

Sentencia 069
Tarjeta de Crédito
2012

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES

80000

ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011.-

Radicado interno: 2012075021
506 Jurisdiccional
23 Fallo



Superintendencia Financiera de Colombia
Radicación 2012075021-038-000
Fecha: 25/01/2013 10:35 Sec. Día: 0064
Trámite: 506 - FUNCIONES JURISDICCIONALES Anexos: SI Salida
Tipo Doc.: 23 - FALLO Folios: 8
Aplica A: 1 - 56 - BANCO FALABELLA S.A. Encadenado: NO
Remitente: 80000 - Delegatura para Funciones Juri Solicitud:
Destinatario: 22733849 Jessica Ruiz Valencia Teléfono: 594 02 00
25/01/2013

Expediente: 2012-0069
Demandante: JESSICA PAOLA RUI
Demandado: BANCO FALABELLA S.A.

Asunto: CONTINUACIÓN DE LA AUDIENCIA PÚBLICA DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 439 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – PROCESO VERBAL SUMARIO DE MÍNIMA CUANTÍA.

En Bogotá D.C., a los veinticuatro (24) días del mes de enero de dos mil trece (2013), siendo las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.), fecha y hora señaladas mediante auto calendarado el diecisiete (17) de diciembre de 2012 (fls. 71 a 73), esta Delegatura para Funciones Jurisdiccionales se constituye en audiencia pública para los efectos correspondientes.

Comparece el abogado **LUIS FERNANDO GAITAN OCHA** identificado con la cedula de ciudadanía No 79.155.672 y tarjeta 48733 del Consejo Superior de la Judicatura quien presenta memorial de sustitución suscrito por la a **MARTHA HELENA GIRALDO RESTREPO** quien fuera reconocida como apoderada especial del Banco demandado dentro de dicho proceso.

Por su parte, la señora **JESSICA PAOLA RUÍZ VALENCIA** en su calidad de demandante, se hace presente a través del sistema de video conferencia en tiempo real para lo cual se emplea el aplicativo Skype utilizado por esta Delegatura en virtud de lo señalado en el artículo 95 de la Ley 270 de 1996. La audiencia será grabada en archivo de audio, el cual hace parte integral del acta correspondiente.

AUTO: Se reconoce personería al doctor **LUIS FERNANDO GAITAN OCHOA** para actuar como apoderado sustituto del **BANCO FALABELLA S.A.** Vistos los antecedentes procesales, este Despacho continúa con el trámite de la presente acción, toda vez que no observa causal alguna de nulidad que impida continuar con el mismo. Se notifica esta decisión a las partes en estrados.

DOCUMENTALES ALLEGADAS AL PROCESO

En curso de la audiencia pública celebrada el pasado 17 de diciembre de 2012, la entidad demandada aportó durante el interrogatorio de parte que surtió su representante legal, las siguientes pruebas documentales:

1. Copia del estado de cuenta de la tarjeta CMR Falabella *****4818 con corte al 5 de mayo de 2012. (fl. 74)
2. Documento contentivo del registro del envío de las notificaciones enviadas al celular 3008046728, los días 28, 29 y 30 de marzo de 2012 y 1, 2, 15 y 16 de abril de 2012. (fls. 75 a 77)
3. Copia de los estados de cuenta de la tarjeta CMR Falabella *****4818 correspondientes a los meses de mayo, junio y julio de 2012. (fls. 78 a 82)
4. Consulta del 28 de septiembre de 2012 efectuada en la página web de Datacrédito sobre la historia crediticia de la demandante. (fls. 83 a 90)
5. Copia de la denuncia penal formulada por la señora **JESSICA PAOLA RUÍZ VALENCIA** ante la Oficina de Inspecciones y Comisarías – Inspección de Policía del Corregimiento de la Playa, el 28 de marzo de 2012, en la que se denuncia “*el extravío y/o pérdida por hurto de: Tarjeta Falabella No. 4818 cta 80455371/01...*”. (fl. 91)
6. Copia de la solicitud de tarjeta de crédito del 9 de marzo de 2008, elevada por la actora. (fls. 92 y 93)

Las anteriores documentales fueron puestas en conocimiento de la demandante según lo ordenado dentro de la audiencia del 17 de diciembre de 2012, quien guardó silencio sobre las mismas.

De otro lado, en cumplimiento de lo ordenado en la citada audiencia pública , mediante escrito del 20 de diciembre de 2012 la entidad demandada allegó al proceso las siguientes pruebas documentales decretadas de oficio:

1. Log transaccional de la tarjeta CMR Falabella *****4818 de la que es titular la señora Jessica Paola Ruíz Valencia, referente a las operaciones realizadas los días 28, 29 y 30 de marzo de 2012 y 1, 2 de abril 2012 (fl. 95)
2. Documento correspondiente a las conclusiones arrojadas dentro de la investigación realizada por el **BANCO FALABELLA S.A.** en torno a la reclamación presentada por la demandante el 25 de mayo de 2012. (fl. 96)

Las anteriores documentales fueron puestas en conocimiento de la demandante, quien guardó silencio sobre las mismas.

AUTO: Agotado como está el periodo probatorio, en cumplimiento de lo previsto en el numeral 3º del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, se dispone: **DECLARAR** precluida la etapa probatoria dentro de la presente litis. Como quiera que esta Delegatura



no observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se continuará con el trámite subsiguiente. De la presente decisión quedan las partes notificadas en estrados.

ETAPA DE ALEGATOS

En este estado de la diligencia, se concede a las partes el uso de la palabra para que procedan a formular sus alegatos, advirtiéndoles que pueden intervenir hasta por veinte (20) minutos, iniciando la demandante y continuando la demandada. Se hace constar que la intervención de las partes es grabada y que el archivo de audio correspondiente formará parte integral de esta diligencia.

Se decreta un receso, para entrar a proferir la sentencia. Reanudada la audiencia, se procede a emitir la determinación correspondiente.

SENTENCIA

1. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1.1. Actuación procesal:

La señora **RUÍZ VALENCIA** presentó demanda ante esta Delegatura en ejercicio de la acción de protección al consumidor, mediante escrito radicado el 29 de agosto de 2012 (fls. 1 a 23) y, una vez subsanada, se admitió mediante auto del 14 de septiembre de 2012 (fl. 30). El libelo introductorio se notificó personalmente a la demandada (fl. 34), quien en oportunidad contestó la demanda, oponiéndose tanto a los hechos como a las pretensiones y aportando pruebas (fls. 36 a 46), todo lo cual quedó reseñado en el acta que dio inicio a esta audiencia el 17 de diciembre de 2012 (fls. 71 a 93) y que concluye en la fecha, una vez escuchados los alegatos de conclusión de las partes.

1.2. Competencia y presupuestos procesales:

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 57 de la Ley 1480 de 2011 en concordancia con el artículo 24 de la Ley 1564 de 2012, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, es competente para proferir decisión de mérito en la acción de protección al consumidor presentada por la señora **JESSICA PAOLA RUÍZ VALENCIA** contra el **BANCO FALABELLA S.A.**, toda vez que se trata de una controversia relacionada con la ejecución y cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de carácter financiero – contrato de apertura de crédito por el sistema de tarjeta de crédito – celebrado entre un consumidor financiero y una entidad vigilada por esta Superintendencia, al tiempo que se cumple con los presupuestos procesales para su ejercicio y trámite.

Igualmente se encuentra habilitado el elemento temporal de la competencia de esta Delegatura, contemplado en el numeral tercero del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, en tanto que el límite allí previsto comienza a contarse a partir de la finalización del convenio fuente de litigio, año que en el presente asunto aún no se ha consumado frente a la fecha de presentación de la demanda.

En consecuencia, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales, bajo la perspectiva del régimen de protección al consumidor financiero, resolverá en derecho la controversia

surgida frente al cumplimiento de las obligaciones originadas en virtud de la relación contractual antes señalada.

2. ASPECTOS SUSTANCIALES

2.1. Problema jurídico.

¿Se encuentra contractualmente obligado el **BANCO FALABELLA S.A.** a reintegrar a la demandante la suma de \$2.004.355 correspondiente al valor de las 16 operaciones realizadas los días 28, 29, 30 de marzo y 1 y 2 de abril de 2012, con cargo a la tarjeta de crédito CMR Falabella No. *****4818 de que es titular la señora **JESSICA PAOLA RUÍZ VALENCIA**, las cuales son desconocidas por ésta?

Con el fin de solucionar el problema planteado, esta Delegatura abordará (i) el carácter de interés público de la actividad bancaria y su régimen de responsabilidad; (ii) las características generales del contrato de apertura de crédito y de las tarjetas de crédito como mecanismo de instrumentalización del mismo; (iii) las obligaciones mínimas de seguridad a cargo de las entidades financieras; y, (iv) las prácticas de protección en la utilización de la tarjeta de crédito a cargo del consumidor financiero, para finalmente decidir el caso concreto.

2.2. El carácter de interés público del servicio financiero y su régimen de responsabilidad.

A efectos de resolver el problema jurídico planteado a la luz del régimen de protección al consumidor financiero, sea lo primero señalar que de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política, la actividad financiera es considerada de "*interés público*", en la medida que su ejercicio implica el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, por lo que requiere de previa autorización del Estado para su desarrollo.

Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-640 de 2010, señaló que:

"...la actividad financiera, bursátil y aseguradora es, pues, una actividad esencial para el desarrollo económico; constituye principal mecanismo de administración del ahorro del público y de financiación de la inversión pública y privada y está fundada en un pacto intangible de confianza. Se trata de la confianza por parte de los usuarios en que las obligaciones derivadas de la respectiva obligación serán rutinariamente satisfechas. Y esa confianza está a su vez cimentada en una regulación adecuada y en la convicción pública de que las entidades que hacen parte del sistema están vigiladas técnica y profesionalmente".

Esta especial protección a la actividad financiera, fundada en la confianza pública inmersa en su gestión, exige mayor diligencia y profesionalismo de las entidades que la ejercen, toda vez que, como prestadoras del servicio, poseen un amplio margen de control de las operaciones, contando con sistemas de información y de transacción de carácter técnico, servicios por los cuales reciben una retribución por parte de los clientes, generando un régimen especial en sus relaciones contractuales.

De allí que, tal como lo explicó el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en sentencia del 18 de agosto de 2009, con ponencia de la Magistrada Luz Magdalena Mojica Rodríguez al referirse al deber de las instituciones financieras de actuar con grado especial

de diligencia en el desarrollo de las operaciones comerciales que constituyen su objeto social:

"...la infracción de una cualquiera de las normas legales o estatutarias llamadas a gobernarlas, no sólo puede repercutir en el patrimonio de las personas directamente vinculadas a la respectiva operación de crédito, sea ella activa o pasiva, sino también en el de terceros..."

Añadiendo que, en virtud de ello:

"la conducta de los establecimientos bancarios debe mirarse teniendo en cuenta su calidad de comerciante experto en la intermediación financiera, como que tal es su actividad, pues la diligencia exigida a los bancos no es apenas la que se espera de un buen padre de familia, referida por tanto a los negocios propios, sino a la de un profesional que deriva provecho económico de un servicio en el que existe un interés público".

Es por esta razón que el régimen general de responsabilidad civil contractual, encuentra una especial aplicación en el caso de la actividad financiera, como lo ha sostenido la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela del 11 de marzo de 2010 (expediente 2010-00320-00), al referirse a los criterios adoptados por esa Corporación en asuntos sobre la responsabilidad en la actividad financiera, cuando señaló:

"Ha de tenerse en cuenta, además, que ha sido criterio constante de esta Corporación considerar que las instituciones financieras, y particularmente las bancarias, están sujetas a un especial régimen de responsabilidad civil frente a los daños que puedan sufrir los clientes o usuarios de sus servicios, el que ha estado presidido, entre otros, por lineamientos tales como que dichos establecimientos son empresarios profesionales que se consideran expertos en la intermediación financiera; que reciben una especial habilitación del Estado para desarrollar su actividad en virtud de la confianza que se deposita en ellos al conferirles la posibilidad de manejar el ahorro del público, por lo que surgen a su cargo especiales deberes de diligencia; que en las operaciones de captación de recursos ordinariamente celebran contratos de depósito irregular en los que el banco se convierte en titular de los recursos transferidos y asume, por ende, obligaciones de resultado para efectos de su restitución; y, finalmente, que en su labor deben administrar diversos riesgos (de falsificación de títulos, de indebidas intromisiones informáticas, etc.) respecto de los cuales no es admisible su traslado sin formula de juicio a los ahorradores o cuentahabientes, menos aún a través de estipulaciones contractuales que contengan exoneraciones totales de responsabilidad que el ordenamiento aplicable proscribe expresamente (art. 98, num. 4.1, inc. 2°, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero)..."

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

En virtud de lo anterior, corresponde a la entidad financiera acreditar que el demandante ha actuado culposamente, con descuido o negligentemente al desatender sus obligaciones



contractuales, como sería el omitir las recomendaciones de seguridad para el manejo de los diferentes canales transaccionales puestos a su disposición, las de custodia de la tarjeta de crédito entregada como medio de instrumentalización del contrato de apertura de crédito celebrado y la de avisar oportunamente sobre la pérdida o extravío de la misma, entre otras.

De esta manera, aunque es lo cierto que la responsabilidad que se predica de las entidades financieras, se analiza bajo la perspectiva de la diligencia y profesionalismo que se impone a aquellas en el ejercicio de su actividad, no lo es menos que ésta puede desaparecer o verse menguada atendiendo a la participación excluyente o concurrente del consumidor financiero en la causación del daño cuya indemnización se persigue. Sobre el particular, la precitada sentencia de tutela anotó que:

"...En todo caso, se debe tener presente también que el particular régimen que se ha reseñado no comporta, ni mucho menos, un sistema de responsabilidad absoluta en contra de la entidad bancaria, ni una indebida generalización de los criterios objetivos de imputación, pues es bien sabido que la institución financiera puede ejercer su derecho de defensa en orden a desvirtuar algunos de los presupuestos de la pretensión indemnizatoria, y en ese sentido, aunque en ocasiones no le sea admitido acreditar su propia diligencia –caso del incumplimiento de obligaciones de resultado-, siempre podrá desplegar una amplia labor en el campo probatorio para acreditar, v.gr., que el perjuicio reclamado no ha existido o que la causa del daño que se le imputa no se encuentra en sus acciones u omisiones sino en la conducta exclusiva del cuentacorrentista o de sus vinculados o, en fin, que el daño ha sido consecuencia de un evento imprevisible e irresistible, ajeno, además, al círculo de control que corresponda a su actividad..."

2.3. El contrato de apertura de crédito.

El contrato de apertura de crédito, tipificado en los artículos 1400 a 1407 del Código de Comercio, es aquel convenio *"en virtud del cual, un establecimiento bancario se obliga a tener a disposición de una persona –cliente- sumas de dinero dentro del límite pactado y por un tiempo fijo o indeterminado"*, cuya disponibilidad podrá ser simple o rotatoria, entendiéndose por la primera aquellos eventos en que *"las utilidades extinguirán la obligación del banco hasta concurrencia del monto de las mismas"* y, la segunda, cuando en virtud del reembolso de los dineros utilizados por el cliente, estos *"serán de nuevo utilizables por éste durante la vigencia del contrato"* (Art. 1401 ibidem.-).

Como presupuestos formales de dicho convenio, se tiene que debe celebrarse por escrito, al tenor de lo señalado por el artículo 1402 de la normatividad en cita, indicando la cuantía del crédito otorgado así como la naturaleza de su disponibilidad, elemento último que de no darse de manera expresa, se entenderá que obedece a la modalidad de simple, de conformidad con el precitado artículo 1401.

Sin embargo, no puede perderse de vista que se trata de un contrato de adhesión, que si bien está sujeto a las normas propias de ese tipo contractual, quien determina su contenido y fija las cláusulas de manera unilateral es la entidad financiera, para que sus clientes a su elección las acepten o las rechacen, esto por tratarse de relaciones contractuales en masa,

que deben desarrollarse de manera estandarizada en su ejecución y operación y que se suscriben siempre entre el mismo contrayente y un gran número de personas.

En consecuencia, atendiendo la prohibición del legislador acerca de la inclusión de cláusulas o estipulaciones contractuales abusivas en los contratos de adhesión, cualquier pacto o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero (parágrafo del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009).

Señalado el contenido y alcance del contrato de apertura de crédito, es del caso indicar que existen diversos mecanismo a través de los cuales, el establecimiento de crédito otorgante puede poner a disposición las sumas de dinero dadas en mutuo, entre ellos tenemos la consignación en cuenta de ahorro y/o corriente, el sobregiro en cuenta corriente y la emisión de una tarjeta de crédito.

Sobre esta última modalidad, el doctrinante Sergio Rodríguez Azuero, ha señalado que *“entre el tarjetahabiente y su banco existe un típico negocio de línea de crédito, en virtud del cual el banco le otorga al cliente la disponibilidad para acudir a sus arcas, hasta una determinada suma mediante la utilización de la misma en la adquisición de bienes y servicios a terceros”* para lo cual se puede emplear la tarjeta de crédito como *“uno de los mecanismos que tienen los usuarios para hacer efectivos los contratos de apertura de crédito que previamente han celebrado con sus bancos. Si no existiera el dinero plástico – como ocurrió por mucho tiempo- el consumidor podría obtener los recursos disponibles en virtud de la línea de crédito establecida a su favor, con la diferencia que el desembolso tendría que hacerse en efectivo, o por abono en su cuenta o por transferencia de fondos, para citar algunos ejemplos”* (Contratos Bancarios. Su significación en América Latina, en Introducción a los contratos bancarios. Colombia: Legis Editores S.A., 2009, pág 211 y 214.)

2.3.1 La tarjeta de crédito como mecanismo de instrumentalización del contrato de apertura de crédito.

En Colombia, la emisión de una tarjeta de crédito obedece a la instrumentalización del contrato de apertura de crédito tipificado en el Código de Comercio, ya que a través de esta, el consumidor financiero puede hacer uso de los dineros puestos a su disposición por el establecimiento de crédito, bien sea en la adquisición de bienes y servicios en establecimientos de comercio o en la obtención de dinero en efectivo. La naturaleza de la disposición de los dineros otorgados en virtud de un contrato de dicha clase por parte del tarjetahabiente es por regla general de carácter rotativa, ya que el cupo otorgado no se agota con la utilización del mismo sino que el cliente puede hacer uso de estos cuantas veces quiera, siempre y cuando con anterioridad, haya “reembolsado” los utilizados.

Sobre el particular, la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto número 2009051225 del 21 de septiembre de 2009, puntualizó que en virtud de dicho contrato se crean un conjunto de relaciones jurídicas, como lo son la que surge entre el establecimiento de crédito y el cliente, entre este último y el establecimiento de comercio donde se efectúa la compra y, entre el ente de crédito y el mercantil, las cuales llevarán inmersas las obligaciones derivadas de cada una de ellas y que en lo que respecta al contrato suscrito entre la entidad financiera y su consumidor se circunscriben a las derivadas del contrato de apertura de crédito propiamente dicho.



Entre tales obligaciones, como las reseñó el doctrinante Andres Mariño López en el texto «Funcionamiento y uso fraudulento de la tarjeta de crédito por terceros no autorizados». En: *Uso de Tarjetas de Crédito por terceros no autorizados. Daños y responsabilidad civil*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2006, pág. 16, se encuentran las de: i) La entrega de una tarjeta utilizable como instrumento de pago ante los establecimientos de comercio adheridos al sistema; ii) La existencia de establecimientos aceptantes de la tarjeta como medio de pago; iii) La obligación a cargo del consumidor de reintegrar al establecimiento de crédito las sumas de dinero utilizadas y, iv) La obligación de abonar un precio por el servicio financiero prestado.

Adicional a ello, existen a cargo de las partes un conjunto de obligaciones accesorias al contrato cuya finalidad es permitir el funcionamiento seguro del sistema, las cuales se expondrán a continuación.

2.4. Las obligaciones mínimas de seguridad a cargo de las entidades financieras.

De conformidad con lo señalado en el literal a) del artículo 5 de la Ley 1328 de 2009, los consumidores financieros tienen “*durante todos los momentos de su relación con la entidad vigilada*”, el derecho de recibir de parte de las entidades “*productos y servicios con estándares de seguridad y calidad, de acuerdo con las condiciones ofrecidas y las obligaciones asumidas por las entidades vigiladas*” (negrita fuera del texto), entendiéndose que tal derecho y su obligación correlativa, se encuentran incorporados al contrato celebrado entre ellos de conformidad con lo establecido en ese mismo canon normativo.

En igual sentido, el literal f) del artículo 5 ibidem, indica que aquellos derechos que se encuentren inmersos en la Ley o en las instrucciones impartidas por esta Superintendencia, cobijarán las relaciones existentes entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, por lo que, ante la existencia de un contrato entre estos, en el mismo se entienden incorporados los derechos consagrados en tales disposiciones normativas.

De otra parte, se tiene que en ejercicio de sus obligaciones Constitucionales y Legales, en especial, la de preservar la confianza pública en el sector financiero, la Superintendencia Financiera de Colombia ha instruido a sus vigiladas respecto de los estándares mínimos de seguridad y sobre el particular, en el Capítulo Décimo Segundo del Título Primero de la Circular Básica Jurídica No. 007 de 1996, ha determinado los “*requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones*”, que comprenden obligaciones generales y específicas que deben seguir las entidades financieras en la prestación del servicio a su cargo, y las cuales se determinan según el tipo de canal mediante el que se ofrezca el servicio -Oficinas, Cajeros Automáticos etc.- o según el instrumento utilizado para la realización de operaciones -Tarjetas débito, crédito etc.-.

Así, dentro dichos estándares se encuentra en lo que se refiere a las tarjetas de crédito, que los numerales 3.1.12 y 3.1.13 señalan la obligación de establecer procedimientos para el bloqueo del instrumento cuando existan situaciones o hechos que lo ameriten o después de un número de accesos fallidos por parte de un cliente, así como las medidas operativas y de seguridad para la reactivación de los mismos, elaborar el perfil de las costumbres transaccionales de cada uno de sus clientes y definir procedimientos para la confirmación oportuna de las operaciones monetarias que no correspondan a sus hábitos.

Igualmente y con el ánimo de garantizar la seguridad de las transacciones y la confiabilidad en el sistema financiero, las entidades financieras deberán informar adecuadamente a los clientes respecto de las medidas de seguridad que deberán tener en cuenta para la realización de operaciones por cada canal, así como los procedimientos para el bloqueo, inactivación, reactivación y cancelación de los productos y servicios ofrecidos, y establecer y publicar por los canales de distribución, en los que sea posible, las medidas de seguridad que deberá adoptar el cliente para el uso de los mismos -num. 3.4.4 y 3.4.5 íbidem-.

Así, la implementación de las condiciones de seguridad transcritas, es parte integrante de todos y cada uno de los contratos suscritos por la entidad financiera, pues con ellas se busca mitigar los riesgos naturales y propios de la actividad que asume en su ejercicio profesional y del que consecuentemente se beneficia, razón para que además de la obligatoriedad de tales presupuestos técnicos, las entidades financieras pueden adoptar los mecanismos de seguridad que a su juicio estimen suficientes, para minimizar la ocurrencia de situaciones que afecten el normal desarrollo de sus operaciones o representen peligro para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales con los consumidores financieros.

2.5. Prácticas de protección propias para la utilización de la tarjeta de crédito a cargo del consumidor financiero.

En relación con las obligaciones a cargo del consumidor financiero, el artículo 6 de la Ley 1328, establece:

" Art. 6º. Prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros. Las siguientes constituyen buenas prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros:

(...)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.

c) Observar las instrucciones y recomendaciones que imparta la entidad vigilada sobre el manejo de productos o servicios financieros.

d) Revisar los términos y condiciones del respectivo contrato y sus anexos, así como conservar las copias que se le suministren de dichos documentos.(...)"

De esta manera, es posible encontrar que dentro de las obligaciones asumidas por el consumidor para el manejo de la tarjeta de crédito que le es entregada, se encuentra la de custodiar y hacer uso adecuado de la misma, informarse sobre las obligaciones que se adquieren en el respectivo contrato, así como los procedimientos establecidos en caso de la pérdida o hurto del plástico entregado, y demás circunstancias que afecten o estén directamente relacionadas con el manejo del mismo, cuando ellas se contienen en los reglamentos aplicables a cada contrato en particular, con excepción hecha de la estipulación o utilización de cláusulas abusivas.

Sin embargo, desde ya advierte esta Delegatura, que de acuerdo con el párrafo 1º del precepto que se evoca, su inobservancia no da lugar a la pérdida o desatención de sus



derechos y tampoco "...exime a las entidades vigiladas de las obligaciones especiales consagradas en la presente ley respecto de los consumidores financieros".

Bajo los anteriores lineamientos, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales resolverá la controversia planteada como ha quedado identificada, con base en las pruebas oportuna y debidamente aportadas al proceso.

3. EL CASO CONCRETO

3.1. Aspectos contractuales

No cabe duda que el 26 de marzo de 2008, entre las partes se suscribió un contrato para la "utilización de una línea de crédito a través del sistema de tarjeta de crédito", pues dicho contrato obra como prueba documental incorporada a folios 45 y 46 del expediente, convenio en virtud del cual se expidió la tarjeta de crédito CMR Falabella No. *****4818 y así lo aceptaron las partes al momento de fijar el litigio

De igual forma, no se desconoce que los días 28, 29 y 30 de marzo y 1 y 2 de abril de 2012, se efectuaron 21 operaciones monetarias por valor de \$2.415.881, a cargo de dicha relación negocial, las cuales afirma la demandante no haber realizado, y por demás se reflejan tanto en los extractos de la tarjeta de crédito en comento (fls. 78 a 28), como en el log transaccional de la línea de crédito que la originó (fl. 96), documentos que fueron aportados en oportunidad a la actuación y que no fueron controvertidos por las partes, por lo que es entonces a partir de las obligaciones surgidas de dicho contrato que se plantea la responsabilidad del Banco demandado respecto de las transacciones no reconocidas.

Como ha quedado expuesto en acápites anteriores de esta providencia, de dicho negocio jurídico surge a cargo de la entidad financiera, en este caso **FALABELLA S.A.**, la obligación de poner a disposición de su cliente, una suma de dinero determinada, durante un periodo de tiempo previamente pactado, para lo cual hace entrega de una tarjeta de crédito como instrumento para el manejo de los dineros, y a cargo del consumidor financiero la obligación de pagar y remunerar el servicio prestado, así como de salvaguardar el plástico que le ha sido entregado para el uso de los montos facilitados.

En el presente caso, el "contrato para la utilización de una línea de crédito a través del sistema de tarjeta de crédito" que obra a folios 45 y 46 del expediente, refiere en sus cláusulas 1.1, 2.1 y 2.3 respectivamente, que "el cliente ha solicitado a CMR el otorgamiento de una línea de crédito rotativo...hasta por el cupo que al aceptar la solicitud o posteriormente, determine CMR...para ser utilizado por el CLIENTE..." para lo cual, "CMR, entregará una tarjeta de crédito para uso exclusivo.." que "podrá ser utilizada exclusivamente: a) como medio de pago, b) en todo establecimiento con quien CMR o cualquiera de las afiliadas o vinculadas a esta haya celebrado o llegue a celebrar acuerdos, contratos o convenios para la utilización de la TARJETA..."

Correlativamente, en cuanto a las cargas que competen al consumidor, el citado convenio estipula que a él corresponde pagar "la Línea de Crédito bajo la modalidad de 'variable' o 'cuota fija'" a mas tardar "en la Fecha de Pago indicada pactada y en los lugares habilitados para dicho efecto..." (Cláusulas 2.1 y 5.1 ibídem.). Por su parte en lo que respecta a la



tarjeta de crédito, las cláusulas 2.3 y 8.1 indican que esta, es de “*carácter personal e intransferible*” por lo que el cliente “*custodiará diligentemente la TARJETA no permitirá su uso por terceros ni divulgará la Clave y se abstendrá de mantener la Clave y la TARJETA en un mismo lugar*”.

En este mismo sentido, la cláusula 8.2 del citado documento, señala que “*en caso de pérdida, hurto o extravío de la TARJETA, el CLIENTE deberá comunicar de tal situación a CMR inmediatamente a través de los mecanismos dispuestos por CMR y debidamente informados al CLIENTE, los cuales estarán disponibles durante las veinticuatro (24) horas de todos los días del año para que el CLIENTE pueda proceder a bloquear la TARJETA ante lo cual CMR procederá a bloquear de forma inmediata la tarjeta con el fin de impedir su uso*”.

Así las cosas, delimitadas las obligaciones contractuales a cargo de las partes, en virtud del contrato de crédito a través del sistema de tarjeta de crédito, este Despacho analizará si las operaciones denunciadas, constituyen o no un incumplimiento de las mismas.

3.2. Las operaciones reclamadas

Tal y como anota la actora en el escrito de demanda (fls 1 a 21) y lo acepta el **BANCO FALABELLA S.A.** en el escrito de contestación (fls. 36 a 41), así como en el interrogatorio de parte rendido por su representante legal -el cual consta en archivo de audio anexo (CD visible a fl. 94), los días 28, 29 y 30 de marzo y 1 y 2 de abril de 2012, se efectuaron, con cargo a la tarjeta de crédito CMR Falabella No.*****4818 de que es titular la señora **RUIZ VALENCIA**, 21 operaciones monetarias por valor de \$2.415.881, las cuales afirma la demandante, se realizaron sin su consentimiento.

En razón de tales operaciones, el 15 de abril de 2012, la demandante elevó reclamación ante el **BANCO FALABELLA S.A.** solicitando “*se inicie el proceso de verificación pa (sic) que posteriormente sean reversadas dichas transacciones*” (fl. 9), solicitud que aunque fue denegada por la accionada (fls. 20 y 21), dio lugar a que se corroborara la información reportada por los establecimientos de comercio donde se efectuaron las operaciones monetarias reclamadas, estableciéndose que 5 de estas, no contaban con los respectivos soportes, por lo que el **BANCO FALABELLA S.A.** procedió a descontar el valor de \$435.000, sumatoria de dichas operaciones, tal y como lo señaló la representante legal de esa entidad en la diligencia de interrogatorio practicada, circunstancia por la que la reclamación que enmarca el presente trámite sólo se circunscribe a las restantes 16.

Ahora bien, de conformidad con el material probatorio allegado al proceso, específicamente la denuncia penal por extravío y/o pérdida por hurto obrante a folio 91 del expediente, se tiene que para el 28 de marzo de 2012, fecha en la que se iniciaron las operaciones monetarias en comento, la demandante conocía que no tenía en su poder la tarjeta de crédito CMR Falabella número *****4818, pues pese a que con la demanda se aportó copia de otra actuación similar efectuada por ella ante la Inspección de Policía del Corregimiento de la Playa el día 13 de abril de 2012 (fl. 6) y que en el interrogatorio rendido por la demandante, esta manifestó reiteradamente que solo se percató de la pérdida de la tarjeta hasta esa última fecha, cuando afirmó que “*Si ustedes se dan cuenta en el 28 de marzo que fue el día que a mí se me perdieron las tarjetas pero yo en ese momento yo no*



tenía conocimiento que la tarjeta falabella que ya no la estaba utilizando se me había perdido en esa fecha”, (CD a fl. 94 Min. 24:15 a 24:30), lo cierto es que en la primera de dichas denuncias, del 28 de marzo de 2012, se refiere expresamente que el reporte recaía en “el extravío y/o pérdida por hurto de: Tarjeta Falabella (sic) no. 4818 cuenta 80455371/01”, documento que, conforme a los artículos 251 y 252 del Código de Procedimiento Civil se presume auténtico en tanto que durante el traslado del mismo, no fue tachado de falsedad, lo que permite a esta Delegatura concluir que la actora conoció de la pérdida de su Tarjeta CMR desde el 28 de marzo de 2012 y no desde el 13 de abril de la misma anualidad.

Dígase además que la demandante no supo explicar el por qué de esta situación, pues al ser cuestionada sobre el particular indicó “no le podría dar la razón exacta... la única razón que le puedo decir es que efectivamente el 28 de marzo a mi me robaron toda la documentación... yo había hecho una denuncia el 28 de marzo de la documentación que me habían robado que es este caso era la cédula, las tarjetas de Av Villas y Bancolombia y otros documentos que eran los que reposaban en mi billetera, el documento de falabella yo no tengo conocimiento de que fue en esa fecha...cuando me di cuenta que me habían efectuado las transacciones fraudulentas ahí me dijeron tienes que hacer la denuncia, yo fui a la misma parte donde había hecho la denuncia de los demás documentos y la señora, como yo le mostré esos documentos puso la misma fecha, pero realmente no debió ser la misma fecha ” (CD a fl. 94 1 Hr. Min. 04:17 a 04:53).

No obstante lo anterior, en lo que tiene que ver con la fecha en que la demandante reportó de la anotada situación a la entidad financiera convocada -el extravío y/o pérdida por hurto de la tarjeta de crédito-, debe precisarse que ello ocurrió mediante escrito del día 15 de abril de 2012, fecha a todas luces posterior a la realización de las operaciones reclamadas y al despojo de que fue objeto la señora **RUÍZ VALENCIA** del plástico correspondiente y de su documento de identidad, y que aduce se produjo cuando “me di cuenta de que me habían hecho unas transacciones fraudulentas y ya me las estaban cobrando y efectivamente lo que quería era que se diera algún tipo de verificación por parte del Banco para no asumir esa deuda que no había sido por parte mía” (CD a fl.94 –Min 11:15 a 11:42), situación que ratifica en sus alegatos de conclusión.

En este orden de ideas, aunque si bien es cierto, con la contestación de la demanda el **BANCO FALABELLA S.A.** no propuso excepciones propiamente dichas, pues en dicho escrito sólo se aduce que la demandante le informó sobre la pérdida de la tarjeta “18 días hábiles después de la primera transacción que había sido desconocida...” lo que constituye “un incumplimiento por parte de la demandante de las estipulaciones contenidas en el Reglamento para la Utilización de una Línea de Crédito por el Sistema de Tarjeta de Crédito ” (fl. 37), para lo cual hace referencia a las cláusulas contractuales sobre el deber de custodia de la tarjeta de crédito entregada así como al deber de reportar oportunamente el hurto o extravío de la misma, no lo es menos que el comportamiento desplegado por la actora frente a dicha situación, no se ajusta a las cargas contractuales que ésta asumió al suscribir el Reglamento para la Utilización de una Línea de Crédito por el Sistema de Tarjeta de Crédito.

Dígase además que tal y como consta en el documento que obra a folio 75 del expediente, las operaciones no reconocidas fueron notificadas mediante mensajes de texto enviados al número celular 30080467**, el cual había sido reportado como número de contacto por la demandante en la Solicitud de Tarjeta de Crédito del 9 de marzo de 2008 (fls. 92 y 93),

proceder que demuestra que la demandada cumplió con los deberes y obligaciones de seguridad que se encontraban a su cargo y que no puede verse demeritado por la afirmación de la demandante en el sentido de no haber recibido ninguna de las notificaciones efectuadas mediante SMS, pues ello obedeció a que no se efectuó el proceso de actualización de datos ante la entidad financiera, conforme se extrae de lo indicado por la señora **RUIZ VALENCIA** cuando al ser indagada sobre si el número celular 300-80467**, le pertenece, manifestó “ese fue uno de mis celulares, pero el celular es 300492****”, a lo que agregó que el cambio del mismo no fue notificado al banco (CD a fl. 94 Min. 23:22 a 23:29 y 23:32 a 23:35).

Véase también que como lo puso de presente la pasiva “*el procedimiento de alerta al cliente se hace a través de sms con un sentido, si el cliente encuentra que alguna de esas transacciones no corresponde, nos permite prevenir transacciones similares que se produzcan con posterioridad, aquí lamentablemente no fuimos notificados del cambio de celular, razón por la cual no hubo respuesta del cliente y ella no pudo alertarnos sobre el hecho de que en esos días se estaban realizando las transacciones.*” (CD a fl. 94 Min. 35:00 a 35:33)

Ahora bien, es de anotar que si bien en las conclusiones de la investigación adelantada por el Banco las operaciones no reconocidas “...generaron alertas en el monitoreo” (folio 97), no puede desconocerse que el **BANCO FALABELLA S.A.** notificó de tales transacciones a su cliente mediante mensajes de texto al celular que esta había reportado como de contacto, por lo que se generó una confianza en cabeza del Banco sobre la regularidad y confiabilidad de las operaciones que hoy son desconocidas por la demandante, toda vez que frente a tal procedimiento no se generó ninguna conducta de reproche o desconocimiento por parte de la señora **RUIZ VALENCIA**, creyendo que se trataba de una transacción realizada por esta, circunstancia frente a la cual, igualmente encuentra justificación el no bloqueo de la tarjeta, no obstante la alerta generada en su utilización.

Es por todo lo anterior, que este Despacho encuentra que el Banco a través de las pruebas aportadas oportunamente al proceso ha demostrado que la causa eficiente que dio lugar a las operaciones desconocidas, no se encuentra relacionada con el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. En efecto, de conformidad con el material probatorio obrante en el proceso, no se advierte un incumplimiento de las cargas contractuales por parte del **BANCO FALABELLA S.A.**, y por el contrario se observa que este atendió sus obligaciones contractuales, puesto que i) puso a disposición del cliente las sumas de dinero acordadas en virtud del crédito rotativo otorgado, ii) hizo entrega de la tarjeta de crédito para el manejo de dichas sumas de dinero y, iii) reversó las operaciones no reconocidas que no fueron soportadas por los establecimientos de comercio donde se efectuaron, amén que no se evidencian elementos que den cuenta de fallas en los requerimientos mínimos de seguridad a él exigidos.

Así mismo, se encuentra acreditado que dentro de las obligaciones adquiridas por la demandante se hallaban la de dar aviso oportuno a la entidad financiera sobre la pérdida por hurto o extravío de la tarjeta de crédito, así como la de actualizar la información de contacto y confirmación de las transacciones, las cuales no fueron cumplidas por ésta, razón por la que en uso de la facultad officiosa que le confiere el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil al fallador de instancia para declarar probados los hechos que constituyen excepción, se tendrá por demostrado el incumplimiento por parte de la

demandante de las obligaciones contractuales a su cargo, razón por la cual se denegarán las pretensiones de la demanda.

De otra parte, en lo que toca con las costas procesales, esta Delegatura se abstendrá de imponer condena por tal concepto, de conformidad con lo establecido en el numeral 9º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, comoquiera que las mismas no aparecen causadas.

Por lo expuesto, la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL de las obligaciones de la demandante.

SEGUNDO: NEGAR, en consecuencia, las pretensiones de la demanda por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

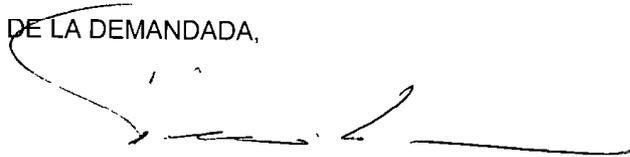
Por Secretaría, archívese el expediente.
La anterior decisión queda notificada en estrados.

No siendo más el motivo de la presente audiencia, se termina y firma por quienes en ella intervinieron.

LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES,


CLAUDIA PATRICIA GRILLO TRUJILLO

EL APODERADO DE LA DEMANDADA,


LUIS FERNANDO GAITAN OCHOA

Señores

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
Delegatura para Funciones Jurisdiccionales

E. _____ S. _____ D. _____

Referencia: 2012075021
506 Funciones Jurisdiccionales
EXP: 2012 - 0069
Sin Anexos

MARTHA HELENA GIRALDO RESTREPO, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía número 38.603.573 de Cali, obrando en mi condición de Apoderada del **BANCO FALLABELLA S.A.**, según consta en el Expediente, por medio del presente escrito manifiesto que sustituyo el poder especial, amplio y suficiente a mí conferido a **LUIS FERNANDO GAITÁN OCHOA**, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.155.672 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 48.733 del Consejo Superior de la Judicatura, para que en nombre y representación de la entidad que legalmente represento intervenga y realice todos los actos necesarios para garantizar la defensa del **BANCO FALABELLA S.A.**, dentro del proceso de la referencia.

El apoderado queda facultado en los términos del artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, en especial para conciliar, desistir, recibir, transigir, sustituir, renunciar, reasumir y en general para realizar todas las actuaciones que juzgue conducentes con el fin de lograr el éxito del presente mandato.

Cordialmente,

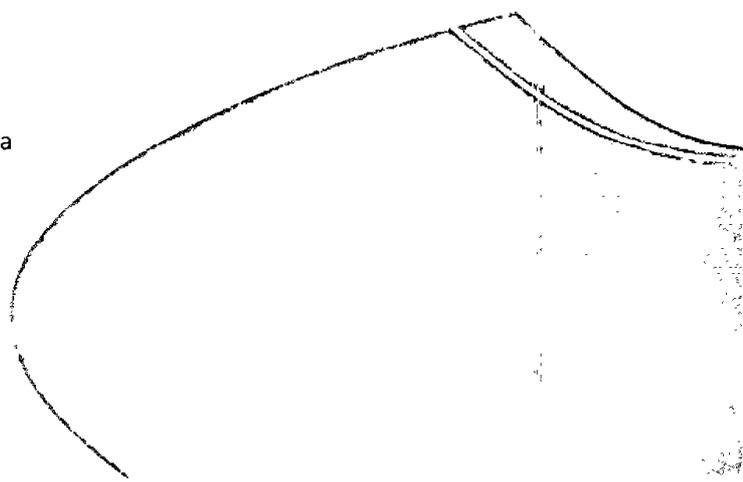


MARTHA HELENA GIRALDO RESTREPO
C.C. No. 38.603.573 de Cali

Acepto,



LUIS FERNANDO GAITÁN OCHOA
C.C. No. 79.155.672 de Bogotá
T.P. No. 48.733 del Consejo Superior de la Judicatura



Notaria 8

Del Circuito de Bogotá D.C.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RECONOCIMIENTO DE
FIRMA Y HUELLA

Ante el Notario 8 del Circuito de Bogotá D.C.
Compareció:

GIRALDO RESTREPO MARTHA HELENA

Identificada con C.C. 38603573

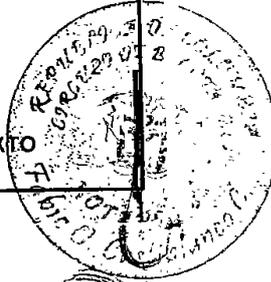
y declaró que la firma y huella dactilar que aparecen en
el presente documento son suyas y que es cierto el
contenido del mismo ART 68 DEC. 960/70

Bogotá D.C. 22/01/2013

lqzkipalook9ok9l



FABIO O. CASTIBLANCO CALIXTO
NOTARIO 8 BOGOTÁ D.C.



Sentencia 069
Tarjeta de Crédito
2012