediatamente debería procederse a su intervención. Así, no trasladar esta responsabilidad al consumidor financiero.

²⁰ Consideramos que sería importante una reforma sobre los criterios para las entidades que son vigiladas por la Superfinanciera. De esta manera, algunas sociedades que prestan servicios financieros y que en este momento están siendo vigiladas por la Superintendencia de Sociedades pasarían a ser vigiladas por la Superfinanciera, que es el ente idóneo para hacer la inspección, vigilancia y seguimiento cuando se trata de operaciones que supongan la comercialización con recursos financieros, independientemente de si se realice captación de recursos. Aunque ello no suponga que la Superintendencia de Sociedades no deba realizar un seguimiento análogo en atención a la naturaleza de los servicios que se presten.

Así las cosas, si bien no le corresponde a la Superfinanciera el asegurar las posibles ganancias en un sector de tan alto riesgo, sí le compete el análisis de la observancia y cumplimiento de la plenitud de los requisitos de ley para que pueda operar.²¹ De acuerdo con el análisis anterior, no se puede suponer *per se*, que la sola falta de cuidado del consumidor deba ser considerada de manera casi que automática como generadora del daño, con lo cual se precisa la determinación de la actuación de las partes frente al resultado nocivo (Rico, 2007, p. 34).

Es decir, por ejemplo, en el caso de una entidad que no reúne los requisitos de ley para operar, si el consumidor realiza tratos con la misma es responsable por no tener en cuenta las recomendaciones de Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (2018) frente a este tipo de entidades; pero lo es también el Estado por permitir que ese tipo de entidades sin licencia puedan operar, pudiendo afectar así a los consumidores, afectando la confianza legítima en la función de control y vigilancia que debe realizar el Estado sobre la totalidad de los competidores en la economía.

3.4. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA: FALLA PRESUNTA.

En el caso concreto, consideramos que la situación del consumidor financiero, la asimetría informativa que se ha analizado, debe llevar a que en los procesos en los que se pretenda desvirtuar el nexo causal entre el daño sufrido por la víctima y la

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP. Hernán Andrade Rincón, sentencia del 26 de febrero de 2015, Rad. 25000-23-26-000-2001-01574-01 (27.544).

responsabilidad del Estado, la carga de la prueba corresponde a quien por sus circunstancias tiene más facilidad de probar.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado al concluir que en aquellos casos donde la naturaleza del litigio versa sobre situaciones de difícil, o prácticamente imposible ejercicio probatorio para la parte afectada, entonces se invertirá el deber de probar (Sentencia C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, No. 1988-00298, 2011). Es decir, debe ser el Estado, e inclusive la entidad financiera involucrada en la relación con el Consumidor financiero, las que deberán demostrar que la ocurrencia del daño se trató de una culpa exclusiva de la víctima.

De esta manera, lo que se garantiza es la existencia de un sistema más garantista para el consumidor frente a los gigantes del sector financiero; y la mejor protección de sus derechos frente a los abusos que pueden ocurrir en instancias netamente procesales (González, 2017, p. 87).

Adicionalmente, Díaz (2016, p. 206) lo entiende como una manera de garantizar el debido proceso previsto en el artículo 29 Superior. Ya que no debe entenderse la protección de derechos, como la simple garantía de acceso a la justicia, sino, como la posibilidad de un ejercicio eficiente de sus derechos dentro de las actuaciones procesales, que en el caso concreto de la falla del servicio de la Superfinanciera por el indebido ejercicio del control y vigilancia de las entidades que captan recursos públicos, sería la de reparación directa.

Lo anterior supone que, en el caso de los consumidores financieros, debería aplicarse la falla del servicio presunta, la cual exige de la entidad pública, y entendemos que inclusive de la entidad financiera, la prueba de que los servicios prestados se hicieron de manera adecuada, apegada a los lineamientos que le rigen, como mecanismo para poder romper y liberarse de cualquier responsabilidad (Sentencia C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, No. 1988-00298, 2011).

Si bien el pronunciamiento antes analizado prescribe que en cada caso sea el juez, el que, para garantizar la lealtad de las partes en el proceso, decida a quien corresponde la carga de la prueba, entendemos que en el caso de la Superintendencia Financiera y las entidades que prestan sus servicios a través de plataformas tecnológicas, es muy difícil que sea el consumidor financiero quien pueda probar si efectivamente la vigilancia y el control se adelantaron correctamente.

Aunque ello, no exime al consumidor frente a su obligación de explicar el posible desconocimiento de sus deberes legales, establecidos en virtud del pluricitado artículo 6 de la Ley 1328 de 2009. Lo cual es importante, porque lo que no se pretende es establecer una responsabilidad objetiva, frente a un régimen que tradicionalmente es subjetivo. Lo que se plantea es un trato más favorable a la parte, que hasta aquí se ha demostrado, se encuentra en una situación de desventaja, no solo frente a las empresas del sector financiero, sino también en materia probatoria, frente al Estado debido a la naturaleza técnica de los servicios financieros, los cuales responden a modelos matemáticos y análisis estadísticos que no son fácilmente comprensibles para los consumidores.

CONCLUSIONES.

Es una realidad innegable que la tecnología llegó para quedarse y cada día ha ido involucrándose en muchos más aspectos de la vida cotidiana de las personas, no solo en Colombia, sino a nivel global, y que cualquier tema de discusión en la actualidad que involucre consumidores y tecnología seguramente tendrá un alcance global.

Los aspectos que se evidencia en términos de servicios financieros ofrecidos a través de plataformas tecnológicas igualmente supondrán un cambio en el paradigma tradicional del sistema financiero. El mismo se verá obligado a adecuarse a las nuevas tecnologías y los nuevos servicios solicitados por la comunidad, o de lo contrario muy seguramente se verá reducido su tamaño en la participación que tiene en la economía colombiana.

En este escenario se plantean retos también para el mismo Estado. Se entiende que en la actualidad la función de inspección, vigilancia y control que realiza la Superfinanciera se hace cada vez más difícil, pero ello no puede ser óbice para trasladar la responsabilidad a los consumidores. De lo que si estamos seguros es que se requiere ampliar el ámbito de vigilancia de la Superfinanciera, hacia sociedades que se encuentran inscritas como de tecnología, pero que el objeto de su negocio es el ofrecimiento de créditos a través de plataformas digitales.

Una de las obligaciones que se configura con mayor fuerza a cargo del Estado es la de mantener un mayor control *ex ante* y no *ex post* de las actividades ofrecidas por las entidades que prestan servicios financieros a través de plataformas digitales. De esta

forma seguramente mejorará el funcionamiento de todas estas entidades, y al mismo tiempo se evitará la afectación de los consumidores.

Así, por ejemplo, en el caso de la revisión de los modelos de contratos, o de nuevos servicios que ofrecerán dichas entidades, los controles tienen que ser más agudos, pensando no tanto en favorecer a un sector en particular, sino a la comunidad en general, y así evitar la ocurrencia de daños que fácilmente serían imputables a la falta de la una debida diligencia de parte de la Superfinanciera.

De hecho, lo que se requiere es la reformulación de la protección de los derechos de los consumidores financieros por parte de las autoridades administrativas. La evidencia del desbalance de la información da muestra de lo difícil que puede resultar para el consumidor financiero el poder probar en las instancias judiciales los casos de falla del servicio.

Por lo tanto, en los casos de reparación directa por falla del servicio en la que se impute la ocurrencia de un daño a la deficiente gestión de la Superfinanciera, se debe manejar el esquema de falla presunta, para lograr el traslado de la carta probatoria, desde la parte más débil procesalmente hablando, que es el consumidor financiero, hasta quien está en mejor capacidad de probar. Inclusive incorporando a los procesos a las entidades financieras que, como entidades vigiladas, y partes dentro de la relación contractual con el consumidor, deberán también probar su concurrencia en el hecho.

Inclusive, de acuerdo con los análisis realizados lo que se evidencia es que la falla del servicio también puede atribuirse al legislador cuando no regula correctamente este tipo

de ecosistemas, en los que se presenta una rápida evolución y un creciente número de intervinientes con lo que aumenta el riesgo de ocurrencia de situaciones nocivas para los consumidores.

Ahora bien, en términos de concurrencia, se entiende que los consumidores financieros también son responsables en lo relativo al cumplimiento de sus deberes. No obstante, se trata de unos deberes formales, que se entienden posteriores a la falta de cuidado en lo relativo al control y vigilancia de la Superfinanciera. Por lo tanto, si bien se entiende que de alguna manera también deba responsabilizarse al consumidor financiero por el incumplimiento de sus deberes, se requiere una ponderación más justa frente a la totalidad del daño que se haya podido sufrir.

Por último, señalar de conformidad con la pregunta problematizadora que nos planteamos al inicio de esta investigación, que en aquellos casos en los que la responsabilidad no sea endilgable al consumidor, deberá entrar a realizarse el análisis de si el Estado cumplió correctamente con sus funciones legislativas, para crea el marco en el que se deba realizar dicha actividad; y de inspección, vigilancia y control frente a la operación de las entidades Fintech en relación con la materialización de los derechos de los consumidores financieros. Así, cuando se evidencie tales incumplimientos, no cabrá duda de que el Estado será responsable y deberá proceder a la reparación del daño causado al consumidor financiero.

REFERENCIAS

Arbeláez, Juan (2014) La responsabilidad patrimonial del Estado por la omisión de sus funciones de inspección, vigilancia y control. En *Justicia y Derecho*, Vol. 2.

Arenas Mendoza, Hugo. (2011) La importancia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia (1863-1886) en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas nacionales. Disponible a través de: https://www.researchgate.net/publication/305427877_La_importancia_de_la_Corte_Suprema_Federal_de_los_Estados_Unidos_de_Colombia_1863-1886_en_la_consolidacion_de_la_responsabilidad_patrimonial_de_las_Administraciones_publicas_nacionales.

Arias, Ligia (2008) Derecho del consumidor y su aplicación en el sector financiero. En *Revista e-Mercatoria*, Vol. 7, No. 1, Universidad Externado de Colombia.

Asobancaria (2017) Crowdfunding: nueva herramienta para la inclusión financiera. En *Semana económica* 2017, Edición 1104. Disponible a través de: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Buscador/busqueda/BuscadorArchivos/idRecurso/1036048/f/0/c/0#>. Recuperado el 16 de marzo de 2020.

Autoridad de Supervisión Europea (2017) On automation in financial advice. Unión Europea. Disponible a través de: [https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Reports/EBA%20BS%202016%20422%20\(JC%20S](https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Reports/EBA%20BS%202016%20422%20(JC%20S)

[C%20CPFI%20Final%20Report%20on%20automated%20advice%20tools\).pdf](#),

recuperado el 20 de abril de 2020.

BBVA (2015) ¿Qué es el Fintech? Innovación en servicios financieros. Disponible a través de:

<https://www.bbva.com/es/que-es-el-fintech/>. Recuperado el 15 de marzo de 2020.

Banco Interamericano de Desarrollo (2018) *Fintech América Latina, 2018. Crecimiento y Consolidación*. Invest, Finnovista. Disponible a través de:

<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Fintech-Am%C3%A9rica-Latina-2018-Crecimiento-y-consolidaci%C3%B3n.pdf>, recuperado el 24 de marzo de 2020.

Blanco Barón, Constanza (2012) La información como instrumento de protección de los consumidores, los consumidores financieros y los inversionistas consumidores. En *Opinión Jurídica*, Vol. 11, No. 21, Universidad de Medellín.

Barrón Arniches, Paloma (2008) Cuestiones sobre el contrato de servicios en el Marco Común de Referencia; en *InDret*, No. 3. Disponible a través de: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/560_es.pdf, recuperado el 7 de abril de 2020.

Benítez, Raúl; Escudero, Gerard; Kanaan, Samir; y Masip, David (2014) *Inteligencia artificial avanzada*. Editorial UOC.

Betancourt, Guillermo (2014) Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia: análisis desde la regulación de protección al consumidor. En *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 12, pp. 141-166, Universidad Externado de Colombia.

Bustamante Ledesma, A., (2003) *La responsabilidad Extracontractual del Estado*, Editorial Leyer, Segunda edición, Bogotá.

Cabrera Peña, Karen. (2011) El derecho de consumo: desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos. *Revista de derecho de la Universidad del Norte*, No. 38.

Camargo, Juan; Camargo, Jonathan; y Joyanes, Luis. (2014) Conociendo Big Data. En *Revista Facultad de Ingeniería*, Vol. 24, No. 38, pp. 63-77, UPTC.

Castañó, Jorge (2019) Una mirada práctica al Fintech en Colombia. Foro Universidad Externado de Colombia, Departamento de Matemáticas. Superintendencia Financiera de Colombia. Disponible a través de: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Buscador/busqueda/BuscadorArchivos/idRecurso/1036048/f/0/c/0#>, recuperado el 16 de marzo de 2020.

Climent Diranzo, Franciso, y Doménech Sarría, María (2018) La banca a la sombra: definición, regulación y evolución. Un análisis internacional. En *Cuadernos de Economía*, No. 41. Disponible a través de: <http://www.cude.es/ojs/index.php/CUDE/article/view/83/47>

Commonwealth Secretariat (2016) Key principles of public sector reforms. Disponible en: http://bibliotheque.pssfp.net/livres/KEY_PRINCIPLES_OF_PUBLIC_SECTOR_REFORMS.pdf, recuperado el 31 de marzo de 2020.

Corredor, Jorge (2015) La armonización en materia de protección al consumidor financiero en América Latina. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Vol. 48, No. 144, pp. 931-972.

Crawford, James (2013) *State responsibility: The general part*. Cambridge University Press.

Cruz, J. (2009) “Gerencia pública en Colombia, haciendo énfasis en el actual gobierno” en *Revista Entramado*, Universidad Libre Cali, Vol. 5, No. 2.

De Dios de Dios, Miguel (2012) Exención de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima en lo accidentes de circulación. Disponible a través de: http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20V/3%C2%BA%20ACC%C3%89SIT-MIGUEL%20%C3%81NGEL%20DE%20DIOS%20DE%20DIOS.PDF, recuperado el 10 de abril de 2020.

Departamento Administrativo de la Función Pública (2016) Concepto 155581. Responsabilidad del Servidor Público.

Díaz Restrepo, Juan (2016) La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional. En *Entramado*, Vol. 1, No. 1. Universidad Libre, Cali.

Economipedia (SF) Derivado Financiero. Disponible a través de: <https://economipedia.com/definiciones/derivado-financiero.html>, recuperado el 18 de abril de 2020.

García, Eduardo; y Fernández, Tomás (2008) Curso de Derecho Administrativo, T. II, Duodécima edición, Editorial Civitas, Thomson Reuters.

Garrido Falla, F. (1989). La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado. en *Revista de Administración Pública*, No. 119.

Gil Botero, Enrique (2011) *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Editorial Temis, Quinta Edición, Bogotá.

Gobierno de España (1978) Constitución española. Disponible a través de: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>, recuperada el 31 de marzo de 2020.

Gómez Castillo, Diana (2016) El control de las cláusulas abusivas en el sector bancario. En *Revista de Derecho Privado*, No. 55, pp. 1-35. Universidad de los Andes.

González, Jorge (2017) La carga dinámica de la prueba. En Revista de la Facultad de Derecho, No. 71 (2016-2017), pp. 189-208.

González Noriega, Olga (2009) Responsabilidad del Estado en Colombia: responsabilidad por el hecho de las leyes. En *Revista UIS*, Vol. 37, No. 1, 2009.

Güechá Medina, Ciro, (2012), “La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado” en *Revista Prolegómenos – Derecho y Valores*, Vol. XV, No. 29.

Greenspan, Alan (2010) La Crisis. En *Revista de Economía Institucional*. Vol. 12, No. 22.

Grupo Bancolombia (2018) Así opera el Crowdfunding en Colombia. Disponible a través de: <https://www.grupobancolombia.com/wps/portal/negocios-pymes/actualizate/legal-y-tributario/asi-opera-crowdfunding-en-colombia>, recuperado el 16 de marzo de 2020.

Henao, Juan (1998) *El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Henao, Juan (2015) Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. En *Revista de Derecho Privado*, No. 28, enero-junio, pp. 277-366.

Hoos, Dave. (2015) What is a digital platform? And how does it differ from campaigns or branding? Disponible a través de: <https://www.quora.com/What-is-a-digital-platform->

[And-how-does-it-differ-from-campaigns-or-branding](#), recuperado el 15 de marzo de 2020.

Jaramillo, Patricia (2012) La protección del consumidor de seguros en Colombia: antecedentes, evolución, retos y perspectivas. En *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Vol. 21, No. 37, pp. 213-23.

Jiménez Benítez, William (2013) Origen y evolución de las teorías sobre la responsabilidad estatal. En *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*. No. 38.

Leiva Ramírez, Eric (2009) La inoperante aplicación del nexo causal en la responsabilidad civil del Estado. En *Administración y Desarrollo*, Vol. 37, No. 51.

Lizcano Orozco, Rosana (2012) Daño especial: reflexiones sobre su autonomía como uno de los fundamentos de la responsabilidad objetiva. En *Revista DIXI*, Vol. 14, No. 15. Universidad Cooperativa de Colombia.

Maldonado, Marlon (2018) El fenómeno de la financiarización y sus efectos sociales. Breve análisis del caso colombiano. En *In vestigium ire*, Vol. 12, No. 1, Universidad Santo Tomás.

Maldonado, Marlon (2021) Necesidad de una regulación mundial de Fintech. En *Jurídicas CUC*, Vol. 17, No. 21.

Manrique Niño, José (2007) La reparación del daño antijurídico en la prestación del servicio público de la educación. *Revista de Estudios Socio Jurídicos*, Vol. 9, No. 1, Universidad del Rosario.

Martínez, Nestor (2000) *Cátedra de Derecho Bancario Colombiano*, Editorial Legis.

Martínez Rave, Gilberto., (1993), *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*; Editorial DIKE.

Mayer-Schonberger, Víctor; y Cukier, Kenneth (2013) *Big data. La revolución de los datos masivos*. Editorial Turner.

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (2018) Manual de buenas prácticas de las pasarelas de pago en Colombia. Observatorio e-Commerce. Disponible a través de: <https://www.observatorioecommerce.com.co/wp-content/uploads/2018/10/Manual-Buenas-Practicas-Pasarelas.pdf>, recuperado el 7 de octubre de 2020.

Moreno Herrera, Mónica (2018) La evidente contradicción entre la fiducia y el abuso: contratos de adhesión en el contrato de fiducia. En *Misión Jurídica*, Vol. 11, No. 14.

Morgenstein, Wilson (2014) El concepto de información en el estatuto del Consumidor colombiano. Un estudio jurídico de la institución en la Ley 1480 de 2011. En *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 17, No. 1.

Morillo, M.; Morillo, M.; y Rivas, D. (2011) Medición de la calidad del servicio en las instituciones financieras a través de la escala Servqual. En *Contaduría y Administración*. No. 234.

Moschini, Silvina (2012) *Claves del Marketing digital. La nueva comunicación empresarial en el mundo 3.0*. Editorial Ebooks de vanguardia. Disponible a través de: http://hispamedia.net/desarrollo/socialmedia/Manual_Marketing_Gratis/01%20-%20Cursos%20y%20manuales%20de%20Claves-del-Marketing-Digital.pdf recuperado el 15 de 2020

Navia Arroyo, Felipe (2000) La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política. En *Revista de Derecho Privado*, No. 6. Universidad Externado de Colombia.

OCDE (2001) Implementing effective ethics standards in government and the civil service. Disponible a través de: <https://www.oecd.org/mena/governance/35521740.pdf>, recuperado el 31 de marzo de 2020.

OCDE (2019) Recommendation of the Council on Artificial Intelligence. OECD/LEGAL/0449. Disponible a través de: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Recuperado el 16 de marzo de 2020.

OCDE (2020) Financial Consumer Protection. Disponible a través de: <https://www.oecd.org/finance/financialconsumerprotection.htm>. Recuperado el 5 de octubre de 2020.

Orti Vallejo, Antonio (2006) La cuestión de concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios. En AAVV, *La responsabilidad civil por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daño a la salud y seguridad de las personas*. María del Carmen García Garnica y Antonio Orti Vallejo, Coordinadores. Editorial Thomson Reuters Aranzadi.

Paz Sefair, Antonio (2018) La culpa del consumidor en la responsabilidad financiera y su proyección causal en el daño por fraude electrónico. Una mirada a la jurisprudencia de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia. En *Revista de Derecho Privado*, No. 35, Universidad Externado de Colombia.

Philippon, Thomas (2016) The Fintech Opportunity. En *Nber Working Paper Series*, National Bureau of Economic Research. Disponible a través de: <https://www.nber.org/papers/w22476.pdf> Recuperado el 16 de marzo de 2020.

Pimiento, Julián (2016) Responsabilidad o solidaridad. El fundamento del deber de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. En *Revista Derecho Público*. Universidad de los Andes. No. 36.

Pinzón, Jorge; y Carrillo, Fernando (1985) *Sector financiero y delincuencia económica*. Editoria Temis. Bogotá.

Plant, Jeremy (2018) Responsibility in public administration ethics. En *Journal of Public Integrity*, Vol. 20, No. 1. Sup. International colloquium on ethical leadership: past, present and future of ethics research.

Posada, Camilo (2015) Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. En *Revista de Derecho Privado*, No. 29. Pp. 141-182, Universidad Externado de Colombia.

Presidencia de la República (2019) Colombia adhiere al acuerdo sobre inteligencia artificial de la OCDE. Noticia. Disponible a través de: <https://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2019/190522-Colombia-adhiere-al-acuerdo-sobre-inteligencia-artificial-de-la-Ocde.aspx>, recuperado el 16 de marzo de 2020.

Rico Carrillo, Marililiana (2007) La protección de los consumidores en las transacciones electrónicas de pago. En *Telématique*, Vol. 6, No. 37, pp. 33-49.

Rodríguez, Libardo (2013) *Derecho Administrativo, general y colombiano*. Décima-Octava edición, Editorial Temis.

Ruíz Orjuela, Wilson (2016) *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Ecoe Ediciones, tercera edición, Bogotá.

Saavedra Muñoz, Carlos (2012) El deber de información al consumidor financiero: caso de los deudores de créditos hipotecarios en la crisis del 2008. En *Revist@ e-Mercatoria*, Vol. 11, No. 2.

Santos Ballesteros, J. (2012) Responsabilidad Civil, Tomo I, Parte General, Editorial Temis, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores, Bogotá.

Superintendencia de Industria y Comercio (2019) Acta de realización de audiencia No. 2383, Rad. 16-102106, proceso por competencia desleal.

Superintendencia Financiera (2011) Circular Externa 039, Ref. Cláusulas y prácticas abusivas.

Superintendencia Financiera (2014) Circular Básica Jurídica,

Superintendencia Financiera (2016). Circular Externa 018, Ref. Cláusulas y prácticas abusivas.

Superintendencia Financiera de Colombia (2016a) Banca móvil, banca por internet, normatividad. Concepto 2016070922-001.

Superintendencia Financiera (2017) Crowdfunding, riesgos en su utilización. Concepto 2017008080-001 del 24 de febrero.

Superintendencia Financiera (2020) Que significa la expresión “vigilado Superintendencia Financiera de Colombia”. Disponible a través de: <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/industrias-supervisadas/10083710> recuperado el 16 de marzo de 2020.

Superintendencia Financiera (2020) ABC para poner una demanda, funciones jurisdiccionales.

Disponible a través de: <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/61136>, recuperado el 20 de marzo 2020.

Superintendencia Financiera (2020) Encuesta de satisfacción del cliente. Disponible a través de: <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/60866>, recuperado el 24 de marzo de 2020.

Thompson, Dennis (1980) Moral responsibility of public officials: The problem of many hands. En *American Political Science Review*, Vol. 74, No. 4.

Ustáriz, L (2003) El Comité de Basilea y la supervisión bancaria. En *Vniversitas*, No. 105. Pontificia Universidad Javeriana.

Van de Walle, Steven (2016) When public services fail: A research agenda on public service failure. En *Journal of Service Management*, Vol. 27, No. 5, pp. 831-846.

Vélez, Hernán (2015) La responsabilidad jurídica: aproximación al concepto, relación con otros conceptos jurídicos fundamentales y su funcionamiento. En *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, UPB, Vol. 45, No. 122.

Wright, Bart (2016) The Meaning of Responsibility. en *Imsa Journal*, disponible en internet a través de: <http://www.imsasafety.org/journal/mj08/20.pdf>, visto el 27 de marzo de 2020.

Woolcott, Olenka (2009) Causalidad y daño por productos defectuosos a propósito de los casos DES en los Estados Unidos. En *Revista IUSTA*, No. 30.

Legales.

Constitución Política de 1991.

Ley 222 de 1995, Modifica el capítulo II del Código de Comercio, y se expide el régimen de procesos concursales.

Ley 1328 de 2009, Estatuto del Consumidor Financiero.

Ley 1480 de 2011. Estatuto del Consumidor.

Ley 1748 de 2014. Sobre información transparente al consumidor financiero.

Ley 1955 de 2019. Plan Nacional de Desarrollo.

Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

Decreto 2555 de 2010. Único Reglamentario del Sistema Financiero.

Decreto 710 de 2012. Facultades Jurisdiccionales de Protección al Consumidor a la Superintendencia Financiera de Colombia.

Decreto 1357 de 2018. Regulatorio del Crowdfunding.

Decreto 222 de 2020. Sobre cuentas de ahorro y transacciones electrónicas.

Jurisprudencial.

Consejo de Estado

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP. Ramiro Saavedra Becerra, del 4 de junio de 2008, Exp. 25000-23-26-000-1994-00158-01 (14721)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 26 de marzo de 2008, Rad. 16530.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Agosto 19, 2009.
Sentencia: 1994-09783. C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente: 17957.
Radicación: 25000-3-26-000-1994-09783-01.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 18, 2010.
Sentencia: 1998-08834. C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente: 17179.
Radicación: 52001-23-31-000-1998-08834-01.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Julio 28 de 2010. Rad. -00546-01(38259).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A.
Febrero 9, 2011. Sentencia: 1988-00298. C.P: Mauricio Fajardo Gómez.
Expediente:18793 Radicación: 73001-23-31-000-1998-00298-01.

Consejo de Estado. Sala de Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Junio 22, 2011. Sentencia: 1999-00265. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 19548. Radicación: 73001-23-31-000-1999-00265-01.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A.
Marzo 7, 2012. Sentencia: 1996-03282. C.P: Hernán Andrade Rincón. Expediente:
20042. Radicación: 25000-23-26-000-1996-03282-01.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección. Mayo
23, 2012. Sentencia: 1999-0909. C.P: Enrique Gil Botero. Rad. 17001-23-3-1000-1999-
0909-01 (22592). Mayo 23 de 2012.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A,
CP. Mauricio Fajardo Gómez, octubre 3 de 2012. Expediente: 22984. Radicación:
25000-23-26-000-1995-00936-0.

Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Tercera, CP. Marta Nubia
Velásquez Rico. Rad. 25000-23-23-000-2007-00057-01, Sep. 11 de 2013.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A.
Septiembre 10, 2014. Sentencia: 1995-11369. C.P: Hernán Andrade Rincón,
Expediente:27771. Radicación: 250002326000199511369-01.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección A.
Febrero 26, 2015. Sentencia:2001-01574. C.P: Hernán Andrade Rincón. Expediente:
27544. Radicación: 25000-23-26-000-2001-01574-01.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección A.
Febrero 26, 2015. Sentencia:2000-01473. C.P: Hernán Andrade Rincón. Expediente:
30885. Radicación: 2000-12-31-000-2000-01473-01.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección A.
Marzo 25, 2015. Sentencia: 2000-02312. C.P: Hernán Andrade Rincón. Expediente:
29944. Radicación: 25000-23-26-000-2000-02312-01.

Consejo de Estado, Sala de Consulta de Servicio Civil. Sentencia: 2014-00174. Abril 16, 2015.
C.P: William Zambrano Cetina, Expediente: 2223. Radicado. 11001-03-06-000-2014-
00174-00.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. CP. Álvaro Namén Vargas, Sentencia de
7 de Diciembre de 2015, Rad. 11001-03-06-000-2015-00163-00.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A.
C.P: Hernán Andrade Rincón, septiembre 14 de 2016. Sentencia: Rad.
25000232600020010182502.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C.
Enero 29, 2018. Sentencia: 2015-00405/59179. C.P: Jaime Orlando Santofimio
Gamboa. Expediente: 59179. Radicación:250002336000201500405-02.

Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera, CP. Danilo Rojas Betancourth, 26 de febrero
de 2018, Rad. 00005-01 (36853).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C.

Mayo 7, 2018. Sentencia: 2003-0046/33948. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Expediente: 33948. Radicación: 63001-23-31-000-2003-00463-01.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Subsección C. Sección Tercera.

Febrero 26, 2018. Sentencia: 2004-02157. C.P: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

Expediente: 37800. Radicación: 470012331000200402157 01.

Corte Constitucional

Corte Constitucional (agosto 19, 1993). Sentencia C-337/93. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional (agosto 1, 1996). Sentencia C-333/96. M.P: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (septiembre 19, 1996). Sentencia: C-447/96. M.P: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. (marzo 10, 1999). Sentencia SU-157/99. M.P: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (marzo 17, 1999). Sentencia SU-167/99. M.P: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (abril 12, 2000). Sentencia C-430/00 M.P: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional (julio 26, 2000). Sentencia C-955/00. M.P: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional (agosto 30, 2000). Sentencia C-1141/00. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (septiembre 17, 2002). Sentencia C-792/02. M.P: Jaime Córdova Triviño.

Corte Constitucional (noviembre 11, 2003). Sentencia C-1062/03. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional (agosto 31, 2011). Sentencia C-644/11. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional (febrero 8, 2012). Sentencia C-052/12. M.P: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional (septiembre 7, 2012). Sentencia C-909/12. M.P: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional (marzo 19, 2014). Sentencia C-172/14. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de junio de 1975, Gaceta Judicial v. XLI, 124.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. (mayo 6, 2016). Sentencia: SC: 5885-2016. M.P: Luis Armando Tolosa Villabona. Radicación: 54001-31-03-004-2004-00032-01.