

Eficiencia de la protección al consumidor financiero en el fraude de tarjetas de crédito

María Paula Morales Marrugo

Luisa Fernanda Prieto Pardo

Trabajo de Grado

Para optar para el título de abogadas

Dirigido Por:

Mauricio Antonio Torres Guarnizo

Doctor en derecho

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

Bogotá, D.C.

2021

TABLAS DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: SISTEMA FINANCIERO EN COLOMBIA	7
1.1 Noción del Sistema Financiero en Colombia	7
1.1.1 Características del Sistema Financiero	8
1.1.2 Elementos del Sistema Financiero	9
1.1.3 Marco normativo del Sistema Financiero en Colombia	10
1.1.4 Modelos del Sistema Financiero	11
1.2 Estructura del Sistema Financiero en Colombia	12
1.2.1 Figura 1: Estructura general del Sistema Financiero en Colombia	12
1.2.2 Figura 2: Estructura específica del Sistema Financiero en Colombia	17
1.3 Conclusiones del capítulo	22
CAPÍTULO II: CONSUMIDOR FINANCIERO	23
2.1 Noción de consumidor financiero	23
2.2 Protección del consumidor financiero.....	24
2.2.1 Marco constitucional	24
2.2.2 Marco legal.....	25
2.2.2.1 Figura 1: Principios, derechos y deberes del consumidor financiero	26
2.2.2.2 Principios orientadores en las relaciones del consumidor financiero	26
2.2.2.3 Derechos del consumidor financiero	29
2.2.2.4 Deberes del consumidor financiero	31
2.2.2.5 Deberes de las entidades vigiladas	32
2.3 Instancias de protección del consumidor financiero	37
2.3.1 Figura 2: Instancias de atención al consumidor financiero	38
2.3.2 Sistema de Atención al Consumidor	39
2.3.3 Defensor del Consumidor Financiero	40
2.3.4 Procedimiento ante la Superintendencia Financiera	42
2.3.4.1 Quejas ante la Superintendencia Financiera	42
2.3.4.2 Procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Financiera	43
2.3.5 Procedimiento ante la jurisdicción ordinaria.....	44
2.4 Conclusiones del capítulo	44

CAPÍTULO III: FRAUDE DE TARJETAS DE CRÉDITO	46
3.1 Generalidades del contrato de apertura de crédito	46
3.1.1 Características del contrato de apertura de crédito rotativo de emisión de tarjeta	47
3.1.2 Obligaciones del contrato de apertura de crédito rotativo de emisión de tarjeta	49
3.2 Franquicias de tarjetas de crédito	51
3.2.1 Obligaciones del contrato de franquicia de tarjetas de crédito	52
3.3 Tarjetas de crédito	52
3.3.1 Figura 1: Relación plurilateral derivada de la tarjeta de crédito.....	53
3.3.2. Clases de tarjeta de crédito	54
3.3.3 Funciones de la tarjeta de crédito	55
3.4 Fraude en tarjeta crédito.....	56
3.4.1 Uso fraudulento en caso de extravío o sustracción	57
3.4.2 Uso fraudulento en caso de falsificación	58
3.4.3 Mecanismos de control y seguridad por parte de los establecimientos de crédito	59
3.5 Responsabilidad por el uso fraudulento de la tarjeta de crédito	59
3.5.1 Análisis jurisprudencial	61
3.5.1.1 Corte Suprema de Justicia	61
3.5.1.2 Delegatura de la Superintendencia Financiera	64
3.5.1.2.1 Decisiones sobre las obligaciones de la entidad vigilada	64
3.5.1.2.2 Decisiones sobre las obligaciones del consumidor financiero	65
3.5.1.2.3 De los supuestos resueltos por la Delegatura de la Superintendencia Financiera	65
3.6 Adjudicación de la responsabilidad frente al fraude en tarjetas de crédito	69
3.6.1 Responsabilidad por el uso fraudulento en caso de extravío o sustracción de la tarjeta de crédito	69
3.6.2 Responsabilidad por el uso fraudulento en caso de falsificación	70
3.6.3 Responsabilidad del establecimiento de comercio	72
3.6.4 Responsabilidad de la franquicia de tarjetas de crédito	74
3.7 La prueba en los procesos de consumo financiero	77
3.7.1 Generalidades de la carga de la prueba	77
3.7.2 La carga de la prueba en el derecho del consumo financiero	78

3.8 Conclusiones del capítulo	80
CAPÍTULO IV: EFICIENCIA DE LA PROTECCIÓN EN EL FRUADE	82
4.1 Análisis Económico del Derecho.....	82
4.2 Eficiencia de la protección del consumidor financiero frente al fraude en tarjetas de crédito a la luz del AED	86
4.2.1 Consumidor financiero.....	86
4.2.2 Establecimiento de crédito	89
4.2.3 Establecimiento de comercio	94
4.3 Conclusiones del capítulo	97
CONCLUSIONES	99
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	102

INTRODUCCIÓN

El Sistema Financiero en Colombia, es una estructura fundamental en el marco económico nacional. El cual permite, a través de figuras financieras la captación y circulación de recursos provenientes de los diferentes agentes económicos. Es por ello, que requiere la supervisión del Estado y autoridades para su correcto funcionamiento o desarrollo, en virtud de la Carta Política y las diferentes Leyes que lo reglamentan, en especial el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663, 1993).

Bajo este entendido, resulta notable la importancia del consumidor financiero, como sujeto fundamental en las relaciones de consumo que nacen dentro de este sistema. Es posible referirnos entonces, al consumidor financiero, como aquel individuo de especial protección que establece o puede llegar a establecer, una relación de consumo con entidades financieras, las cuales brindan diferentes bienes y servicios financieros.

Al respecto, la Constitución Política de 1991, que trajo consigo la implementación del Estado Social de Derecho, contempló una serie de garantías no previstas anteriormente, que permitieron de manera más amplia la protección de los derechos. De esta forma, introdujo a través del artículo 78, un amparo a los consumidores en su relación de consumo.

En cuanto al consumidor financiero, es la Ley 1328 de 2009, la que trae a colación el concepto de este y su debida protección dentro del Sistema Financiero; junto a ella ampliando dicha protección, se encuentran diferentes leyes, circulares, resoluciones, fallos de la Delegatura de la Superintendencia Financiera y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Este marco normativo supone algunas instancias a las cuales el consumidor puede acudir para materializar su protección.

Empero, aun con una legislación que protege al consumidor financiero, este se encuentra expuesto frente a diferentes riesgos, en la utilización de servicios o productos financieros, como es el caso de las tarjetas de crédito, las cuales están sujetas a un abanico de posibilidades que exponen al consumidor. En el panorama colombiano, actualmente, según un informe de Asobancaria, aproximadamente el 23% de los colombianos, utiliza la tarjeta de crédito como instrumento de pago predilecto (Asobancaria, 2020).

Según un consolidado de la Superfinanciera, para el año 2020, se presentaron 25.765 quejas por suplantación presunta de persona en tarjetas de crédito (Superintendencia Financiera, 2021). Esto podría representar que aproximadamente más de 71,5 quejas son presentadas diariamente ante esta entidad, lo cual evidencia una afectación considerable al consumidor financiero en el uso de este producto.

En este ámbito, resulta pertinente atender las relaciones contractuales que emanan de la adquisición de este producto financiero y las obligaciones que surgen de la misma, teniendo en cuenta la pluralidad de partes intervinientes (establecimiento de crédito, consumidor financiero y establecimiento de comercio). Evaluando así el rol gestionado por cada una de ellas dentro de la ocurrencia del hecho, para así establecer una adjudicación de responsabilidad.

Debido a la importancia de este planteamiento, la presente investigación pretende estudiar la eficiencia de las normas de protección al consumidor financiero frente al fraude de tarjetas de crédito desde una perspectiva tanto económica como jurídica, a través de la figura del Análisis Económico del Derecho, el cual consiste en un estudio costo-beneficio a fin de encontrar una distribución de recursos eficiente, derivado de las normas jurídicas (Torres & Páez, 2019).

CAPÍTULO I

EL SISTEMA FINANCIERO EN COLOMBIA

La labor del Sistema Financiero en la economía de cualquier país resulta de suma importancia, por ello es necesario que el consumidor en aras de una mejor educación para la adquisición de bienes y servicios conozca el funcionamiento del mismo. De manera que, en este primer aparte se desarrolla de forma ordenada la noción del Sistema Financiero colombiano, comprendiendo cada una de las instituciones que lo conforman y la normatividad vigente que lo regula.

1.1 Noción del Sistema Financiero

Es menester precisar el concepto de finanzas de manera anticipada, esto en aras de que las diferentes nociones de Sistema Financiero, sean claras y comprensibles. En principio, es posible definir las finanzas como la agrupación de actividades por medio de las cuales, los sujetos toman decisiones para mover y administrar el dinero y otros recursos de valor (García, 2014).

También, pueden ser vistas como la figura por la cual, los individuos invierten o financian los fondos indispensables para el desarrollo de sus actividades (Baena, et al., 2012).

Expuestas las definiciones anteriores, en cuanto a las nociones del Sistema Financiero, en primera medida este se define como aquella estructura en cabeza del Gobierno y las autoridades, que busca ejercer control sobre los diferentes mercados como lo son el de ahorro, crédito e inversión (Baena, et al., 2012).

Es posible establecer, que todas las actividades que se desenvuelven con dinero, bonos, acciones, o cualquier otro tipo de herramientas financieras, requieren de entidades, organizaciones o instituciones que actúen como mediadoras entre las personas que realizan

dichos movimientos. Estas intermediarias componen al Sistema Financiero, el cual permite la circulación del dinero entre organizaciones y personas a través de transacciones.

Así, el Sistema Financiero en Colombia es una estructura integrada por entidades privadas y públicas que realizan actividades económicas basadas en la administración, la inversión y la explotación de los recursos de captación (Bonilla, 2015). Contemplando un papel fundamental en la economía colombiana, pues funciona como un medio de gestión de riesgos, generando un método de pago y destinando un valor a los recursos financieros (Lozano, 2017).

Como funciones generales de esta estructura, se encuentran: (i) la supervisión de la utilización de los recursos, lo que garantiza su correcta inversión; (ii) la facilitación de las transacciones en el sistema económico, transformando plazos, montos y tasas de interés; (iii) se desempeña como satisfactor de las necesidades de los agentes del mercado (Bonilla, 2015).

Sobre las funciones económicas del mismo, Echeverry (2019), menciona que estas son:

la captación y concentración de recursos del público, la transformación del riesgo, la transformación de plazos (pueden recibir a un determinado plazo y hacer colocaciones a plazos superiores con base en la relación de solvencia y liquidez que detentan) y servir como instrumento para la aplicación de políticas macroeconómicas a través de su relación con el Banco de la República (Echeverry, 2019, p. 64).

1.1.1 Características del Sistema Financiero

Los sistemas financieros, son fundamentales en la economía de un país, por ello, existen algunas características que lo definen, entre las cuales podemos encontrar:

En primer lugar, el Sistema Financiero posibilita la captación del superávit canalizándolo a aquellas unidades de gasto, es decir, al déficit. En segundo lugar, lleva a cabo una labor de intermediación donde convierte los instrumentos financieros primarios, en instrumentos indirectos, lo que permite una aceptación por parte de los ahorradores.

En tercer lugar, debido a que está en cabeza de la autoridad monetaria, contribuye a la estabilidad financiera a través de las políticas de la misma. En cuarto lugar, tiende a maximizar el ahorro, de manera que los recursos captados lleguen a ser parte de la financiación de actividades productivas. Y, por último, permite que la asignación de recursos financieros, sea eficaz (Delgado, 2020).

1.1.2 Elementos del Sistema Financiero

Todo Sistema Financiero, posee tres importantes elementos: (i) los instrumentos o activos financieros; (ii) las instituciones o intermediarios financieros; (iii) los mercados financieros.

En cuanto al primero, se denominan activos financieros a las herramientas o títulos que permiten la movilidad de los recursos, manteniendo la riqueza para aquellos que los poseen y para quienes los emiten un pasivo (Castillo, et al., 2012).

Los intermediarios financieros, tienen a cargo, permitir que los activos pasen de un sujeto a otro. Estos pueden ser de dos tipos, en primer lugar, encontramos las entidades de crédito, las cuales captan dineros del público con la obligación futura de reembolsar dichos activos, (en donde se ubican los bancos). En segundo lugar, se encuentran las entidades no crediticias comprendidas por los fondos de inversión, compañías aseguradoras, los fondos de pensiones, entre otras (González & López. 2008).

Por último, los mercados financieros, se pueden precisar como el medio a través del cual se llevan a cabo las transacciones de los activos financieros, y de igual manera se determinan

los precios (González & López. 2008). De esta manera, dentro de los mercados financieros podemos encontrar el mercado de capitales (el cual, interesa al objeto de este texto), es un elemento inherente al sistema financiero, pues integra el canal de crédito intermediado y promueve la competencia al conceder instrumentos alternativos de financiación para proyectos, firmas y opciones de inversión que se pueden adaptar a los estándares de riesgo y retorno de los inversionistas (Salamanca, 2021).

Así, funge como un elemento sustancial para el desarrollo económico de un país, pues a través del mismo, se hace la transformación del ahorro a la inversión; desplaza recursos, de mediano y largo y plazo desde los sectores superavitarios hacia las funciones productivas por medio de la compraventa de títulos valores (Hoyos, et al, 2019).

1.1.3 Marco normativo del Sistema Financiero en Colombia

Desde un ámbito constitucional, y tomando como base los principios del Estado Social de Derecho, el Sistema Financiero cobra relevancia, teniendo en cuenta el principio de efectividad y de responsabilidad social, pues, es deber del Estado garantizar que sus funciones se materialicen en procura de una estabilidad económica. Ello a través del numeral 25 del artículo 189 del texto constitucional.

Por tanto, el papel de intervención del Estado busca promover la democratización del crédito, expidiendo normas y fijando entidades para la protección de las actividades crediticias, definiendo limitaciones y prohibiciones.

Así mismo, se encuentra regulado por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993), la Ley 1328 de 2009 y las demás Leyes que regulan las actividades financieras como lo son: la Ley 795 del 2003, Ley 964 del 2005, el Decreto 2555 del 2010 y

el Código de Comercio de manera subsidiaria a algunas actividades financieras, como por ejemplo el régimen de los contratos bancarios contenidos en el título XVII.

1.1.4 Modelos del Sistema Financiero

Es posible encontrar varios modelos en relación a la estructura del Sistema Financiero, en principio el derecho comparado presenta cuatro modelos, no obstante, la doctrina reconoce dos categorías generales (banca universal, banca especializada).

Frente al derecho comparado, los modelos son: (i) el modelo inglés el cual presenta como elementos principales, el poco control oficial y la especialización de las entidades financieras; (ii) el modelo germano cuenta con una autonomía amplia de operación bancaria y con pocas entidades especializadas; (iii) el modelo norteamericano se centra en la especialización de las entidades junto con un régimen descentralizado de emisión; y (iv) el modelo francés cuenta con una especialización predominante de entidades financieras y una característica intervención del Estado (Lorente, 1980 como se citó en Martínez, 1994).

Ahora, el modelo de Banca Universal es un esquema también conocido como Banca Múltiple, que obtuvo su desarrollo gracias a los parámetros del modelo alemán, donde una sola institución es la encargada de múltiples servicios y operaciones financieras, por medio de secciones especializadas (Martínez, 1994). Este modelo se caracteriza por contemplar una actividad empresarial amplia, sin ningún límite de cualquier índole (regionales y cuantitativos), funcionando como prestamista y como asesora (Kramer, 2015). De esta forma, contiene un marco legal que contempla una libertad amplia para la realización de actividades en cualquier término (Martínez, 1994).

El modelo de banca especializada, es el modelo en el cual una agencia especialista es la encargada de la vigilancia de un sector puntual en el mercado, de manera que cada agencia

regula un tipo propio de actividad (Estrada & Rueda, 2008). Así, es posible definirla como aquella banca que se encuentra restringida en cuanto al desarrollo de las operaciones financieras, esto es que sus actividades son determinadas dentro de algunos plazos lo que supone un límite a sus funciones (Martínez, 1994).

El modelo acogido por Colombia comprende un esquema de banca especializada, lo cual hace referencia a la realización de operaciones determinadas en cada área de negocio, donde los conglomerados financieros extranjeros y locales son predominantes; posibilitando una participación activa que respete la sana competencia y procurando una relación apacible con los usuarios del sistema (Aristizabal & Ramírez, 2019)

1.2 Estructura del Sistema Financiero en Colombia

El Sistema Financiero en Colombia, está compuesto en primera medida por el Congreso de la República y la Presidencia de la República junto con algunos Ministerios adscritos al mismo, los cuales, junto con la Superintendencia Financiera de Colombia, hacen las veces de órganos controladores y supervisores del mismo (figura 1).

Figura 1

1.2.1 Estructura general del Sistema Financiero en Colombia



Nota: Categorización del Sistema Financiero colombiano, que observa los principales organismos adscritos a él. Baena., et al. Conceptos básicos del sistema financiero colombiano. Bogotá: ECOE ediciones; 2012. 36p.

De acuerdo con la figura 1, la estructura del Sistema Financiero en Colombia, comprende una jerarquización. En primer lugar, encontramos al Congreso de la República, el cual, en virtud de la Carta Política, en su artículo 150, numeral 19 literal d, establece que el Congreso de la República tiene el deber legislativo de regular el Sistema Financiero y otras actividades tendientes a la captación de recursos del público (C.P, 1991, art. 150).

Junto a él se encuentra la Presidencia de la República, que teniendo en cuenta el artículo 189 numerales 24 y 25 de la Carta Política, tiene el deber de ejercer la supervisión sobre las actividades financieras y sobre las entidades que componen al Sistema Financiero, así como también, ostentan el deber de intervenir en las actividades financieras (C.P, 1991, art. 189).

De estos dos órganos anteriores se desprenden cinco instituciones. La primera, la Junta Directiva del Banco de la República, que según el artículo 372 de la Constitución Política, posee el mando sobre la política monetaria, cambiaria y crediticia, así como también dirige y ejecuta las actividades que le son propias al Banco de la República. Esta se encuentra conformada por siete individuos entre los cuales se encuentra el Ministro de Hacienda, el Gerente del Banco y cinco miembros más, los cuales son nombrados por el Presidente de la República (C.P, 1991, art. 372).

En segundo lugar, el Ministerio de Hacienda, que en principio se encarga de definir las políticas generales que regulan el Sistema Financiero, dichas políticas contemplan las medidas a acotar en el sistema, aquellas que guardan relación con la inclusión financiera y las de la modernización del mercado de valores (Uribe, 2013). En cuanto a las funciones de este, según la Ley 35 de 1993 en su artículo 3, el Gobierno por conducto del Ministerio de Hacienda, se encarga de las actividades financieras y asegura lo dispuesto en el artículo nombrado con anterioridad.

En tercer lugar, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, además de formular políticas de desarrollo para el sector agropecuario y para el desarrollo rural, es relevante por las entidades que están vinculadas al mismo, como lo son el FOGAFIN, y FOGACOOOP, fondos que contemplan un sistema de seguro de depósitos, encargándose así de los problemas de solvencia, implementando mecanismos definidos por la Superintendencia Financiera y otorgando préstamos (Uribe, 2013).

En cuarto lugar, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, es relevante en el sector financiero en cuanto, apoya la actividad empresarial que produce bienes, servicios y tecnologías. Así como también, es determinante en la formulación y creación de políticas generales en materia de desarrollo económico.

De esta manera, en este sector, resultan notables entidades como: Proexport Colombia (en cuanto a la inversión extranjera en Colombia), el Fondo Nacional de Garantías S.A (entidad que permite el acceso al crédito ante los intermediarios financieros), Bancoldex (sociedad que ofrece productos y servicios financieros a las empresas exportadoras) (Baena, et al., 2012).

Por último, se encuentra, el Ministerio de Minas y Energía, este resulta relevante en la medida en que a él se encuentra adscrita, la Financiera Energética Nacional S.A (FEN), quien tiene como función orientar los recursos crediticios hacia las empresas del sector eléctrico (Donneys, et al., 2019).

Ahora bien, de la Junta Directiva del Banco de la República y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se desprenden dos entidades, el Banco de la República y la Superintendencia Financiera respectivamente. En cuanto al primero, sus funciones se basan en ser la banca central y la autoridad monetaria, crediticia y cambiaria, cumple la misión de ofrecer las

condiciones para el otorgamiento de la liquidez a las entidades de este sistema, funge como prestamista de última instancia y posee la función de monitoreo frente a los potenciales riesgos del Sistema Financiero y los relacionados con el Sistema de Pagos (Uribe, 2013).

En lo que respecta a la segunda, esta entidad, como un organismo técnico vinculado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, independencia administrativa y financiera y patrimonio propio, se encarga principalmente del buen funcionamiento del Sistema Financiero, el cual contribuye directamente al desarrollo del país (Superintendencia Financiera, 2020). El Presidente de la República a través de esta, lleva a cabo las funciones de inspección, vigilancia y control sobre quienes realizan todo tipo de actividades relacionadas con la captación de dineros del público.

En el desarrollo de sus funciones, hacen parte del marco normativo de esta, principalmente los Decretos 2739 de 1991, 663 de 1993, 4327 de 2005 y el Decreto 2555 de 2010, la Ley 964 de 2005 (sobre Mercado de Valores), Circular Básica Administrativa 19 de 2000 y la Circular Básica Jurídica (C.E. 029/14); y como otras normas que regulan a la entidad se encuentran en ; el Decreto 710 de 2012, el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público (Decreto 1068 de 2015), el Decreto 1848 de 2016 (el cual modifica la estructura de la Superintendencia Financiera de Colombia), y Decreto 2399 de 2019 (por el cual se modifica parcialmente la estructura de la Superintendencia Financiera de Colombia) (Superintendencia Financiera, 2020).

La función de la Superintendencia Financiera se desarrolla bajo una amplia normatividad, y se apoya en algunas prácticas internacionales, esto en aras de lograr una articulación y alineación de este campo normativo con el crecimiento de los mercados.

En tal sentido, lleva a cabo cuatro principales funciones; (i) Supervisa, inspecciona y controla a quienes ejercen la actividad financiera; (ii) Mantiene la estabilidad, seguridad y confianza del Sistema Financiero; (iii) Promueve, organiza y desarrolla la transparencia en el mercado de valores y activos financieros y; (iv) Vela por los derechos de los consumidores financieros (inversionistas, ahorradores y asegurados) (Lozano, 2017).

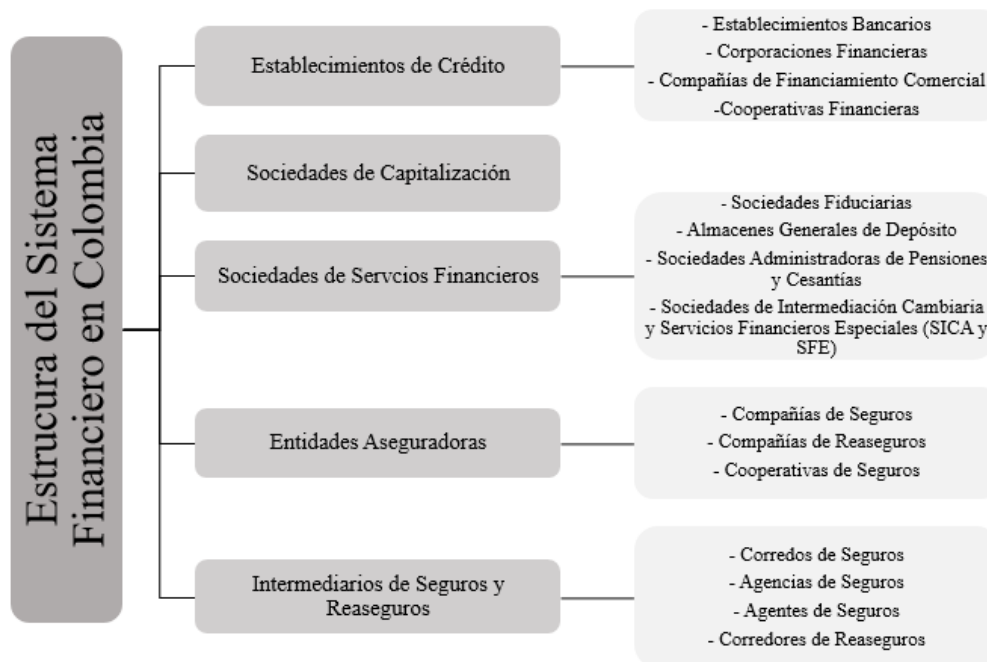
De manera coordinada con las anteriores funciones, desarrolla cuatro objetivos estratégicos que identifican las necesidades del entorno. El primero, se encarga de la supervisión y regulación comprensiva y consolidada, permitiendo evaluar las actuales estructuras que presentan diversos riesgos, para lograr responder frente a estos con estabilidad. El segundo, versa sobre la estrategia de innovación, el cual supone un nuevo y moderno planteamiento de los negocios financieros.

El tercero, hace referencia al consumidor financiero, donde se reconoce la necesidad de la protección al mismo. Y finalmente, se contempla la gestión del cambio institucional, donde se hace hincapié en cómo la modernización origina un crecimiento institucional. Cada uno de estos objetivos, apunta a la observancia de un Sistema Financiero más competitivo, incluyente y responsable (Superintendencia Financiera, 2019).

La Superfinanciera como entidad que posee funciones de inspección y vigilancia, se encarga de velar porque las siguientes entidades cumplan con el marco normativo destinado por la Ley: emisores de valores, mercados activos financieros, portafolios de inversión, proveedores de infraestructura, intermediarios de valores, intermediarios financieros, instituciones oficiales especiales, sociedades de servicios financieros, y por último, las entidades aseguradoras y compañías de capitalización (Donneys, et al., 2019).

Figura 2

1.2.2 Estructura específica del Sistema Financiero de Colombia



Nota: Organización del Sistema Financiero colombiano a partir de las instituciones financieras pertenecientes al mismo. Decreto Ley 663 de 1993 [Presidencia de la República]. Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. Abril 2 de 1993.

En concordancia con la figura 2, el Sistema Financiero, comprende una clasificación más específica, en la cual se encuentran: los establecimientos de crédito, denominadas como aquellas instituciones financieras que se encargan principalmente de captar en moneda legal recursos del público en depósitos a la vista, colocándolos en operaciones activas de crédito, como préstamos y descuentos. (Superintendencia Financiera, 2020). En términos generales se encargan de canalizar recursos de los agentes superavitarios hacia los deficitarios, esto a través de la captación de fondos del público en moneda legal (Uribe, 2013).

Hacen parte de este, los establecimientos bancarios, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento comercial, y las cooperativas financieras: (i) los establecimientos bancarios, se entienden como aquellas instituciones cuya función principal

es obtener recursos a través de cuentas corrientes bancarias y depósitos, para así poder ejecutar operaciones de crédito (Aristizabal, et al., 2019).

El estatuto orgánico, enumera en su artículo 7, las funciones o facultades a las que están sujetas dichas instituciones financieras. En cuanto a las limitaciones y prohibiciones que detentan los establecimientos bancarios, estas se encuentran en el artículo 10, definidas en 8 literales.

Así mismo, los establecimientos bancarios, llevan a cabo tres tipos de operaciones, estas son las operaciones activas, las operaciones pasivas y las operaciones neutras. Por las primeras, entendemos aquellos préstamos que realizan los mismos, de los recursos que se obtuvieron de las operaciones pasivas, de recursos propios o de préstamos que pueden provenir de otras instituciones. En pocas palabras, consiste en el otorgamiento de créditos a sus clientes o consumidores financieros. Entre estas operaciones podemos encontrar: Sobregiro bancario, las tarjetas de crédito, las aceptaciones bancarias, las cartas de crédito y por último los avales y garantías (Aristizabal, et al., 2019).

Por las segundas, entendemos aquellas operaciones mediante las cuales el banco percibe recursos de sus clientes o de otras entidades, estas son: los depósitos en cuentas corrientes, los diferentes tipos de cheques, las cuentas corrientes, los depósitos en cuentas de ahorros, los certificados de depósitos a término, los redescuentos y la emisión de bonos (Aristizabal, et al., 2019).

Por último, las operaciones neutras, son aquellas que no involucran ni la captación ni la colocación de recursos, sino son simples servicios por los cuales el banco no cobra

remuneración alguna. Entre las cuales encontramos las cajillas de seguridad, las referencias bancarias, las remesas de cobro y las garantías (Aristizabal, et al., 2019).

Estas instituciones se clasifican en: bancos comerciales, privados, extranjeros, oficiales; bancos de fomento y bancos hipotecarios.

Los bancos comerciales son instituciones financieras que realizan la financiación de actividades económicas realizadas al interior del país, esto a través de negociación de dinero o fondos de personas naturales o jurídicas. Por otro lado, los bancos hipotecarios, según el estatuto orgánico, son establecimientos que prestan dinero asegurado con propiedades raíces, que debe completarse por medio de pagos corrientes y para emitir cédulas de inversión (Baena, et al., 2012).

(ii) las corporaciones financieras, son las encargadas de captar y trasladar los recursos y asignar el capital para la creación de las empresas (Decreto Ley 663, 1993, art. 2); (iii) las compañías de financiamiento comercial, son las encargadas de captar recursos con la finalidad de llevar a cabo operaciones activas de crédito, para la comercialización de bienes y servicios (Decreto Ley 663, 1993, art. 2); (iv) las cooperativas financieras adelantan las actividades financieras, dispuestas en el artículo 39 de la Ley 454 de 1998 (Superintendencia Financiera, 2020).

Las sociedades de capitalización son aquellas cuyo principal objetivo es incitar el ahorro mediante la conformación de capitales determinados, a cambio de desembolsos únicos y corrientes con la oportunidad de reembolsos anticipados por medio de sorteos (Superintendencia Financiera, 2020).

Las sociedades de servicios financieros, son aquellas entidades que sirven como intermediarios de recursos del público, a través de la captación y colocación profesional de los mismos, cumple la función de realizar las operaciones propias dispuestas en el marco legal que regula su actividad.

De esta hacen parte, las sociedades fiduciarias, las sociedades administradoras de pensiones y cesantías, los almacenes generales de depósito, de servicios financieros especiales y las sociedades de intermediación cambiaria (Lozano, 2017).

(i) sociedades fiduciarias, son aquellas que llevan a cabo encargos fiduciarios para realizar inversiones, administrar bienes o cualquier actividad relacionada con el ofrecimiento de garantías para asegurar el acatamiento de obligaciones, también funcionan como agente de transferencia y registro de valores, sirve de representante de tenedores de bonos, es depositario de dinero a los juzgados, presta asesoría financiera y sirve como emisor de bonos (Decreto 410, 1971, art. 1226).

(ii) almacenes generales de depósito, los cuales tienen por objeto el depósito, la preservación y resguardo, la administración y la comercialización de bienes (Superintendencia Financiera, 2020); (iii) sociedades administradoras de pensiones y cesantías, estas se encargan de la gestión de los fondos de cesantías y pensiones (Superintendencia Financiera, 2020). Y, por último; (iv) sociedades de intermediación cambiaria y de servicios financieros especiales, las cuales tienen como finalidad realizar “operaciones de pagos, recaudos, giros y transferencias nacionales en moneda nacional, así como actuar como corresponsales no bancarios” (Decreto 4601, 2009, art. 1)

Las entidades aseguradoras, llevan a cabo funciones de seguro y hacen parte de esta; las compañías de seguros, las compañías de reaseguros, y las cooperativas de seguros. (Superintendencia Financiera, 2020); (i) compañías de seguros, son aquellas entidades que tienen por objeto la emisión de pólizas de seguros que resultan de un contrato en el que asumen los riesgos de terceros (Donneys, et al., 2019); (ii) las compañías reaseguradoras, son aquellas entidades encargadas de respaldar a las compañías aseguradoras en los riesgos cubiertos por esta; (iii) las cooperativas de seguros, ofrecen servicios de seguros de manera especializada, dicha actividad aseguradora se realiza a favor de sus asociados (Donneys, et al., 2019).

Los intermediarios de seguros y reaseguros, son aquellas personas naturales o jurídicas que están facultadas para promover relaciones contractuales entre los sujetos. Estos se clasifican en los corredores de seguros, agencias de seguros, agentes de seguros y corredores de reaseguros (Superintendencia Financiera, 2020); (i) los corredores de seguros, se encargan de ofrecer seguros para que se lleve a cabo la realización del contrato actuando como intermediarios entre el asegurador y el asegurado (Superintendencia Financiera, 2020); (ii) las agencias de seguro, son las representantes de las compañías de seguros (Superintendencia Financiera, 2020); (iii) los agentes de seguros, son personas naturales que impulsan la realización de contratos de seguro, la renovación y la capitalización de los mismos de varias compañías de seguros (Superintendencia Financiera, 2020). (iv) los corredores de reaseguros, los cuales sirven de intermediarios entre las entidades aseguradoras y reaseguradoras, permitiendo así el nacimiento de un contrato (Superintendencia Financiera, 2020).

1.3 Conclusiones del capítulo

El Sistema Financiero en su conjunto resulta ser un puente al trasladar recursos entre un sector superavitario y un sector deficitario, de esta manera, se encuentran a su cargo el mercado de capitales y el mercado de valores. De allí radica su importancia para la economía colombiana, pues contribuye a la estabilidad de la misma, haciendo posible una distribución de recursos entre varios segmentos económicos, lo que a la postre facilita un avance y una eficiencia en la misma.

Así, la noción actual del mismo da como resultado un sistema más sólido y completo que no solo pretende una estabilidad económica a nivel general, sino también otorga un papel importante a cada uno de los intervinientes, donde su normatividad logra abarcar a cabalidad las actividades financieras otorgando seguridad jurídica en las mismas.

Es pues, necesario su conocimiento por parte del consumidor financiero, puesto que al conocer su funcionamiento y las instituciones que hacen parte del mismo este puede tomar decisiones informadas para la adquisición de bienes y servicios.

CAPÍTULO II

CONSUMIDOR FINANCIERO

Dentro del Sistema Financiero encontramos multiplicidad de actores que participan en su funcionamiento, uno de ellos y cuyo papel le concierne a este trabajo es el consumidor financiero, quien encuentra una serie de garantías que protegen sus intereses a la hora de realizar movimientos financieros, otorgándole una importancia dentro del mismo a través de la normatividad, la cual se encarga de regular dichas garantías, adjudicarle una serie de deberes y brindarle mecanismos de protección, los cuales en conjunto permiten que el consumidor despliegue sus actividades financieras de manera sólida.

2.1 Noción de consumidor financiero

Resulta sustancial en un primer momento dar una conceptualización de lo que supone la palabra consumidor. Así pues, es posible definir a un consumidor como aquel sujeto que decide sobre un producto o servicio, convirtiéndose en cliente al adquirirlo (Paredes & Velazco, 2014). La Ley 1480 de 2011 define a este sujeto como aquella persona ya sea natural o jurídica, que, como receptor final, obtiene un producto, sin importar su naturaleza, con el fin de atender todo tipo de necesidades, siempre que estas no estén relacionadas a una actividad económica (Ley 1480, 2011, art 5).

Ahora, en cuanto a la definición de consumidor financiero esta es acogida por la Ley 1328 de 2009, donde se establece en el artículo 2 que un consumidor financiero es “todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas” (Ley 1328, 2009, art 2). Esta legislación en mención, permite comprender que los consumidores financieros no solo son aquellas personas que poseen o hacen uso de un servicio financiero, sino también aquellas personas que eventualmente lleguen a adquirir dicho producto o servicio (Coronado, 2018).

Respecto al concepto emitido por la jurisprudencia colombiana, la Corte Constitucional ha mencionado que los consumidores financieros son las personas naturales o jurídicas que hacen o pueden llegar a hacer uso de los servicios bancarios, de los servicios del sector asegurador, así como también del de valores (Sentencia C-973/02). Entre tanto, a pesar de que la interpretación del consumidor financiero es bastante amplia, es necesario mencionar que no es posible considerar parte de este grupo a aquellos sujetos que componen el canal de producción del sector financiero (Vásquez, 2012).

Por su parte, Celi (2015) define a un consumidor financiero como aquel individuo cuyas relaciones jurídicas son celebradas con algunas entidades financieras, a través de distintos contratos de derecho comercial, y en virtud de dicha relación, este debe ser protegido por el Estado.

Frente a las anteriores nociones del consumidor financiero, es sugestivo mencionar la diferencia de este tipo de consumidor con los otros; el consumidor financiero se diferencia de los otros, en la medida en que este necesita cierto grado de información para acceder a los servicios financieros, y si bien no muchos conocen previamente el Sistema Financiero, adquieren los servicios o productos, cuando las entidades financieras logran persuadirlos (Coronado, 2018).

2.2 Protección del consumidor financiero

2.2.1 Marco constitucional

La Carta Política colombiana, establece en el artículo 333 la libertad económica, contemplando de esta manera un marco de libre competencia donde los distintos oferentes, interactúan con el conglomerado de consumidores, en tal sentido, el consumidor quien carece de un poder económico, es considerado como la parte débil en la relación contractual, motivo por el cual su protección resulta relevante.

En este sentido, este instrumento constitucional consagra en su artículo 78, la protección al consumidor, donde la ley es la delegada de regular el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y fiados a la comunidad, así como también la información que se debe proporcionar al público en su comercialización. Lo cual ha sido desarrollado por medio no solo de las leyes, sino también a través de conceptos, resoluciones y fallos de la Delegatura de la Superintendencia Financiera, en aras de lograr una protección conforme a la Constitución.

De igual manera el artículo 150 numeral 8, establece que cuando los bienes y servicios son materia de la inspección y vigilancia consagrada en este artículo, se aplica todo el marco normativo a favor del consumidor para proteger el desequilibrio económico, que causa en él una desigualdad frente al proveedor/productor (Villalba, 2009).

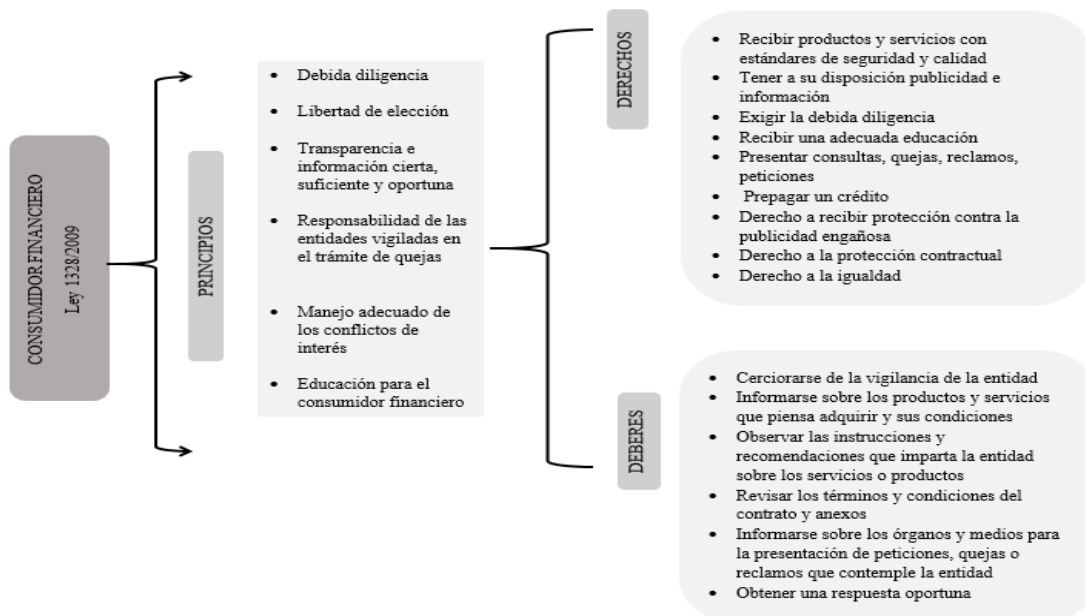
2.2.2 Marco legal

A partir de lo anterior, es notorio que el régimen de protección al consumidor se desarrolla a través de la ley, incluso a través de decretos, circulares y conceptos. De esta manera, a través de la Ley 1328 de 2009 y 1480 de 2011, se encuentran una lista taxativa de los derechos y deberes del consumidor, así como también, una serie de principios rectores para la regulación, que de forma uniforme complementan la protección del mismo y le brindan una serie de garantías que este puede hacer valer en las relaciones que establezca con entidades financieras.

Así, en la Figura 1 es posible evidenciar de manera gráfica como los principios resultan ser la base orientadora de los derechos y deberes en cabeza del consumidor, ello en razón a que estos establecen pautas generales de protección.

2.2.2.1 Figura 1

Principios, derechos y deberes del consumidor financiero



Nota: Estructura dogmática del régimen de protección del consumidor financiero, representado a través de los principios y su materialización en los derechos y deberes. Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. 15 de julio de 2009. DO. N° 47.411

2.2.2.2 Principios orientadores en las relaciones del consumidor financiero

La Ley 1328 de 2009 promueve en su artículo 3 una serie de principios reguladores de la relación de consumo, esto en aras de proteger al sujeto débil de la relación contractual, es decir al consumidor financiero.

(i) La debida diligencia es entendida por la Superintendencia Financiera en la circular externa 015 de 2010, como aquel principio que busca satisfacer las necesidades del consumidor en la relación de consumo, partiendo del entendido de que este último posee el pleno conocimiento de los servicios que las entidades financieras ofrecen, desde la información brindada por estas entidades, en un ámbito de respeto, desde una adecuada atención y protección al consumidor. Así mismo, para Coronado (2018), este principio

implica un estudio por parte de la entidad que comprenda con claridad el comportamiento propio del cliente previendo así el financiamiento, actividades riesgosas o fraudulentas.

(ii) La libertad de elección es posible comprenderla como la posibilidad que tiene el consumidor de manera exclusiva de escoger los servicios que desea, así pues, no son admisibles los acuerdos de exclusividad y aquellas conductas que limiten la elección de este (Bernal & Villegas, 2008). En este sentido en la sentencia C-263 de 2011, la Corte Constitucional menciona que el ofrecimiento eventual de determinados servicios financieros que el cliente no necesita a cambio de obtener el producto requerido, comprende una restricción a la libertad de elección, pues este termina contratando paralelamente servicios innecesarios.

(iii) El principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, hace referencia a que las entidades financieras deben en el desarrollo de sus actividades comunicar a los consumidores financieros, sus derechos, obligaciones, tarifas de los servicios, acciones que puede interponer, y toda la información que se considere relevante procurando así el entendimiento completo de la relación contractual al consumidor financiero (Superintendencia Financiera, 2010). A ello, se encuentra inmerso el deber de no incorporar cláusulas abusivas en los contratos financieros, toda vez que éstas ocasionalmente pueden limitar los derechos de los consumidores (Jaramillo, 2012).

(iv) El principio de responsabilidad de las entidades vigiladas en el trámite de quejas configura el deber de las mismas en la atención de quejas o reclamos interpuestos por los consumidores financieros; en este sentido, cada entidad debe contemplar un procedimiento que comprenda no solo el plazo de respuesta, sino también, la manera en la que deben presentarse las peticiones y las áreas identificadas para ello (Superintendencia Financiera, 2012).

(v) El principio del manejo adecuado de los conflictos de interés, responde en primer lugar, a la imparcialidad con la que debe actuar la entidad ante conflictos entre consumidores, y en segundo lugar a la obligación que tiene la entidad financiera de la prevalencia de los intereses del consumidor, de manera que este último no puede resultar perjudicado por los intereses de la entidad vigilada, pues se encuentra en una posición dominante (Coronado, 2018).

(vi) El principio de educación para el consumidor financiero, según la Superintendencia Financiera en circular externa 038 de 2011 menciona que la importancia de este, radica en que la información debe ser cierta, suficiente, clara y oportuna, pues ello facilita que el consumidor pueda tomar decisiones informadas; esta, actúa como un derecho de los consumidores, una obligación de las entidades y un principio rector entre las relaciones de consumo. Así mismo, la finalidad de la información busca proveer al consumidor de herramientas para tomar decisiones, permitirle comparar las distintas ofertas y conocer sus derechos y obligaciones.

Para la Superintendencia Financiera (2011) dicha información debe ser veraz y corresponder con lo ofrecido, debe ser clara y accesible, proporcionada oportunamente, estar vigente y por último encontrarse disponible para los consumidores.

En este sentido, la educación al consumidor no implica convertirlo en un experto en el tema financiero, al contrario, busca ofrecer una visión completa sobre el sector bancario, las actividades financieras y los servicios prestados, todo ello para lograr la construcción de una persona responsable y consciente (Coronado, 2018).

2.2.2.3 Derechos de los consumidores financieros

De igual manera, esta misma ley en su artículo 5 reglamenta los derechos con los que cuentan los consumidores financieros a la hora de la relación contractual con alguna entidad vigilada, estos son:

(i) Derecho a recibir por parte de las entidades vigiladas productos y servicios con estándares de seguridad y calidad, teniendo en cuenta las condiciones que fueron ofrecidas y las obligaciones que las entidades asumieron. Al respecto, Moreno (2009) menciona que el consumidor debe saber qué desea y cuáles son sus expectativas sobre el mercado, de manera que pueda dirigirse a los servicios y productos que le sean útiles para satisfacer sus necesidades a cabalidad. Por otro lado, la calidad de un producto o servicio depende de la idoneidad para el uso que fue creado (Coronado, 2018). Según la Corte Constitucional en sentencia C-1141 de 2000 dicha calidad recae sobre la empresa proveedora, puesto que a ella hacen parte los conocimientos técnicos para la prestación de un servicio.

(ii) Tener a su disposición información especial, transparente, clara, veraz, oportuna y verificable sobre las características de los productos o servicios ofrecidos o administrados. En cuanto a este derecho, es posible mencionar que el consumidor financiero debe recibir la información íntegramente, de manera que le sea suficiente para la toma de decisiones a la hora de adquirir un producto o servicio financiero. De la misma manera, la información suministrada por la entidad debe propender la fácil comprensión del servicio ofrecido, y esta debe ser oportuna para cuando este la solicite, y la entidad no podrá no entregarla (Coronado, 2018).

(iv) Requerir la debida diligencia en la prestación del servicio por parte de las entidades vigiladas. Este derecho hace referencia, a la garantía que tiene el consumidor para requerir

la atención adecuada para el desarrollo normal de sus actividades bancarias (Supervisión, C, & Basilea, 2001)

(v) Recibir una educación adecuada sobre los productos y servicios, de sus derechos y obligaciones, así como también de los costos que generen los mismos, los mercados y tipo de actividad que despliegan las entidades vigiladas, también sobre los diversos mecanismos de protección determinados para la defensa de sus derechos.

(vi) Presentar de manera respetuosa consultas, peticiones, quejas o reclamos ante la entidad vigilada, el defensor del consumidor financiero, la Superintendencia Financiera de Colombia y los organismos de autorregulación, ello salvaguardando el derecho constitucional de petición.

(vii) Efectuar pagos anticipados en toda operación de crédito en moneda nacional sin incidir en ningún tipo de penalización o resarcimiento por lucro cesante, de las cuotas o saldos en forma total o parcial, con la resultante liquidación de intereses al día del pago.

Por otro lado, la Ley 1480 de 2011 contempla algunos derechos que resultan relevantes en la medida en que amplían y complementan el catálogo contemplado anteriormente por la Ley 1328 de 2009. Aunque, para el caso en concreto, tres derechos en específico cobran sentido.

(i) El derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa, si bien en un primer momento, la Ley 1328 de 2009 en su artículo 5, lo menciona como una obligación que el establecimiento de crédito debe ofrecer al consumidor información y publicidad completamente transparente, es la Ley 1480 de 2011 la que desarrolla con mayor exactitud este supuesto como un derecho en su artículo 3. De esta forma se establece que la entidad financiera debe en sus anuncios publicitarios cumplir en sus productos con lo ofrecido allí (Coronado, 2018). En aras de evitar que el consumidor caiga en errores por falsa publicidad,

debe haber un acompañamiento por parte de entidades del Estado (Echeverry & Ospina, 2015).

(ii) El derecho a la protección contractual, supone que, en los contratos de adhesión, establecidos por la entidad financiera, son total creación de la misma; esto es, en la relación contractual existe una imposición de términos y condiciones, donde el consumidor financiero no tiene la posibilidad de modificar las cláusulas sino simplemente la potestad de aceptarlo o rechazarlo tal cual (Pérez, 2013). Esto supone la necesidad de la protección al consumidor en la suscripción de estos contratos, teniendo en cuenta los postulados de la buena fe y la equidad (Chamie, 2013).

(iii) El derecho a la igualdad, este vislumbra la simetría y homogeneidad con la que deben ser tratados todos los consumidores financieros, de manera que no resulta aceptable para la entidad de crédito segregar a ningún cliente.

2.2.2.4 Deberes de los consumidores financieros

La Ley 1328 de 2009 consagra en el artículo 6 algunas prácticas que debe asumir el consumidor financiero para asegurarse una mejor protección, de esta forma encontramos los siguientes deberes:

(i) Asegurarse que el establecimiento de crédito esté bajo la vigilancia de la Superintendencia Financiera, esto en aras de garantizar la responsabilidad ante cualquier supuesto de hecho que sitúe al consumidor en una situación de peligro (Superintendencia Financiera, 2020).

(ii) El consumidor debe informarse de manera general y específica sobre los productos y los servicios que se le sean ofrecidos, así como también podrá pedir explicaciones si las requiere, ello con la finalidad de tomar decisiones informadas y conforme a sus necesidades (Superintendencia Financiera, 2020).

(iii) Debe observar todas las instrucciones, así como las recomendaciones que le sean sugeridas para la seguridad del manejo de aquellos productos y servicios, lo que le permitirá desarrollar sus actividades financieras con total confianza y tranquilidad.

(iv) Debe revisar el contrato minuciosamente, así como los anexos y conservar las copias del mismo, de esta forma el consumidor podrá fijarse si en el contrato se encuentran inmersas cláusulas abusivas, que influyan en su protección y resulte afectado en la relación contractual. Así mismo que este tenga el conocimiento necesario sobre la obligación que está adquiriendo a raíz del contrato.

(v) Debe informarse sobre cómo y por cuales medios puede presentar peticiones, quejas y solicitudes, así el consumidor financiero, puede conocer qué hacer en casos de incumplimiento o faltas por parte de la entidad bancaria, y materializar sus derechos.

(vi) Por último, debe exigir que las respuestas a sus solicitudes o servicios se lleven a cabo de manera oportuna, pues este debe ser el primer interesado en que sus peticiones o quejas se tramiten con la mayor celeridad posible dentro de los términos legales.

2.2.2.5 Deberes de las entidades vigiladas

El estatuto del consumidor financiero contiene en su artículo 7, un listado de deberes a los que están obligadas las entidades vigiladas, que conjuntamente con las prácticas propias de los consumidores financieros, permiten materializar a cabalidad los derechos de estos últimos.

(i) La entidad debe brindar información al consumidor sobre el papel del Defensor del Consumidor Financiero, de acuerdo con los parámetros establecidos por la Superintendencia Financiera; de manera que le permita al consumidor conocer esta instancia para la presentación de quejas, el desempeño del defensor en las conciliaciones,

y su labor como vocero del consumidor en cada entidad (Superintendencia Financiera, 2020).

(ii) Entregar el producto financiero o prestar el servicio adecuadamente, de acuerdo con las estipulaciones suscritas en el contrato, así como también la utilización de esquemas de seguridad. Esta obligación encuentra su fundamento en dos derechos del consumidor; el primero se evidencia en el numeral 1 del listado de derechos de la Ley 1328 de 2009 y el segundo se encuentra en el numeral 4 del artículo 3 de la Ley 1480 de 2011, nombrados con anterioridad.

(iii) Brindar información y publicidad verídica, transparente, pertinente y clara sobre sus productos y servicios, esto hace referencia a que, si bien la entidad financiera se encuentra en un plano de libertad para pronunciar un servicio o producto, esta libertad presenta un límite legal, esto es, la publicidad no puede ser desleal o abusiva (Celi, 2015).

(iv) Contar con un Sistema de Atención al Consumidor financiero, bajo los términos de la ley, decretos e instrucciones de la Superintendencia Financiera. De esta forma, la entidad bancaria implementa diversos manuales vinculados con la metodología de la implementación de la atención y protección del consumidor financiero, de manera que, cada entidad despliega los mecanismos que considere prudentes para la atención de sus consumidores (Jiménez, 2014).

(v) No incidir en abusos contractuales o prácticas que conlleven a un desequilibrio contractual, reflejando a la entidad financiera en posición dominante, puesto que la presencia de dichas cláusulas en los contratos restringe los derechos del consumidor financiero aprovechándose de su falta de educación financiera (Gómez, 2016).

(vi) Realizar contratos claros con sus respectivos anexos a disposición del consumidor, el cual también deberá contar con los documentos de la relación contractual y su información

pertinente, de manera que en los contratos de adhesión realizados entre el consumidor financiero y la entidad bancaria deben disponer el “contenido y alcance de las obligaciones” (Padilla & Zafra, 2017).

(vii) Contenerse de realizar cobros no pactados o conocidos previamente al consumidor financiero en virtud de las disposiciones legales, y facilitarle a éste los comprobantes de las diversas transacciones realizadas por alguno de los medios ofrecidos por la entidad de crédito. La guarda de los comprobantes estará gobernada por las normas en la materia. Esto hace referencia, a que la entidad bancaria, no puede hacer modificaciones unilateralmente relacionadas con la tarjeta de crédito, o los costos asociados a ella, sin previa notificación al consumidor o titular de la misma, esto lo debe realizar por el medio que el consumidor puso a su disposición (Superintendencia Financiera, 2016).

(ix) Inhibirse de hacer cobros de gastos de cobranza prejudiciales sin mediar una actividad y sin haber informado al consumidor el valor del mismos, los cobros deben realizarse de manera oportuna y respetuosa. De esta forma, las entidades de crédito no podrán efectuar cobros de gastos de cobranza de forma automática, esto es, inmediatamente se incurre en mora sin que medie una gestión que procure el recaudo efectivo de la obligación (Superintendencia Financiera, 2008).

(x) Reservar la información del consumidor de acuerdo a las normas correspondientes. Según la Corte Constitucional en Sentencia C-1011 de 2008, el Habeas Data financiero confiere al consumidor el control de la información recopilada en la entidad bancaria, la cual debe preservar los intereses del consumidor titular de la información ante un posible abuso de poder informático, que pueden ejercer las centrales de información financiera que ejecutan el cálculo del riesgo crediticio.

(xi) Certificar el estado y condiciones de los productos en determinada fecha, cuando el consumidor los solicite. Esto es, el deber de posibilitar al consumidor cuando necesite acudir a la entidad en busca de información sobre el estado del producto que adquirió y así estar informado de la relación contractual y de las obligaciones de la misma.

(xii) Asistir y contestar de manera oportuna las quejas, reclamos y peticiones que presente el consumidor, ello bajo la observancia de los procedimientos y disposiciones consagrados en las normas. De manera que la entidad de crédito, en la solución de las peticiones debe velar por la observancia de los preceptos normativos (Ley 1755 de 2015) y jurisprudenciales. Todo ello en aras de proteger los derechos fundamentales de los consumidores financieros. Este mecanismo permite la interacción entre usuario, cliente o cliente potencial y la entidad de crédito. Puede ser presentada ante la entidad de manera escrita o verbal, o ante el Defensor del Consumidor o la Superintendencia Financiera (Arcos & Robayo, 2016).

(xiii) Proporcionar todo tipo de recursos (humanos, físicos y tecnológicos) en aras de que en las instalaciones de la entidad de crédito se brinde una correcta atención al consumidor financiero. Así, la atención al consumidor se da de manera amplia, para que la misma se ejecute eficazmente, y el consumidor pueda encontrar los recursos para materializar sus necesidades.

(xiv) Permitir que el consumidor acceda a información de manera gratuita por los canales establecidos por la entidad. En virtud de que el consumidor pueda mantenerse informado respecto de los productos y/o servicios que adquiera con la entidad.

(xv) Poseer una página de internet que contenga un enlace que dirija a la página de la Superintendencia Financiera en lo relativo al consumidor financiero. Esta herramienta

permitirá al consumidor conocer sus derechos, garantías y mecanismos ante los cuales puede acudir, de manera más práctica.

(xvi) Informar a la Superintendencia Financiera bajo sus lineamientos el valor de los productos y servicios que se brinden de manera masiva. Dicha información debe ser permanente y estar en cada instalación de la entidad de crédito. Esto, en razón a la aplicación del principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna; las entidades de crédito tienen completa autonomía para definir dichos precios sujetándose a las disposiciones legales, respetando la libre competencia (Decreto 2555, 2010, art 2.35.4.1.1)

(xvii) Comunicar al consumidor financiero en el plazo legal determinado y por el debido canal, antes de la realización de la operación, los costos de la misma si los hay, y que así el consumidor elija si realizarla o no. Ello contribuye a que este tome una decisión informada. Sin embargo, la entidad de crédito no podrá modificar dichos costos una vez sean expuestos al consumidor (Superintendencia Financiera, 2014).

(xviii) Contar con los recursos electrónicos y medios adecuados que proporcionen seguridad a las transacciones, información confidencial y a las redes que la contengan. Todo ello para garantizar la integridad y confidencialidad de dichas operaciones que brinde confianza en la entidad financiera (Superintendencia Financiera, 2014). De igual manera, la entidad de crédito siguiendo las directrices de la Superintendencia Financiera, debe desarrollar políticas y criterios en torno a la seguridad de la información, conducida por medio de los canales para la realización de transacciones (Ortiz, 2018)

(xix) Cooperar de manera pertinente y adecuada con el Defensor del Consumidor Financiero, las autoridades judiciales y administrativas y los organismos de autorregulación en la compilación de la información y la adquisición de pruebas cuando éstas se requieren

como evidencia de la constitución de un hecho punible (fraude, hurto, o conductas similares). Esta obligación comprende una cooperación interinstitucional, de manera que la entidad de crédito tiene la carga de la prueba que evidencia la constitución del hecho punible, así, según la Superintendencia Financiera (2014) sería una práctica abusiva invertir la carga de la prueba en contra del consumidor financiero, esto se traduce igualmente en la obligación de no prever cláusulas contractuales que inviertan la carga de la prueba y eximan de responsabilidad a la entidad de crédito.

(xx) No solicitar al consumidor información que ya esté bajo la custodia de la entidad a menos de que se requiera su actualización. Lo cual supone que la información que posee la entidad de crédito del consumidor financiero, no debe ser requerida a este a menos de que sea realmente pertinente u obedezca a actualizaciones de datos.

(xxi) Educar financieramente al consumidor sobre sus productos y servicios, los derechos y deberes que emanen de ello, mecanismos para su protección, de acuerdo a las instrucciones de la Superintendencia Financiera. Esto hace referencia a que las políticas de la entidad de crédito deben comprender un proceso de aprendizaje, de manera que, los consumidores o usuarios financieros puedan determinar sus derechos y obligaciones para comprender los mecanismos jurídicos que detenta frente a un supuesto que lesione sus derechos (Muñoz & Sarmiento, 2016).

2.3 Instancias de protección al consumidor financiero

El consumidor financiero, cuenta con una serie de instancias donde puede informar sus necesidades o inconformidades en la prestación de un servicio y en la adquisición de un producto.

Ello encuentra fundamento constitucional, toda vez que la Carta Política en el artículo 78, define que la ley es la encargada de reglamentar el control de calidad de bienes y servicios

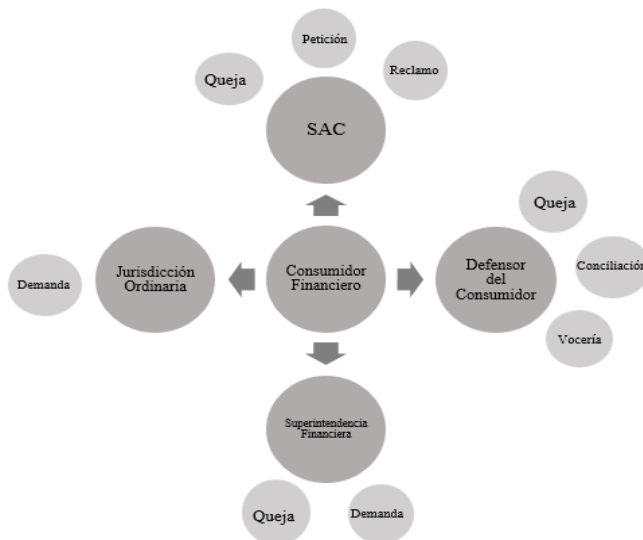
prestados a la comunidad. De manera que la legislación colombiana a través de las diferentes Leyes (Ley 1328 de 2009 y la 1480 de 2011) y las circulares reconoce la implementación de 4 mecanismos, a los cuales el consumidor puede acudir en aras de materializar sus derechos y garantías cuando estos se ven vulnerados.

De manera que, la ley faculta al consumidor financiero para que, de acuerdo a sus necesidades y a sus intereses, acuda al medio que considere más idóneo, sin embargo, es menester mencionar que algunas instancias contemplan requisitos de procedibilidad, que este debe tener en cuenta.

En tal sentido, ante un supuesto de transgresión de un derecho o garantía, o un evento de desequilibrio contractual, el consumidor financiero puede acudir: (i) ante la entidad vigilada con quien contrato; (ii) el Defensor del Consumidor Financiero; (iii) la Superintendencia Financiera, en el trámite de quejas (función administrativa), e interposición de demandas (función jurisdiccional); y (iv) ante la jurisdicción ordinaria.

2.3.1 Figura 2

Instancias de atención al consumidor financiero



Nota: Canales y medios de atención a los que puede apelar el consumidor financiero en aras de amparar sus garantías Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. 15 de julio de 2009. DO. N° 47.411; Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones. 12 octubre de 2001. DO. N° 48.220

2.3.2 El Sistema de Atención al Consumidor Financiero

En virtud de la Ley 1328 de 2009, nace el Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC), que supone su implementación obligatoria en cada entidad vigilada. Este, según la Circular Externa 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera, se consolida como una estructura de protección al consumidor en la medida en que busca afianzar una formación de atención, servicio y respeto, adoptando métodos para suministrar información, así como también busca fortalecer las operaciones de atención de quejas, reclamos y peticiones en procura del amparo de los derechos de los consumidores financieros.

El SAC debe operar a través de; (i) estrategias, monitoreo y mecanismos que busquen la protección completa del consumidor financiero; (ii) instrumentos que materialicen y permitan el alcance de los principios, derechos y obligaciones del mismo; (iii) mecanismos para proporcionar la información; y (iv) el trámite para la atención de quejas, reclamos o peticiones (Superintendencia Financiera, 2010).

Ello significa entonces, que las entidades tienen la responsabilidad de desarrollar políticas para acercarse a los consumidores, comprendiendo sus necesidades y verificando la seguridad en los procedimientos, de igual forma estas deben ofrecer educación financiera de manera que los consumidores obtengan sus productos informada y responsablemente (Superintendencia Financiera, 2017).

Lo anterior desarrollado en el marco del postulado de la debida diligencia asegurando a este tipo de consumidores, los recursos físicos, humanos y tecnológicos en sus operaciones. Es oportuno mencionar que el SAC debe estar en consonancia con la estructura, objeto social, tamaño y condiciones características de cada establecimiento de crédito, de manera que podrá fundamentarse con determinados métodos tendientes a la tutela del riesgo inherente al curso de la actividad financiera (Ortiz, 2018).

Ahora bien, respecto al trámite, el consumidor acude a la entidad a través de una reclamación, queja o petición, cuyo contenido está regulado por la Ley 1755 de 2015. Cada entidad dentro de su SAC, debe establecer un término de contestación que no supere los 15 días posteriores a su recibimiento, de manera que ésta en el despliegue de sus operaciones establece un procedimiento dentro del marco de la Ley (Ortiz, 2018).

Conforme lo establece la Circular 052 de 2015, las entidades vigiladas cuando recepcionen una queja directamente deben atenderla en forma apropiada de acuerdo con los procedimientos establecidos en el SAC, empero la Superintendencia Financiera tiene el derecho de revisar dicho actuar. Igualmente, estas entidades pueden si así lo consideran de manera exclusiva en el proceso de quejas, clasificar las mismas para procurar la efectividad.

2.3.3 Defensor del Consumidor Financiero

El Defensor del Consumidor Financiero actúa de manera independiente en materia de los derechos del consumidor financiero, siendo así vocero de los mismos y contando con facultades de conciliador, a través de las cuales resuelve las quejas. De igual manera, este puede realizar recomendaciones a las entidades vigiladas sobre sus productos y servicios financieros en procura de su mejora, así como también puede proponer a la Superintendencia Financiera modificaciones normativas para una mayor protección a los consumidores.

Esta figura resulta importante en las entidades, toda vez que permite entablar una relación de confianza entre estas y el consumidor, en tal sentido el defensor es quien conoce efectivamente las necesidades de este último (Superintendencia financiera, 2013).

Significa entonces, que el Defensor posibilita una protección completa y superior a los derechos del consumidor financiero, además de ello “facilita el monitoreo de procesos y procedimientos por parte de la entidad vigilada” (Ortiz, 2018, p 24)

Para la Corte Constitucional en sentencia C-1150 de 2003 el Defensor se constituye como un puente entre las entidades y los usuarios por tal razón su campo de acción se restringe a los servicios prestados por cada entidad. Este no podrá establecer sanciones, perjuicios o indemnizaciones salvo aquellas estipuladas en la ley.

Ahora, el consumidor financiero puede acudir ante esta figura comunicándose con el mismo, solicitando su atención, presentando una queja, solicitando una conciliación o solicitando su vocería, esto a través de un correo electrónico, dirigiéndose a la dirección física del defensor (la Superintendencia cuenta con un listado de defensores correspondientes a cada entidad) o en las oficinas de las entidades vigiladas (Superintendencia Financiera, 2020)

En lo referente al procedimiento, el consumidor financiero interpone una queja ante el Defensor del Consumidor y éste posterior a su recibimiento evalúa la competencia en un término máximo de tres días, si no fuere de su competencia, lo notificará. Una vez la queja es admitida, el Defensor informa a cerca de la posibilidad de llevar a cabo la conciliación antes de que este tome una decisión, una vez es trasladada la queja a la entidad, esta tiene ocho días hábiles para responder, los cuales podrán ser prorrogables a solicitud de la misma y según el juicio del Defensor. Recibidos los argumentos de la entidad vigilada, el Defensor evalúa el contenido y toma una decisión, la cual se comunicará a las partes por escrito (Superintendencia Financiera, 2020)

Las decisiones de este serán de obligatorio cumplimiento solamente si los consumidores y las entidades lo acuerdan previamente de manera expresa y si las entidades lo prevén en sus reglamentos, lo cual no es frecuente. Es menester precisar que si el consumidor financiero no está de acuerdo con la decisión puede acudir a las instancias administrativas y judiciales que considere a su juicio, de manera que podría en determinado escenario formular una

queja, o interponer una demanda ante la SFC o la jurisdicción ordinaria (Superintendencia Financiera, 2020).

Por otro lado, en cuanto a las conciliaciones realizadas por el Defensor, si las partes (a saberse consumidor financiero y entidad vigilada) llegan a un acuerdo total o parcial, el Defensor bajo la facultad que le otorga la Ley 640 de 2001, tiene la facultad de expedir un acta de conciliación que presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada.

2.3.4 Procedimiento ante la Superintendencia Financiera

La Superintendencia Financiera contempla como uno de sus propósitos la protección de los derechos de los consumidores financieros, de manera que, cumple una misión importante como ente de control frente a las entidades vigiladas. Por medio del Decreto 1848 de 2016 se le reconoce la competencia para recibir tanto quejas como demandas presentadas por los consumidores financieros.

2.3.4.1 Quejas ante la Superintendencia Financiera

El decreto anteriormente nombrado en su artículo 11.2.1.4.12 señala que la función de la atención y resolución de reclamaciones y quejas presentadas con relación de las entidades vigiladas, es propia de la dirección de protección al consumidor financiero.

De manera que la Superintendencia Financiera establece diversos canales para la admisión de reclamaciones, solicitudes o quejas; cuenta así tanto con un espacio presencial como virtual. La recepción de las peticiones presenta dos objetivos, el primero de ellos comprende la supervisión de los actos de las entidades financieras, y el segundo de ellos funge como impedimento para que las mencionadas actuaciones se conviertan en prácticas generales, que eventualmente afecten el sistema financiero.

Es menester mencionar que el consumidor financiero no necesita acudir primero ante la entidad vigilada para acudir a este ente de control, exceptuando los supuestos de habeas

data. De igual manera, este órgano de control no le es posible recibir las quejas interpuestas por la prestación de servicios o productos que no estén bajo su radio de vigilancia, control e inspección.

2.3.4.2 Procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Financiera.

En virtud de la Ley 1480 de 2011, los consumidores financieros pueden interponer una acción de protección al consumidor financiero ante la Superintendencia Financiera autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales. Esta acción es un instrumento para la defensa de los consumidores financieros, toda vez que permite en virtud de las disposiciones legales una decisión por parte de la autoridad sobre los conflictos presentados entre el consumidor financiero y la entidad.

Las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera le permiten emitir un fallo en Derecho, de naturaleza definitiva y con las aptitudes propias de un juez; el consumidor inicia este proceso a través de una demanda la cual solamente puede estar relacionada con el cumplimiento de las obligaciones contractuales, de manera que quedan fuera del ámbito de este órgano los temas respecto a procesos ejecutivos o pago de deudas; Además, la Superintendencia ha establecido, que son de su competencia también las controversias suscitadas en la etapa precontractual.

Respecto al tiempo en el que se puede interponer esta acción, según el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, el consumidor posee de un año a partir de la terminación del contrato con la entidad vigilada.

Como se mencionó anteriormente, el consumidor inicia con una demanda ante la S.F.C (o si lo quiere ante juez ordinario), como requisito de procedibilidad debe existir previamente una reclamación a la entidad vigilada y junto con su respuesta deben anexarse a la demanda. Es importante resaltar que este proceso se desarrolla según las disposiciones de

la Ley 1564 de 2012 y si se está frente a una cuantía mínima, la demanda no requiere abogado y puede ser verbal.

2.3.5 Procedimiento ante la jurisdicción ordinaria

Conforme a la Ley 1480 de 2011 el consumidor financiero, puede interponer un medio de control de protección de derechos colectivos, un medio de control de reparación de perjuicio por vulneración a derechos colectivos o una acción de protección al consumidor financiero, esta última como se mencionó anteriormente puede ser también conocida por la Superintendencia Financiera. Cualquiera de estas acciones puede ser formulada ante el juzgado correspondiente y seguir a las disposiciones de la Ley 1564 de 2012. El proceso puede terminar con sentencia o auto y procede el recurso de apelación, siempre y cuando sean de menor y mayor cuantía.

En síntesis, cuando el consumidor financiero quiera poner en conocimiento una situación frente a las operaciones de tarjetas de crédito, está facultado para presentar una petición, reclamo o solicitud ante la entidad de crédito o el Defensor del Consumidor Financiero, también ante la Superintendencia Financiera por medio del trámite de quejas. Por otro lado, si este quiere comprobar la responsabilidad en las operaciones de un producto por medio de una demanda puede optar por la función jurisdiccional de la Superintendencia Financiera o los jueces ordinarios (Ortiz, 2018).

2.4 Conclusiones del capítulo

Todo lo anterior permite comprender que el consumidor al encontrarse en un estado desfavorable en las relaciones contractuales que establece con las entidades financieras, al tener estas una posición dominante, es sujeto de especial protección por el Sistema Financiero, de manera que resulta imperioso regular a cabalidad sus garantías de forma tal

que esta desigualdad disminuya y este cuente con una serie de recursos e instancias que puede desplegar en el escenario donde compruebe que sus derechos han sido vulnerados.

Así, dentro del tráfico financiero, el consumidor si bien cuenta con una serie de derechos es necesario que él mismo, contribuya a su protección, por tal razón la ley ha establecido unos deberes que funcionan como límites a este, de manera que ante la presentación de un supuesto que ponga en peligro el desarrollo de sus actividades financieras, el consumidor debe atender estos deberes.

Ahora, si por el contrario es evidente una materialización del mismo en donde este genere una vulneración, este debe acudir a los diferentes mecanismos otorgados por la Ley para contrarrestar el supuesto o prevenirlo si es el caso.

Teniendo esto presente, resulta ineludible abordar la presencia de un supuesto que pone en riesgo al consumidor como lo es el fraude en las tarjetas de crédito, el cual compromete la seguridad, los derechos y los deberes del consumidor. Así, el consumidor haciendo uso de su derecho de acción, puede activar el aparato judicial a través de la función jurisdiccional de la Superintendencia Financiera, ello en aras de solucionar su situación a través de la endilgación de responsabilidad, la cual se abordará en el capítulo posterior.

CAPÍTULO III

FRAUDE DE TARJETAS DE CRÉDITO

Eventualmente el consumidor financiero participa en el mercado adquiriendo bienes y servicios a través de la tarjeta de crédito, instrumento de pago con el cual interactúa frente a entidades bancarias y establecimientos de crédito; en este sentido dicho instrumento contempla una serie de obligaciones que los intervinientes en la relación contractual deben cumplir para lograr el despliegue adecuado de la compra o adquisición de bienes y servicios, ello dado el riesgo al que se enfrentan al momento de realizar las transacciones con el instrumento de pago como lo es el fraude. Es por ello, que de no cumplirse a cabalidad dichas obligaciones, surge la posibilidad de adjudicar una responsabilidad contractual al interviniente que infringe dichos lineamientos.

3.1 Generalidades del contrato de apertura de crédito

El contrato de apertura de crédito es un acuerdo por medio del cual un establecimiento de crédito adquiere la obligación de poner a disposición del consumidor una suma de dinero determinada dentro de un plazo establecido, ello a través de un plástico denominado tarjeta de crédito (Correa, et al., 2010).

Dicha suma de dinero constituye el centro del contrato y el inicio de las obligaciones en cabeza del acreditado, de esta forma el objeto del acuerdo es la disponibilidad del mismo, es decir el derecho que tiene el tarjetahabiente de requerir al acreditante el cumplimiento de la prestación cuando este así lo requiera (Superintendencia Financiera, 1999).

Según el artículo 1401 del Código de Comercio, este contrato puede contener dos tipos de disponibilidades, una simple y otra rotatoria. La primera se refiere a que la utilización del monto establecido extingue la obligación del establecimiento bancario. En cuanto a la segunda, le permite al consumidor realizar reembolsos durante la vigencia del contrato.

Es entonces, en virtud del contrato de apertura de crédito rotativo que las entidades bancarias emiten las tarjetas de crédito, pues a través de este plástico se permite la utilización de un determinado cupo el cual puede ser destinado a avances en efectivo, es decir, el consumidor financiero puede adquirir sumas de dinero en efectivo con cargo al cupo otorgado y puede realizar pagos por la adquisición de bienes y servicios (Briceño & León, 2017). De esta forma, el presente capítulo se centrará en el contrato de apertura de crédito rotativo de emisión de tarjeta de crédito.

3.1.1 Características del contrato de apertura de crédito rotativo de emisión de tarjeta

Son inherentes a este contrato varias características, entre las cuales, según Correa, Vergara y Galeano (2010) encontramos las siguientes:

(i) Es un contrato tipo, esto desde la óptica del emisor, de manera que funciona preestablecidamente para todos los posibles clientes, pues existe una contratación en masa y estos no tienen la posibilidad de negociación muy amplia.

(ii) Es un contrato de adhesión, esto es que la entidad emisora pre establece el contenido del mismo inadmitiendo un posible debate. Este tipo de contrato contiene una obligación precontractual en cabeza de la entidad emisora, donde esta debe informar al futuro cliente todas las condiciones del negocio. Para el consumidor es relevante la información dada por la entidad, pues esta le permite conocer todas las posibilidades de interactuar en el mercado.

De manera que esta característica, se encuentra íntimamente relacionada con el deber de la entidad de crédito establecido en el literal c de la Ley 1328 de 2009, toda vez que esta tiene el mandato legal de otorgar la información comprensible sobre sus productos y servicios al potencial consumidor financiero. Es necesario comprender también, que, si bien la característica de adhesión le es propia a este contrato, esto no es óbice para que se incurra

en la estipulación de cláusulas abusivas, ello en virtud del literal e de la ley nombrada anteriormente.

(iii) Es un contrato atípico complejo, en cuanto a la atipicidad, no existe una norma específica que reglamente este contrato, pero contempla “una tipicidad social”, esto es el uso de este contrato de manera reiterada en el escenario crediticio. Al ser un contrato complejo y sui generis, las obligaciones que contiene pertenecen a tipos contractuales distintos, pues comprende disposiciones o elementos del tipo contractual de arrendamiento de servicios o elementos de la comisión mercantil.

(iv) Es un contrato sinalagmático, pues es un acuerdo en el cual existe una reciprocidad en las obligaciones. Esto no solo respecto a las obligaciones derivadas del contrato propiamente, sino también de las contenidas en los artículos 6 y 7 de la Ley 1328 de 2009, toda vez que establecen los deberes propios de cada parte contractual.

(v) Es un contrato oneroso, ya que el costo ligado para obedecer el acuerdo es correspondiente al beneficio económico obtenido; de manera que el titular de la tarjeta puede disponer del crédito de varias formas, satisfaciendo a la entidad de crédito a través de las comisiones por la utilización del plástico.

(vi) Es un contrato personalísimo, puesto que a la entidad de crédito le es relevante el acreditado por su solvencia económica, en este sentido el contrato se celebra con el cliente que contemple todas las garantías que permitan respaldar sus obligaciones. Esta característica encuentra relevancia también en cuanto al límite del crédito otorgado, pues este responde únicamente a la capacidad económica del titular.

(vii) Es un contrato de ejecución continuada, bajo el entendido en que este no se consuma en una sola prestación, la relación que surge es indefinida, no obstante, el plástico tiene impreso un ciclo de eficacia que una vez agotado no permite el uso de la tarjeta.

Por su parte Briceño & León (2017) disponen otras dos características, estas son:

(viii) Es un contrato solemne, bajo lo preceptuado en el artículo 1402 del código de comercio, pues se establece que este tipo de contrato deberá suscribirse por escrito y comprender la cuantía del crédito; esta característica encuentra sustento en el literal f del artículo 7 de la Ley 1328 de 2009, que dispone la directriz de realización del contrato como deber de la entidad, de igual manera el artículo 6 literal d de la citada ley determina como deber del consumidor atender y revisar diligentemente el contenido del contrato.

(ix) Es un contrato de carácter profesional, porque las entidades bancarias cuentan con obligaciones propias de quienes desempeñan de manera frecuente la manipulación de recursos captados del público, dada su influencia en la economía nacional.

3.1.2 Obligaciones del contrato de apertura de crédito rotativo de emisión de tarjeta

En virtud de este contrato surgen dos principales obligaciones. En cabeza del acreditante está la disponibilidad del dinero de conformidad con el tiempo estipulado en el contrato y la cuantía. En cabeza del acreditado nacen dos: (i) la cancelación de los intereses, entendidos como los frutos civiles por la utilización del dinero y (ii) la cancelación de la comisión, comprendida como la remuneración que resulta de dicha disponibilidad (Briceño & León, 2017).

Respecto a estas obligaciones generales, la Circular Básica Jurídica 029 de 2014, establece en su artículo 2.3.4.12.: (i) implementar e identificar las operaciones, observaciones y medidas de seguridad elementales para la emisión, transporte, admisión, resguardo, traspaso, devolución y destrucción de las tarjetas de crédito. Debiéndose establecer un límite temporal máximo de permanencia de las tarjetas en las anteriores etapas; (ii) codificar los datos de los clientes dirigidos a proveedores y fabricantes de tarjetas, manteniendo la reserva de dichos datos; (iii) asistir porque en los centros de operación en los que se realicen

procesos como realce, estampado, gravado, magnetización de las tarjetas e impresión sobreflex sostengan controles, procedimientos y medidas de seguridad tendientes a impedir que la información sea manipulada con una finalidad diferente a la fabricación del plástico; (iv) vigilar porque en los centros donde se realicen los procesos mencionados en el numeral anterior, se lleven a cabo técnicas y controles que aseguren la destrucción de las tarjetas que no sobrepasen los controles de calidad determinados para su fabricación, así como los datos de los clientes utilizados durante este proceso; (v) determinar en los convenios suscritos con los establecimientos de comercio la obligación de comprobar la firma y requerir la presentación del documento de identidad del cliente; (vi) emitir tarjetas individualizadas que comprendan como mínimo el nombre del cliente, la referencia si es crédito o débito, nombre de quien emite la tarjeta, fecha de expiración, área para la firma del cliente y número telefónico de la atención al cliente; (vii) cuando le es entregada la tarjeta al usuario debe estar inactiva. Las entidades están obligadas a determinar un procedimiento adecuado para la activación, este debe contener por lo menos 2 de 3 elementos de autenticación. La tarjeta se entregará únicamente al cliente o al autorizado por este; y (viii) proporcionar a los clientes tarjetas que manipulen internamente herramientas solidas de autenticación, siempre y cuando los cupos aprobados sobrepasen los 2 SMLMV. Estas tarjetas deben ocuparse sin distinción para efectuar operaciones en cajeros automáticos y puntos de pago.

Ahora, este contrato observa respecto a la seguridad en cabeza del establecimiento de crédito, las siguientes precisiones; (i) poner a disposición del tarjetahabiente medios adecuados de comunicación que permitan notificar el supuesto de fraude; (ii) la entidad debe bloquear la tarjeta una vez le sea notificado el anterior supuesto; (iii) comprobar la regularidad de los pagos realizados por el tarjetahabiente, teniendo en cuenta el perfil

transaccional del mismo; y (iv) facilitar el extracto de los pagos realizados por el consumidor con la tarjeta, de manera que este pueda revisar su regularidad (Rendón, 2007). Por otro lado, frente al consumidor en virtud de los contratos de algunos establecimientos de crédito (BBVA, Davivienda, Banco de Bogotá, entre otros), éste tiene la obligación de: (i) usar responsable y diligentemente la tarjeta de crédito; (ii) en caso de hurto o fraude avisar inmediatamente al establecimiento de crédito; (iii) interponer una denuncia, en lo respectivo al fraude o al hurto, y ; (iv) bajo el concepto de Mariño (2003), el tarjetahabiente debe comprobar que su extracto bancario no presente alguna irregularidad y en caso de haberla objetarla.

3.2 Franquicias de tarjetas de crédito

Desde una noción general el contrato atípico de franquicia posibilita a una persona denominada franquiciante, a otorgar a otra denominada franquiciado el derecho del uso sobre su marca o imagen, ello por medio de la transmisión de tecnología y “know how”. Así, la ejecución de este negocio engloba la transmisión de información técnica a cambio de un pago o contraprestación recibida por el franquiciante (Caita, et al, 2012).

Ahora, en términos de Mariño (2003), el contrato de franquicia de tarjetas de crédito es aquel por medio del cual, la entidad que ostenta el dominio de la marca de la tarjeta de crédito (Diners, Visa, MasterCard, etc...) cede la utilización de su marca a la entidad bancaria o financiera, así como también el uso del sistema de operaciones manteniendo su administración.

En términos generales, este contrato comprende no solo el uso de la marca, sino también la posibilidad de emplear el sistema de organización, tecnología y método de implantación de la entidad financiera; comprendiendo así la obligación de pagar un determinado precio por ello, obedeciendo las instrucciones y condiciones marco de la franquicia.

3.2.1 Obligaciones del contrato de franquicia de tarjeta de crédito

Frente a las obligaciones que surgen para las partes partícipes del contrato de franquicia, se encuentran las siguientes de manera genérica, en cuanto al franquiciante: (i) asegurar una ayuda técnica completa al franquiciado, lo que supone la instrucción a los empleados del franquiciado comprendidos en la ejecución; (ii) poner a disposición del franquiciado la inteligencia “know-how” de la franquicia; (iii) proporcionar una guía al franquiciado del ejercicio del contrato.

Por otra parte, el franquiciado tiene la obligación de: (i) obedecer rigurosamente los procedimientos comunicados por el franquiciante; (ii) preservar los lineamientos de calidad otorgados por el franquiciante; (iii) realizar la contraprestación correspondiente al franquiciante.

3.3 Tarjetas de crédito

En principio, la tarjeta de crédito como instrumento de pago, es concebida por la doctrina como aquel documento que permite al consumidor realizar pagos o cumplir con las obligaciones monetarias frente a determinados establecimientos de comercio, así como también adquirir dinero de cajeros automáticos (Mariño, 2003).

Para Núñez (1996), este es un documento intransmisible en donde el titular puede ejercer el derecho de confiar al emisor el pago de deudas que contraiga, derivados de las prestaciones de los establecimientos de comercio.

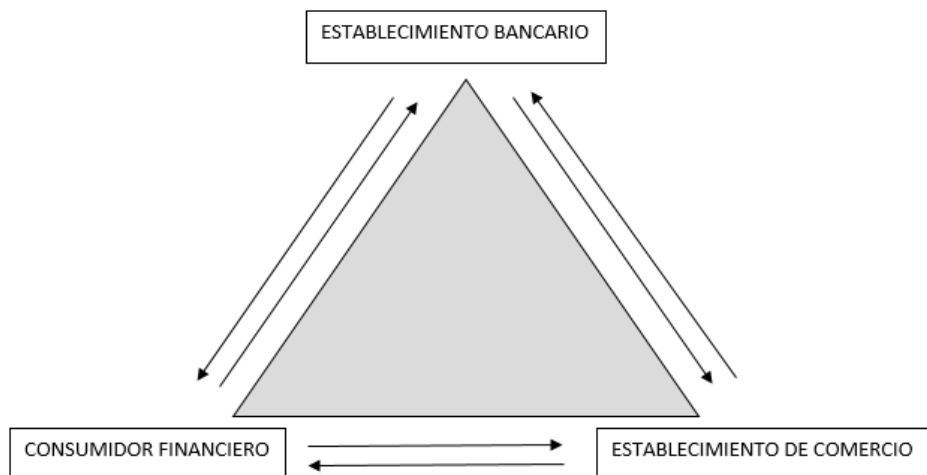
De esta forma, puede ser observada como aquel instrumento que posibilita el uso de un crédito otorgado por un establecimiento de crédito para la adquisición de bienes y servicios, concretamente es un plástico grabado con la información del titular. A esta está integrada una cinta magnética o chip cuya función es la verificación y control de los datos por parte de la entidad de crédito y el establecimiento de comercio (Rodríguez, 2002).

Este instrumento de pago, como se observa en la figura 1, comprende una relación múltiple, en donde se da la interacción de varios agentes, encontrándose así una entidad emisora, un usuario o titular (consumidor financiero) y un establecimiento afiliado al sistema. En cuanto al emisor es este quien asume la administración y la instauración de este sistema, pues su papel es fundamental e imprescindible.

El usuario es el titular de la tarjeta, quien utiliza el crédito autorizado como instrumento de pago en los establecimientos afiliados. Por último, el establecimiento afiliado es quien incluye en su cartera de clientes a aquellos usuarios que tienen dicho instrumento de pago de determinada entidad emisora (Correa, et al., 2010).

3.3.1 Figura 1

Relación plurilateral derivada de la tarjeta de crédito



Nota: Correlación entre los extremos participantes en la relación originaria del uso de la tarjeta de crédito.

Es así, como la tarjeta de crédito a lo largo de los años se ha transformado en una herramienta indispensable dentro del mercado para la realización de intercambio de bienes y servicios, la doctrina ha considerado que este instrumento de pago hace parte de la tercera etapa en el

progreso de los instrumentos de pago, después del dinero y de los títulos valores (Mariño, 2003).

3.3.2 Clases de tarjeta de crédito

Si bien no es posible contemplar una clasificación uniforme frente a las tarjetas de crédito, varios sectores de la doctrina han establecido diferentes clasificaciones, en las cuales podemos encontrar las siguientes.

Para Rodrigo Muguillo (2004), existen seis categorías de tarjetas de crédito: (i) según el crédito concedido y la modalidad de pago: (a) tarjetas de crédito de pago inmediato, en estas se debe remunerar el crédito en una fecha específica prevista; (b) tarjetas de crédito en stricto sensu, estas permiten utilizar la suma total del crédito, siempre y cuando se haya realizado un pago total o parcial al crédito; y (c) tarjeta de crédito combinada, las cuales integran componentes de varios sistemas.

(ii) Según la entidad emisora: (a) bancarias, las cuales son otorgadas por una entidad bancaria; y (b) no bancarias, las emitidas por diversas entidades financieras diferentes a un banco.

(iii) Según su objeto: (a) universales o múltiples, estas permiten al consumidor, adquirir todo tipo de bienes y servicios; y (b) tarjetas que permiten adquirir uno o varios bienes determinados.

(iv) Según su ámbito territorial; (a) internacionales, estas pueden ser utilizadas en cualquier parte del mundo, siempre y cuando existan establecimientos afiliados; (b) nacionales, son aquellas que solo pueden ser utilizadas dentro del país de origen; y (c) locales, aquellas de las cuales se puede hacer uso en una determinada localidad.

(v) Según su duración: (a) limitadas, las cuales pueden ser utilizadas en un determinado lapso, el cual una vez finalizado puede ser renovado realizando el pago; y (b) ilimitadas, estas no se encuentran sujetas a ningún término.

(vi) Según el monto: (a) limitadas, estas se encuentran sometidas a una determinada suma la cual en su utilización no puede ser superada; y (b) ilimitadas, no existe una suma máxima para la utilización del crédito.

Surge como complemento a la clasificación anterior, las siguientes categorías esbozadas por Bernardo Pérez Fernández (1980).

(i) Según el crédito que conceden, pueden ser de dos clases: (a) pago al finalizar el mes y (b) tarjetas de verdadero crédito, estas admiten el pago a 30, 60 o 90 días.

(ii) Según la naturaleza jurídica de la relación pueden ser: (a) mercantil, esto es cuando es remitida por una entidad de crédito; y (b) civil, cuando son remitidas por una compañía o particular.

3.3.3 Funciones de la tarjeta de crédito

El funcionamiento de este instrumento de pago, se desarrolla en virtud de las partes, de esta forma: (i) el emisor hace un análisis de solvencia del potencial usuario para así determinar la emisión del plástico; (ii) una vez el usuario adquiere la tarjeta este puede obtener bienes y convenir servicios mediante la presentación de la tarjeta y la firma en la factura presentada por el establecimiento de comercio; (iii) el emisor le debe enviar periódicamente la liquidación de todos los gastos realizados durante el ciclo; (iv) el usuario deberá pagar dicha liquidación dentro de un término estipulado; (v) el establecimiento de comercio además de exigir la presentación de la tarjeta de crédito para la cancelación del producto o servicio, deberá verificar la información del titular; y por último (vi) el establecimiento hará envío

al emisor de la factura resultante de las compras efectuadas por el usuario (Correa, et al., 2010).

En este mismo panorama, según Muñoz (2014) en cuanto al funcionamiento en el mercado de este instrumento de pago, se tienen en cuenta cuatro particularidades: (i) existen dos posiciones en el mercado, el tarjetahabiente, quien adquiere el producto utilizando el crédito y el establecimiento cuyo propósito es vender determinado producto o servicio, para este último es imperante buscar clientes, de manera que la adopción de este sistema de pago resulta un atractivo para el incremento de las rentas; (ii) el instrumento tecnológico por instrumento del cual se realiza la transacción se presenta como un escenario donde ambos agentes convergen; (iii) tanto los establecimientos como los tarjetahabientes ingresan a estas plataformas, a través del emisor (para el caso del consumidor financiero); y (iv) el emisor cobra un monto adicional al tarjetahabiente por el servicio prestado.

3.4 Fraude en tarjeta crédito

De manera genérica, el fraude hace referencia a un engaño o simulación que tiene como fin la obtención de un beneficio, comprende así entonces información inválida o distorsionada la cual guía la decisión de la víctima en atención a los intereses del victimario (Galvis, 2017). Podríamos establecer de esta manera, que el fraude es un acto intencional comprendido para defraudar a determinada persona, donde quien lo comete obtiene una ventaja patrimonial y quien lo sufre una pérdida.

Ahora, en cuanto al fraude de tarjetas de crédito este se da a través de la presentación del plástico para la adquisición de productos y servicios en establecimientos afiliados, Mariño (2003) establece dos grandes categorías de fraude en los cuales podemos encontrar (i) uso fraudulento en caso de extravío o sustracción; y (ii) uso fraudulento en caso de falsificación.

A su vez, estas categorías comprenden una clasificación más específica, que se divide en 11 tipos de fraude con tarjeta de crédito (Estupiñan, 2015).

3.4.1 Uso fraudulento en caso de extravío o sustracción

En este el consumidor es víctima de hurto o un extravío en donde la tarjeta luego es utilizada por un tercero.

(i) Tarjeta caliente: Este fraude se realiza con tarjetas de crédito robadas de manera reciente, las cuales no poseen algún bloqueo. Esto es, la tarjeta es utilizada antes de que el consumidor realice los actos de seguridad pertinentes para el bloqueo (Estupiñan, 2015).

(ii) Uso indebido de la tarjeta: Este se presenta ante un uso negligente por parte del tarjetahabiente, realizando prácticas imprudentes que facilitan la realización del fraude (Estupiñan, 2015).

(iii) Cambio de tarjeta por una hurtada o bloqueada: En este el tarjetahabiente o usuario posibilita un acceso simple de la tarjeta a los delincuentes, lo cual permite que esta sea robada y de manera subsiguiente reemplazada por otro plástico diferente, todo esto sin que el usuario advierta ello; de esta forma el usuario, percibe el fraude una vez realizada la transacción (Estupiñan, 2015).

(iv) Autoría del tarjeta habiente: Se produce cuando el tarjetahabiente de manera directa o por instrumento de algún tercero facilita el plástico para la realización de diversas transacciones que posteriormente denunciará, esto es, el dueño del plástico entrega la tarjeta a otra persona con su identificación, dicha persona realiza transacciones en otra ciudad y posteriormente el tarjetahabiente presenta el reclamo frente a la entidad bancaria asegurando que no ha realizado dichas compras (Estupiñan, 2015).

3.4.2 Uso fraudulento en caso de falsificación

En este caso se da una falsificación en la tarjeta de crédito simulando la misma o adulterándola de diferentes maneras.

(v) Aumento fraudulento de cupo: en este tipo de fraude el delincuente aumenta el cupo de la tarjeta de crédito mediante la inscripción de esta en un sistema electrónico; de manera que, puede realizar avances en efectivo por cajero automático, acabando con la suma determinada ilícitamente de manera previa. Una vez sucede esto, el delincuente ingresa nuevamente al sistema electrónico y reduce el cupo de la cuenta a cómo se encontraba de manera inicial (Mariño, 2003).

(vi) Clonación de tarjetas: Este tipo de fraude se realiza a través de la banda magnética o chip que pasa por el datafono, extrayendo su contenido para ser quemada en otra banda o incorporada en el chip de otra tarjeta; después de ello, en lugares de fachada, la tarjeta es utilizada para copiar la información, haciendo así una plaqueta sobre dicha información obtenida, para posteriormente realizar grandes compras (Estupiñan, 2015).

(vii) Tarjeta alterada: Este se realiza modificando la información de la tarjeta de manera total o parcial. Así, los delincuentes al tomar la tarjeta elaboran una cédula falsa y realizan cambios numéricos en la tarjeta, de manera que hacen que la cédula coincida con la tarjeta de crédito y puedan hacer uso de la misma (Mariño, 2003).

(viii) Falsificación integral de la tarjeta: En este, los delincuentes utilizan la tarjeta robada y la copian en otro plástico, haciéndola pasar por auténtica por su similitud en las características (Estupiñan, 2015).

(ix) Comprobantes previamente elaborados: En esta modalidad son impresos los comprobantes con características diferentes de la tarjeta los cuales son distribuidos en diferentes comercios autorizados haciéndose pasar por auténticos (Mariño, 2003).

(x) Falsificación de la banda magnética o chip: Este tipo se observa cuando se utiliza la tarjeta auténtica entregada por la entidad bancaria, pero comprende otra información en la banda magnética o en el chip (Estupiñan, 2015).

(xi) Retiros por cajero automático fraudulento: Este fenómeno sucede cuando los empleados de la entidad bancaria obtienen la información del NIP del cliente y de esta manera acceden a la tarjeta (Mariño, 2003).

3.4.3 Mecanismos de control y seguridad por parte de los establecimientos de crédito

En virtud de la revisión de los diferentes mecanismos de control utilizados por los establecimientos de crédito (Bancolombia, BBVA, Davivienda, entre otros) se puede concluir que los mismos consisten en:

(i) Contar con personal capacitado en seguridad que atienda de manera óptima los supuestos que resulten anormales.

(ii) Contar con cajeros automáticos que cumplan con los lineamientos básicos de seguridad.

(iii) Contemplar un sistema de alertas de seguridad y notificaciones, el cual consista en comunicarle al consumidor financiero, un movimiento atípico.

(iv) Contar con un captcha, el cual comprende un sistema de comprobación para el ingreso de las plataformas virtuales del banco.

3.5 Responsabilidad por el uso fraudulento de la tarjeta de crédito

Los supuestos de fraude explicados con anterioridad en este capítulo en principio comprometerían únicamente al tercero no autorizado que se apodera del plástico en cualquiera de los eventos mencionados por instrumento de una actividad fraudulenta. Este, sería así acreedor tanto de sanciones civiles, como de sanciones penales. No obstante, en el actuar fraudulento de este, resulta incidente el actuar de los agentes que intervienen en el contrato de la tarjeta de crédito, toda vez que estos al desatender las obligaciones ya

mencionadas en este capítulo y los deberes aludidos en el capítulo II de este mismo texto, podrían participar también en la responsabilidad civil.

Así pues, respecto a la misma, la doctrina ha debatido sobre el tipo de responsabilidad aplicable a las entidades bancarias (a saberse objetiva y subjetiva). Es así como la Corte Suprema de Justicia, acogió la responsabilidad objetiva como la atribuible a estas y la Delegatura de la Superintendencia Financiera por su parte ha hecho uso de la misma.

La responsabilidad objetiva es aquella atribuible a una persona teniendo en cuenta el resultado dañoso de su actuar, ello independiente de si su conducta fue reprochable o no (Yong, 2019). Está también comprende un escenario donde no existe una inclinación al debate sobre la culpa y donde el agente que causa el daño sólo puede exonerarse de la responsabilidad invocando una causa extraña (Gómez, 2016).

En contraposición a la postura tomada por la Corte y la Delegatura, existe un sector de la doctrina que establece la posibilidad de hablar de una responsabilidad subjetiva por parte de la entidad de crédito.

En principio para Yong (2019) la responsabilidad subjetiva es aquella atribuible a determinada persona por las consecuencias perjudiciales por su conducta o actuación reprochable, este tipo de responsabilidad le da mayor relevancia a lo decidido por quien realiza el daño, que al daño en sí. Así mismo, Rodríguez (2014) establece que la responsabilidad subjetiva encuentra su eje en la concepción de la culpa, de manera que, es relevante el propósito de cometer un daño por parte del agente o por su impericia o negligencia.

Tamayo (2007) comprende que la responsabilidad objetiva, no resulta práctica en este supuesto, en virtud de que esta responsabilidad contractual prevé unas obligaciones de instrumento, que se fundamentan en la culpa. Así pues, en este tipo de obligaciones, se

presenta un resultado aleatorio donde se habla de culpa probada; además de ello al contemplar como primera medida que las actividades financieras, son actividades riesgosas procedería un régimen de responsabilidad contractual por actividad peligrosa, a una responsabilidad propiamente contractual lo cual quebranta el principio de la acumulación de dos responsabilidades (Tamayo, 2019).

En este mismo sentido, Anaya (2012) precisa que la responsabilidad atribuible a la entidad de crédito por daños o riesgos producidos por la utilización de sus servicios encuentra fundamento en la debida diligencia y por tal razón se trata de una responsabilidad subjetiva, pues resulta imperante probar la culpa, de lo contrario si el establecimiento de crédito cumple con las obligaciones a su cargo como la debida diligencia, no deberá asumir la responsabilidad.

3.5.1 Análisis jurisprudencial

Respecto a la responsabilidad de los sujetos que hacen parte de la relación de consumo financiero, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Delegatura de la Superintendencia Financiera han desarrollado a lo largo de los años una tesis frente a la adjudicación de la misma.

3.5.1.1 Corte Suprema de Justicia

Esta corporación en sentencia SC-176 de 2002, esboza un alcance de la teoría de la responsabilidad profesional, según la cual por disposición legal la entidad debe cubrir los riesgos que surgen en virtud del ejercicio de sus actividades financieras y sólo si se está en caso de circunstancias excepcionales la entidad se libera de responsabilidad. Entre tanto, la responsabilidad bancaria se rige bajo la teoría del riesgo creado, según la cual sin analizar la culpa se pone en consideración la inobservancia de las normas.

No obstante, para el 2016, la Corte en sentencia SC-16496 se aparta de la teoría del riesgo creado estableciendo que la responsabilidad de la entidad bancaria, resulta del ejercicio de la actividad especializada que realiza, con lo cual está atiende los riesgos propios a la ejecución de sus servicios. De esta manera y teniendo en cuenta que la entidad bancaria está sujeta a unos deberes de protección, debe instaurar las medidas pertinentes para impedir la ocurrencia de daños en el patrimonio del consumidor, así, si la entidad presta el servicio de manera insuficiente o se abstiene u omite el cumplimiento de sus deberes su responsabilidad se vería comprometida.

Frente al caso de fraude no solo se ve involucrado el interés del consumidor sino el de toda la comunidad puesto que a su cargo está la administración del ahorro del público, lo que le exige un correcto comportamiento en el desarrollo de su objeto social dada su importancia en la economía del país, de allí que devenga la obligación estatal de generar confianza en los usuarios.

Las partes del contrato (contrato de apertura de crédito) no solo tienen a su cargo las obligaciones expresas en el mismo, sino también todas aquellas que derivan de su naturaleza, comprendiendo incluso que ambas deben asegurar la protección según el rol que desempeñen en la relación, pues de presentarse un descuido resultaría perjudicial para ambos intervinientes. Esto determina que la conducta del consumidor resulta imperante en el escenario de responsabilidad contractual.

Así mismo, la Sala de Casación Civil, en la reciente sentencia SC-1694-2019, ratifica su posición frente a la responsabilidad objetiva por el riesgo de la actividad ejercida por la entidad bancaria, considerando que las mismas se encuentran obligadas al acatamiento de reglas esenciales de prudencia, adecuada organización y control, inclinadas a evitar la manifestación de daños para sus clientes y para sí mismas; así, cuando no se actúa de esta

manera la responsabilidad de la entidad se compromete. Esto sin perjuicio de que pueda desvirtuarse probándose una causa extraña.

Por último y en concordancia con lo anterior, en sentencia SC-5176 de 2020, la Corte corrobora el valor de la profesionalidad en la actividad realizada por el establecimiento de crédito, mencionando así, que los riesgos generados por esta actividad no recaen solo sobre los consumidores, pues se delinea una responsabilidad profesional, donde la entidad debe estar preparada para prevenir el daño fruto del despliegue de su labor, siendo esta responsable en la materialización de los riesgos que se puedan eventualmente causar; por ello, sustenta que no es posible hablar de una responsabilidad subjetiva, toda vez que los consumidores aun cuando el establecimiento de crédito cumpla con sus deberes objetivos de cuidado, no deben soportar las pérdidas, pues carecen de instrumentos para prevenir dichas eventualidades.

Bajo el anterior entendido, la responsabilidad del establecimiento de crédito se ve comprometida salvo que alegue una situación de causa extraña, con lo cual no puede exonerarse únicamente alegando su buena diligencia. Esto no apunta a una responsabilidad automática, pues la entidad bancaria se puede exonerar cuando pruebe que el daño fue originado por causas que no le son atribuibles, por ejemplo, cuando el daño es atribuible al consumidor.

No obstante, se puede llegar a presentar el supuesto de concurrencia de culpas, en el evento en que el consumidor origina el daño y la entidad bancaria no cumple con sus protocolos de seguridad. Así pues, el juez debe ponderar si el daño debe ser soportado entre ambas partes de la relación contractual, o por el contrario debe solo ser atribuido a alguna de estas en virtud de su inobservancia, ello como atribución causal.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible establecer que la postura de la Corte frente a la adjudicación de la responsabilidad, versa sobre la responsabilidad objetiva, de la cual es posible eximirse cuando se demuestre la participación del consumidor en el hecho generador del daño.

3.5.1.2 Delegatura de la Superintendencia Financiera

La Superintendencia Financiera en sus funciones como ente de control ha emitido varios fallos que versan sobre el fraude de tarjetas de crédito, específicamente el fraude producido mediante canales presenciales. Los fallos a estudiar en este texto, presentan como común denominador un análisis de las obligaciones de las partes de la relación contractual, específicamente el vínculo entre el consumidor financiero o tarjetahabiente y la entidad vigilada. La Delegatura con funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, en cuanto a las obligaciones en cabeza de las entidades vigiladas frente al supuesto de fraude de tarjetas de crédito, se ha pronunciado a través de los fallos 1477 de 2015, 0807 de 2016, 2662 de 2017, 2149 de 2017, 1148 de 2017, 2694 de 2018, 1916 de 2019 y 1831 de 2019.

3.5.1.2.1 Decisiones sobre las obligaciones de la entidad vigilada

Los mencionados fallos hacen hincapié en el principio de debida diligencia del artículo 3 de la Ley 1328 de 2009, para el tratamiento de los casos de fraude de tarjetas de crédito, esto en razón a la amplitud de su contenido, abarcando así una serie de deberes de la entidad vigilada; es por ello, que se encuentra como primer aspecto de este deber, el incluir en sus políticas instrucciones relativas a la administración de la información, lineamientos y requerimientos mínimos alusivos a la seguridad e información, para así verificar la identidad del usuario.

Lo anterior se encuentra íntimamente relacionado con el trabajo concomitante que debe realizar la entidad financiera junto el establecimiento de comercio, pues este último debe exigirle al usuario del plástico la presentación del documento de identidad frente una operación monetaria. Así, la entidad de crédito no puede excusarse en el desacato del establecimiento de comercio de este deber.

La seguridad y calidad, como otro de los elementos desarrollados por las mencionadas decisiones, comprenden la importancia de la implementación de estándares que les permitan reconocer y verificar la identidad de un usuario, esto con el fin de determinar oportunamente posibles irregularidades en el uso. Así como también, es un factor común en las decisiones, la reiterada mención de la creación de un perfil transaccional como deber de la entidad de crédito, en el cual se realice un control de los hábitos, prácticas y costumbres del consumidor; ello en razón, a la importancia de reconocer cuando una transacción no es propia de un usuario, adecuando las medidas pertinentes para la protección en un eventual caso de fraude.

En este mismo sentido, al emitirse las alarmas generadas respecto a un uso inhabitual proveniente de un consumidor y cuyo fundamento es el perfil transaccional; el bloqueo de los canales de manera oportuna cuando existan riesgos, es otro de los elementos frecuentes que hacen parte de los fundamentos mencionados por la Delegatura.

3.5.1.2.1 Decisiones sobre las obligaciones del consumidor financiero

Por otro lado, los fallos nombrados con anterioridad, hacen mención a los deberes que surgen en cabeza del consumidor financiero en relación a este supuesto. De esta manera, siguiendo la línea de deberes establecidos por la Ley 1328 de 2009, esbozados en el capítulo anterior, la Delegatura de la Superintendencia Financiera, ha establecido con fundamento en la ley anteriormente nombrada, que el consumidor financiero, debe una vez realizado el

contrato de apertura de crédito, acatar las recomendaciones u observaciones realizadas por la entidad de crédito en aras de evitar los riesgos propios de la actividad financiera. De esta manera, el consumidor deberá custodiar y preservar su tarjeta de crédito para su uso exclusivo, evitando así conductas negligentes o imprudentes que lo expongan a comprometer su responsabilidad.

En este mismo escenario los fallos desarrollados por la Delegatura, comprenden como elemento necesario el aviso por parte del tarjetahabiente de eventos que atenten contra la custodia del plástico, en tal sentido una vez ocurrido el supuesto de fraude, el usuario debe comunicarse de manera inmediata con la entidad de crédito, pues el reclamo extemporáneo generaría una omisión a sus deberes propios como consumidor, siendo ello no solo una falta contractual sino también colocándose en una situación propia de riesgo, pues su información financiera se encontraría en manos de un tercero ajeno a este.

Ahora, mientras el consumidor financiero tiene esta obligación, el establecimiento de crédito con quien adquirió el producto financiero, continúa siendo el asegurador del dinero que se encuentra depositado.

3.5.1.2.3 De los supuestos resueltos por la Delegatura de la Superintendencia Financiera

Observadas las consideraciones anteriores, resulta sustancial detallar los fallos expedidos por la Delegatura de la Superintendencia Financiera en sus funciones jurisdiccionales, a saber;

(i) Fallo 1477 de 2015: En este evento, la Delegatura de la Superintendencia Financiera, comprende que un hecho de un tercero, en un supuesto de hurto, no resulta suficiente para exonerar a la entidad bancaria de su responsabilidad de emprender medidas de seguridad, pues esta debe evaluar las conductas que resulten atípicas al uso del plástico por parte del

consumidor, y en este sentido, debe bloquear oportunamente sus canales obedeciendo a sus estándares de calidad y seguridad, como profesional del comercio. En tal sentido, concretamente se endilga la responsabilidad civil y contractual a la entidad bancaria.

(ii) Fallo 1831 de 2019: La Delegatura de la Superintendencia a partir de la figura de la concurrencia de culpas, establece el incumplimiento por parte de la entidad bancaria y del consumidor financiero de sus obligaciones, pues, por una parte, el consumidor financiero, faltó a su deber de custodia y cuidado de la tarjeta de crédito, poniéndose en riesgo frente a terceros y por otra parte, la entidad bancaria no adoptó las medidas necesarias para la prevención del daño como lo es el bloqueo de canales de manera oportuna cuando existan riesgos.

(iii) Fallo 0807 de 2016: Frente a este caso en concreto, la Delegatura establece la concurrencia de culpas entre las partes toda vez que, la entidad financiera debe observar los deberes especiales que le son exigibles y asumir los riesgos inherentes al uso de los clientes a través de los canales que tiene el consumidor financiero, sin embargo, parte de su actuar diligente puede verse afectado cuando la conducta negligente e imprudente del consumidor financiero, al no hacer el aviso oportuno de la constitución del fraude, constituye un incumplimiento a las obligaciones contractuales y legales contraídas.

(iv) Fallo 2662 de 2017: Dada la obligación del consumidor de custodia de la tarjeta de crédito y de aviso una vez ocurrido el hurto y la obligación de la entidad vigilada a observar las instrucciones de seguridad y calidad impartidas por la Superintendencia Financiera, como lo son el establecimiento del perfil transaccional del cliente y los mecanismos de seguridad tales como los mensajes de texto; el incumplimiento de dichas obligaciones frente al caso en concreto, da lugar a la concurrencia de culpas, pues la conducta de ambas partes fueron encaminadas a la materialización del fraude.

(v) Fallo 2149 de 2017: Si bien las entidades financieras como prestadoras del servicio de tarjetas de crédito poseen un alto control en las relaciones de consumo, pues cuentan con canales de información de carácter técnico, el consumidor no debe descuidar sus obligaciones, tales como el aviso oportuno, pues si lo realiza de manera extemporánea, ello generaría una omisión a sus deberes. Dando lugar ello a la concurrencia de culpas.

(vi) Fallo 2694 de 2018: En el presente fallo y a la luz de la figura de la concurrencia de culpas, se establece que las medidas de seguridad no son sólo predicables de las obligaciones de la entidad bancaria; pues el consumidor financiero al suscribir el contrato de apertura de crédito, se compromete a custodiar el plástico y hacer un uso adecuado del mismo. Por su parte, la entidad bancaria debe también, tener un control de los hábitos y prácticas propias del consumidor, hecho que debe posibilitarle un bloqueo del producto en situaciones que lo ameriten.

(vii) Fallo 1916 de 2019: Al haber un incumplimiento por parte del consumidor de las instrucciones de seguridad impartidas por el establecimiento de crédito, como lo es falta al deber de custodia de la tarjeta y la exposición imprudente al riesgo y por otro lado la obligación del establecimiento de crédito a adoptar las medidas de seguridad oportunas y a exigir el cumplimiento del establecimiento de comercio a solicitar el documento de identidad, se constituye una concurrencia de culpas entre las partes contractuales.

(viii) Fallo 1148 de 2019: Al igual que en los anteriores fallos, la Delegatura de la Superintendencia Financiera estima que el deber de custodia que tiene el cliente y el deber de mantener un perfil transaccional por parte de la entidad bancaria, son acciones que deben realizarse de manera conjunta, pues en el caso de pérdida, hurto, o extravío ambos deben ejecutar los deberes a cargo para mitigar o evitar el daño; así, se observa en el aludido caso una concurrencia de culpas.

3.6 Adjudicación de la responsabilidad frente al fraude en tarjetas de crédito

Dada la división doctrinal de los tipos de fraude existentes, la responsabilidad endilgada varía dependiendo las condiciones en las cuales se desarrolle el mismo. Así pues, podemos comprender la siguiente clasificación:

3.6.1 Responsabilidad por el uso fraudulento en caso de extravío o sustracción de la tarjeta de crédito

Teniendo en cuenta las obligaciones nombradas al inicio de este capítulo y a las aludidas en los fallos de la Delegatura de la Superintendencia Financiera, la notificación por parte del consumidor frente a este tipo de fraude resulta imperante toda vez que de ello depende parte de la adjudicación de su responsabilidad.

En este sentido pueden llevarse a cabo dos escenarios: el primero atiende al uso fraudulento ulterior a la notificación y el segundo, alude al uso fraudulento antes de la notificación. Frente al primero, la entidad de crédito se encarga del riesgo de dicho uso fraudulento desde el momento en que el tarjetahabiente le comunica dicho riesgo, de tal manera que el tarjetahabiente se exonera de la responsabilidad y es la entidad emisora quien asume las consecuencias de no haber ejecutado el bloqueo pertinente para obstaculizar el uso fraudulento (Mariño, 2003). Esto se puede advertir en los fallos citados con anterioridad en el análisis jurisprudencial, pues se observa como el inoportuno bloqueo de los canales posibilita la asunción del riesgo por parte de la entidad, faltando así a la debida diligencia, además se parte de la hipótesis de que el consumidor cumplió con los deberes estipulados en el contrato y específicamente con el deber del artículo 6, literal c de la Ley 1328 de 2009, pues el consumidor atendió las recomendaciones sobre seguridad del manejo del plástico sugeridas.

Con relación al segundo escenario, es decir cuando el uso fraudulento que se presenta antes de la notificación por parte del tarjetahabiente a la entidad, pueden suceder dos eventos: (i) el usuario se hace cargo de todas las operaciones fraudulentas hasta la notificación, esto dado que el titular no tomó las medidas necesarias de seguridad para evitar la ocurrencia del hecho, por tal razón se hace responsable del riesgo creado (Rendón, 2007).

Asimismo, la Delegatura de la Superintendencia al respecto establece que si existe un reclamo extemporáneo el consumidor faltaría a sus deberes, configurándose así no solo una falta contractual sino también colocándose en una situación propia de riesgo.

(ii) La responsabilidad es de quien incumple las obligaciones preventivas correspondientes, pues a pesar de que el consumidor incumple la obligación de notificar, ello no se traduce en que la entidad pueda eximirse de responsabilidad; si la entidad emisora ha ocasionado que se realice un uso ilegítimo por desacatar sus obligaciones preventivas, el titular podrá hacer valer dicha irregularidad.

Teniendo en cuenta lo anterior resulta de igual manera relevante la obligación del establecimiento de crédito, relacionada con el perfil transaccional que ha creado del cliente y del control que realiza de los hábitos, prácticas y costumbres del mismo, de manera que si se genera una irregularidad en este control se debe realizar el bloqueo oportuno de los canales, como fue aludido anteriormente en el análisis jurisprudencial.

Habría lugar a la concurrencia de culpas según la Delegatura de la Superintendencia Financiera, cuando tanto el establecimiento de crédito como el tarjetahabiente han incumplido con sus obligaciones preventivas, distribuyendo así la responsabilidad.

3.6.2 Responsabilidad por el uso fraudulento en caso de falsificación

En este caso la responsabilidad del consumidor solo se vería comprometida si falta a sus deberes de custodia y seguridad. En este evento el establecimiento adherido representa un

importante rol en la prevención del supuesto acatando sus obligaciones, aun así según la Delegatura de la Superintendencia de acuerdo al trabajo concomitante que realizan la entidad de crédito y el establecimiento de comercio, es la primera quien le exige al establecimiento el cumplimiento de las obligaciones, de tal manera que la labor de la entidad de crédito resulta supeditada a la exigencia sobre el establecimiento de comercio de la identificación del usuario, por tal razón, la entidad de crédito no puede excusarse en el incumplimiento del establecimiento de comercio.

Así mismo, es menester mencionar que de acuerdo a la Ley 1328 de 2009, artículo 7, literal q, la entidad de crédito debe contar los medios y mecanismos de seguridad necesarios para no autorizar operaciones ejecutadas en los establecimientos de comercio y así proteger al consumidor, de lo contrario la responsabilidad se trasladaría en cabeza de esta, pues debe asumir el riesgo por la inseguridad de la prestación de sus servicios.

Este tipo de fraude, presenta un escenario complejo para el consumidor, ya que eventualmente éste no puede percatarse del fraude inmediatamente sucede, sino hasta la recepción del extracto bancario, con lo cual, su deber de notificar al establecimiento de crédito dicha anomalía persiste. En este sentido, si el consumidor actuó de manera diligente en la conservación y cuidado de su tarjeta, no es culpable de la falsificación y notifica de manera oportuna el ilícito, la responsabilidad se traslada a la entidad emisora.

Si bien la entidad de crédito, opta por medidas tales como el envío de mensajes de texto o correos electrónicos informando al consumidor de dichas transacciones, la Delegatura de la Superintendencia Financiera insiste en que estas medidas no son suficientes, pues no previenen el ilícito. Por tal razón, la medida necesaria es el bloqueo inmediato del plástico, pues el establecimiento de crédito quien tiene el perfil transaccional del cliente debe como se nombró anteriormente activar las alertas ante posibles irregularidades.

Al igual que en el supuesto anterior, la concurrencia de culpas puede existir en este caso, siempre que se demuestre el incumplimiento de obligaciones tanto contractuales como legales de ambos agentes.

Comprendido lo anterior, resulta de vital importancia el diligente trabajo conjunto entre la entidad vigilada y el consumidor financiero, para lograr así la materialización de los derechos del consumidor, de manera que es necesario que ambos intervinientes cumplan a cabalidad las prerrogativas impuestas por la legislación, siendo esto relevante a la hora de accionar los recursos dados por la misma, pues la adjudicación de la responsabilidad frente a una u otra depende principalmente de las acciones realizadas que permitieron o no la configuración de un supuesto de fraude.

Ahora, si bien el establecimiento de crédito al momento en que se presente el supuesto de fraude, toma una serie de medidas que en su concepto resultan preventivas del mismo, es posible determinar teniendo en cuenta la jurisprudencia emitida por la Delegatura de la Superintendencia Financiera, que dichas prácticas no resultan suficientes, pues carecen de practicidad y no logran evitar que el fraude suceda.

3.6.3 Responsabilidad del establecimiento de comercio

El establecimiento de comercio, como parte de la relación plurilateral en el uso de la tarjeta de crédito, resulta ser un interviniente fundamental en la producción del supuesto de fraude, pues este tiene la posibilidad de prevenir el fraude una vez cumpla con su deber de identificar al usuario, con lo cual, al denotar una participación activa del mismo, no es posible su exoneración en la adjudicación de la responsabilidad.

En Colombia el establecimiento de comercio para la recepción de este instrumento pago cuenta con dos posibilidades de afiliación. En primer lugar, puede contratar con un establecimiento de crédito de su preferencia a través de la adquirencia, en la cual, el

establecimiento tiene la facultad de realizar transacciones con tarjetas de crédito o débito. Para ello, es necesario que el establecimiento de comercio cuente con una cuenta de ahorros o corriente en la misma institución financiera para la realización de los pagos efectuados en dichas transacciones.

Este contrato de adquirencia realizado entre el establecimiento de comercio y la entidad de crédito, supone una serie de obligaciones a cargo de ambas partes.

En cuanto al establecimiento, respecto al fraude, le es encomendada la obligación de verificar el documento de identificación del tarjetahabiente, en aras de validar que la información consignada en el documento, sea la misma del plástico. De manera que, al incumplir dicha obligación, el establecimiento resultará responsable del fraude ante la entidad bancaria, por su negligencia y eventualmente deberá reintegrar a la entidad las sumas de dinero que le hayan sido impuestas a la misma.

En segundo lugar, este puede afiliarse a empresas encargadas de estructurar instrumentos de pago que sustituyen el dinero en efectivo, a través de la venta de datafonos, donde el establecimiento de comercio implementa el uso de estos permitiendo así la materialización de las diversas transacciones propias de su objeto social. Estas empresas que facilitan los datafonos a los establecimientos de comercio, actúan como facilitadores entre este y la entidad de crédito, observándose que el empresario dueño del establecimiento de comercio es quien crea una cuenta de ahorros en la entidad bancaria de su preferencia (Circular básica jurídica 007, 1996), de manera que, al implementar el uso del datafono, la empresa facilitadora realiza el pago de las transacciones a dicha cuenta de ahorros.

Empresas como CredibanCo y Redeban, quienes son facilitadores de medios de pago, a través de los contratos de afiliación con los establecimientos de comercio, prestan este

servicio, siempre y cuando la cuenta de ahorros o corriente facilitada por el empresario, se encuentre en una entidad bancaria afiliada a dichos intermediarios.

Estas entidades bajo la Circular Básica Jurídica 029 de 2014, deben establecer como obligación específica para tarjetas débito y crédito en los convenios con los establecimientos de comercio, la exigencia de verificar la identidad del consumidor para todas las operaciones que se realicen con la tarjeta de crédito. Imponiendo la carga a este de identificar al tarjetahabiente como medida de seguridad y verificar el estado del plástico cuando este haga presumible un fraude.

En este sentido, el incumplimiento de estas obligaciones atribuye directamente la responsabilidad al establecimiento de comercio, por la falta de atención a su deber de debida diligencia, contemplado en el reglamento de afiliación del intermediario, de manera que el intermediario queda indemne de cualquier litigio derivado de dicho incumplimiento.

Así, de lo anterior se puede colegir, que, en este tipo de relaciones contractuales, al establecimiento de comercio le es adjudicable un régimen de responsabilidad subjetiva, donde necesariamente el elemento de culpa debe ser probado, pues su conducta tuvo que ser determinante para la materialización del hecho. En todo caso, respecto con quien el establecimiento haya contratado (entidad de crédito o intermediario) su responsabilidad será subjetiva, pero el grado podrá ser diferente dependiendo de con quien contrate, como se mencionó con anterioridad.

3.6.4 Responsabilidad de la franquicia de tarjetas de crédito

Frente a la responsabilidad que surge en este tipo de contrato se debe comprender que es la franquicia, a saber, MasterCard, Visa, Dinners, American Express, la que se obliga a: (i) gestionar el recibo de comunicaciones sobre las tarjetas de crédito hurtadas o perdidas, conteniendo una lista de clientes y establecimientos autorizados para la utilización del

plástico; (ii) exponer publicitariamente el plástico con su propia marca; (iii) orientar el método de débitos y créditos; (iv) tiene a su cargo, el sistema de notificación de hurtos o extravíos de la tarjeta; (v) bloque del funcionamiento de la tarjeta y; (vi) lleva un control de las denuncias de tarjetas hurtadas o extraviadas (Mariño, 2003).

En lo que respecta a la entidad financiera, esta debe: (i) reembolsar una suma de dinero por las tarjetas emitidas y operación de las mismas; (ii) amortizar y compensar las operaciones ejecutadas por sus usuarios y por los establecimientos adheridos que contraten con ésta; (iii) situar en el mercado de los consumidores y establecimientos adheridos la tarjeta de crédito; (iv) informar a la franquicia cualquier alteración que afecte el funcionamiento del sistema o a la tarjeta en sí (Mariño, 2003).

Teniendo en cuenta lo anterior, la responsabilidad de la franquicia frente al supuesto de fraude en tarjeta de crédito no se ve comprometida, toda vez que la relación de consumo nace entre el establecimiento de crédito y el consumidor, quienes asumen una serie de cargas según su condición; en este sentido, es el establecimiento de crédito quien debe comprometer su responsabilidad como sujeto dominante y profesional de la relación contractual.

Así, frente a un supuesto de fraude originado por la desatención de las obligaciones de seguridad y cuidado de la entidad de crédito, la responsabilidad no puede recaer en la franquicia, pues esta ha trasladado la obligación al establecimiento de crédito, quien en últimas es el que incumplió la misma. Ahora bien, si el daño fue originado en el despliegue de las actividades de la franquicia la misma podrá responder bajo un régimen de responsabilidad extracontractual, ello a través de la indemnización de perjuicios al consumidor (Mariño, 2003).

Al observarse la responsabilidad que nace en la materialización del supuesto de fraude de tarjeta de crédito, surge la posibilidad de evaluar el ámbito probatorio al que se enfrentan las

partes en la búsqueda de acreditar su buen actuar durante la transacción. Así, cada uno de los intervinientes en la adjudicación de la responsabilidad hace uso de las herramientas probatorias ofrecidas por el ordenamiento jurídico colombiano. No obstante, es menester reconocer que el deber de probar no es el mismo para todos los intervinientes, con lo cual existe una carga de la prueba que el presente capítulo pretende determinar.

3.7 La prueba en los procesos de consumo financiero

La concepción del término prueba, ha sido comprendido por la doctrina a la luz de una diversidad de acepciones o posturas, de esta manera, se encuentran multiplicidad de nociones esbozadas. En términos generales, al referirnos a la prueba, podríamos entenderla como la comprobación de las afirmaciones manifestadas por las partes, que versan principalmente sobre los hechos en un proceso, y de manera excepcional a normas jurídicas; todo ello a través del uso de diversas fuentes conducidas a un proceso (Rivera, 2011).

Por su parte Echandía (1972) la establece como el fundamento aportado al proceso a través de los mecanismos y medios determinados por la legislación, permitiendo demostrarle al juez la certeza sobre cada uno de los hechos.

Así, es posible observar, que las conceptualizaciones anteriormente delineadas, no son excluyentes entre sí, y esto no solo sucede con ellas, si no en general con la mayoría de acepciones sobre este término. Con ello, tendríamos que la prueba es aquel medio que permite acreditar un hecho, que pretende hacerse valer en el proceso, para lograr el convencimiento del juez.

El concepto de la prueba, cuenta con dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo. El primero, hace referencia a que el derecho debe ser comprobado y cimentado en la veracidad de los hechos, tomando ello, la prueba en un sentido doble, es decir como facultad y derecho. El

segundo, precisa a la prueba como un todo destinado a encontrar certeza en la verdad de una afirmación o demostrar un hecho debatido.

Asimismo, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha realizado una serie de precisiones acerca de la procedencia de la prueba, de esta manera, en la sentencia SP-38382 de 2012, esta corporación establece que la prueba debe contener unos requisitos en los cuales encontramos: la conducencia, pertinencia y la utilidad; respecto al primer requisito, la prueba es conducente cuando esta contenga la posibilidad legal de formar una certeza en el juez, en cuanto al segundo, la prueba es pertinente cuando esta tenga íntima relación con los hechos que se pretenden hacer valer en el proceso, y por último es útil cuando se puede obtener un beneficio de la misma.

3.7.1 Generalidades de la carga de la prueba

La carga de la prueba como principio, íntimamente relacionado con el debido proceso, supone una regla de juicio donde se le indica a las partes del proceso el criterio de autorresponsabilidad que deben tener al momento de acreditar un hecho, el cual sirve de base a las normas jurídicas que pretenden hacer valer. Así mismo, esta noción guía al juez en la manera como debe fallar, cuando no aparezcan probados los hechos (Peláez, 2019).

Así, este concepto comprende dos elementos, el primero de ellos denominado como regla de conducta, que hace referencia a los sujetos procesales como destinatarios, delimitando los hechos que les corresponde probar y la consecuencia de no hacerlo; en cuanto al segundo elemento, este se define como regla de juicio, la cual le indica al juez la manera en la cual debe tomar una decisión en razón a las pruebas allegadas o le señala el criterio del fallo evitando sentencias inhibitorias (Peláez, 2019).

Es pues, la carga de la prueba una figura orientadora, que le advierte a las partes la magnitud de obtener la consecuencia jurídica buscada, pues, de no ejecutar de manera adecuada la

actividad probatoria el resultado será una decisión desfavorable, en este mismo sentido, se destaca la facultad que posee el juzgador para emitir una sentencia en contra de aquella parte del proceso que ha sido negligente con la carga probatoria que le correspondía (Díaz, 2016). De la noción anteriormente esbozada, el concepto de carga de la prueba dinámica como modalidad de ella, recobra importancia, toda vez que, es aquella herramienta que recae sobre la parte del proceso que se encuentre en mejores condiciones de adjuntar una prueba, puesto que se encuentra en una posición que le otorga tal facilidad (Peláez, 2019). De esta manera, esta modalidad utilizada por el juez busca llegar a la verdad en un proceso donde el desequilibrio probatorio es bastante pronunciado, pues, una parte se encontrará en la imposibilidad de aportar la prueba para defender el hecho y la pretensión que busca; esto refleja un criterio de favorabilidad respecto de la posición de la parte menos favorecida (Díaz, 2016).

Esta modalidad de la carga de la prueba, se observa en el artículo 167 del Código General del Proceso, y de su lectura es posible inferir la relación al principio de igualdad, ello en razón a que el juez debe materializar la igualdad, haciendo uso de las potestades otorgadas por la ley, pues realiza una discriminación positiva, que beneficia el proceso ubicando a ambas partes en una situación probatoria similar.

La carga dinámica de la prueba procede en los siguientes eventos: a) porque una de las partes tiene mayor cercanía a la prueba; b) porque una de las partes posee la prueba; c) cuenta con un estado técnico especial; d) porque participó en los hechos de manera directa; y e) porque una de las partes se encuentra en una posición vulnerable (Peláez, 2019).

3.7.2 La carga de la prueba en el derecho del consumo financiero

En el desarrollo de las acciones ejecutadas en procura de la protección al consumidor financiero frente al fraude en tarjetas de crédito, la carga de la prueba surge como herramienta

procesal determinante en la adjudicación de la responsabilidad de los intervinientes en la relación contractual.

Así, durante el litigio entre la entidad de crédito y el consumidor, al encontrarnos frente a una relación desigual, en donde el establecimiento de crédito al ser profesional tiene una posición dominante, y el consumidor es quien se encuentra en marcada desventaja; la carga dinámica de la prueba funge como una garantía procesal a favor del consumidor, pues alivia su carga probatoria en razón a la falta de información que posee y la dificultad de acceder a ella.

Al ser la entidad de crédito la parte preponderante, el onus probandi debe ser asumida por esta, pues es quien maneja la información y se posiciona en un mejor espacio para probar un hecho. En tal sentido, la Ley 1328 de 2009 en su artículo 11 literal b, decreta que la inversión de la carga de la prueba en detrimento del consumidor constituye una cláusula abusiva; igualmente, el artículo 12 de la referida norma dispone que frente al caso de fraude la inversión de la carga de la prueba se observa como una práctica abusiva.

Es entonces importante, reconocer aquello que debe probar la entidad de crédito, teniendo como presente la posición en la que se encuentra. Eventos como las medidas de seguridad, el bloqueo oportuno de los canales y la observancia del perfil transaccional, son algunos de estos supuestos a probar por este interviniente.

Ahora bien, en cuanto al consumidor y su relación con la entidad de crédito, la Corte Constitucional en la sentencia T-835 de 2000, ha mencionado la carga debe ser distribuida protegiendo a la parte débil de la relación, en este sentido, esta última podrá demostrar los hechos sobre los cuales tenga posibilidad material de probar (declaración consciente y de buena fe), de manera que, le corresponde a la otra parte (entidad de crédito) la prueba de aquellos hechos que aduzca a su favor.

Teniendo en cuenta ello, el consumidor en el proceso que adelanta en contra de la entidad financiera, si le es factible puede allegar pruebas que demuestren su actuar diligente o el cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, en aras de librarse de la responsabilidad.

Por otro lado, como se ha desarrollado a lo largo de este texto, el establecimiento de comercio resulta tener una participación activa en la ocurrencia del supuesto de fraude. De manera que, al incumplir las obligaciones adquiridas en virtud del contrato celebrado con la entidad financiera, éste compromete su responsabilidad. Así frente a dicho incumplimiento, la entidad financiera al hacer exigible la responsabilidad del establecimiento de comercio, debe haciendo uso de los diferentes medios probatorios, acreditar que dicho incumplimiento posibilitó el fraude.

En este sentido, mediante la figura de la carga dinámica de la prueba, el establecimiento de comercio cuenta con la mejor posición para probar el acatamiento de las medidas de seguridad a su cargo, pues al establecimiento de crédito le resulta irrealizable la obtención de este tipo de material probatorio.

3.8 Conclusiones del capítulo

En suma, la relación plurilateral que se presenta en virtud del contrato de apertura de crédito, cuyo objeto principal es la emisión de una tarjeta de crédito, sin importar su clasificación, atiende a una serie de obligaciones para el uso del plástico en la compra de bienes y servicios a cargo de las partes. Las cuales se establecen, en procura de su cumplimiento y seguridad del mismo.

Estas obligaciones, adquiridas por las partes contractuales, pueden ser eventualmente desatendidas, lo que a la postre puede permitir una serie de situaciones; entre ellas el fraude,

que se materializa a través de varios canales, principalmente por el extravío o sustracción del plástico y falsificación del mismo. Es así, como frente a este supuesto, resulta atribuible una responsabilidad a los diferentes agentes que participan en la emisión, recepción y uso del plástico.

Ahora, la responsabilidad adjudicable depende de cada uno de los sujetos y sus obligaciones a cargo; esto es, por un lado, la entidad de crédito responde de manera objetiva según la Corte Suprema de Justicia, ello dado su profesionalidad en el mercado financiero. Mientras que el establecimiento de comercio lo hace de una manera subjetiva, puesto que es necesario estudiar el factor de la culpa para su atribución. Y por último respecto al consumidor, este puede ser responsable de manera total o a partir de la figura de concurrencia de culpas.

No obstante, lo anterior, resulta visible que es la entidad financiera la que responde de manera primaria; pues, es el consumidor quien ejerciendo su derecho de acción se destina a esta, de manera que no resulta factible para el mismo dirigirse ante cada establecimiento de comercio en donde se efectuaron los fraudes. En este sentido, se observa que, en los litigios originados respecto a este problema, la Superintendencia Financiera no vincula al establecimiento de comercio, toda vez que argumenta que, dado el trabajo concomitante entre la entidad de crédito y el establecimiento, es la primera quien debe exigirle el cumplimiento de las obligaciones a cargo.

CAPÍTULO IV

EFICIENCIA DE LA PROTECCIÓN EN EL FRAUDE

Como se ha evidenciado a lo largo de este trabajo, el supuesto de fraude afecta de manera sustancial al sistema y a cada uno de sus intervinientes, pues supone la imposición de cargas determinando el actuar de los mismos frente a la norma. De esta manera resulta crucial realizar un estudio a la luz del Análisis Económico del Derecho, que a través de sus tres presupuestos básicos (racionalidad, norma como precio y eficiencia) permita determinar cómo se comportan los individuos frente a la norma, evaluando a la postre si después de realizar un estudio costo beneficio, resulta o no eficiente.

4.1 Análisis Económico del Derecho

Es fundamental comprender que los ordenamientos legales no funcionan de manera aislada de la economía; así, la relación entre “un sistema de predicción de conductas, con un sistema de relación de conductas” (Bullard, 2018, p.19) resulta beneficioso para el estudio la normatividad, toda vez que dota al derecho de una capacidad de predicción.

En este sentido, el Análisis Económico del Derecho (AED) posibilita la observancia de las normas jurídicas como estímulos para la alteración en la conducta de los individuos, y como mecanismo para el éxito de las políticas públicas; entonces a través de este, se propende un estudio costo-beneficio, donde los postulados económicos predicen cómo los individuos reaccionan frente a normas jurídicas (Bejarano, 1999).

Esta escuela teórica, hace uso de la microeconomía y de la economía del bienestar, para estudiar la repercusión económica de las leyes y de las instituciones legales (Bejarano, 1999).

Entendemos así, a la microeconomía como una rama de la economía que examina la conducta y las elecciones de los agentes económicos, teniendo en cuenta la oferta y la demanda del mercado (Quiroz, 2016). Por su parte, la economía de bienestar, es aquella rama de la

economía que versa sobre la compensación de beneficios y costos, y de las alternativas en la distribución de recursos escasos (Duarte & Jiménez, 2007).

Ahora, esta corriente de estudio propone dos importantes enfoques; el primero comprende un análisis positivo, el cual propugna por el examen de la eficiencia y la labor del derecho para que el mercado funcione (Gutiérrez, 2008); así mismo, observa la resonancia de la norma legal en el comportamiento de los individuos intervinientes, ello con un enfoque de bienestar. Frente al segundo enfoque, esto es el normativo, se busca determinar cuáles son las ganancias de las establecidas prerrogativas legales, analizando la racionalidad de la toma de decisiones en los agentes económicos, hecho que realizan con base en los datos que poseen y bajo el respeto de sus límites (Querol, 2018).

En síntesis, el AED plantea la realización de un estudio de costo beneficio, para así encontrar una atribución de recursos de forma eficiente proveniente de normas jurídicas, estableciendo de esta manera un método de incentivos económicos, todo ello bajo la racionalidad, la eficiencia (Torres & Páez, 2020) y las normas como precios.

Al respecto, Posner (2002) menciona que la racionalidad, involucra la toma de decisiones en un mundo donde la colectividad se enfrenta a situaciones inciertas frente a las cuales debe adoptar una postura. En esta toma de decisiones el agente busca a partir de definir y primar sus necesidades, destinar sus escasos recursos en virtud de la utilidad y apoyado en su experiencia, ello para decidir cómo utilizarlos alcanzando así su optimización (Torres & Páez, 2020). Sobre ello, Becker (1993) comprende que la conducta del individuo está gobernada por un margen considerable de “valores y preferencias”, donde estos maximizan su bienestar como propiamente lo comprenden, sea de manera ególatra, abnegada o noble.

Por otro lado, Buchanan (2000), plantea que esta teoría evidencia como los postulados económicos pueden consagrar lineamientos tendientes a conclusiones legales de demandas,

ello con el fin de expedir nuevas Leyes y analizar las prerrogativas legales preexistentes. De manera que, la función de la legislación será crear directrices en el mercado para que los ciudadanos opten por una postura, pues la Ley pasa a observarse como un precio, el cual estos ciudadanos deciden costear o no; en este escenario, es el Estado, a través de sus legisladores quien deberá establecer una estructura de incentivos tendiente a inducir o no la ejecución de determinadas conductas (Pinzón, 2010).

De manera que, al querer maximizar los recursos, es la norma, la que debe modificar los incentivos; así pues, deberá esbozar modelos sociales adecuando los precios al sistema legal. Ahora bien, si la intención es aminorar la materialización de determinadas conductas, el precio legal de las mismas deberá incrementar, buscando una mutabilidad en la conducta de los individuos (Posner, 2000).

Al respecto, “el individuo considera la norma como un precio que compensa en sus cálculos junto con otros precios, que asigna a sus acciones, y deriva de ello la utilidad total esperada en sus acciones” (Posner, 2011, p.59).

Por último, respecto a la eficiencia, esta es conceptualizada como la particularidad de una actividad que provoca la mayor utilidad, en este sentido aumenta los beneficios empleando pocos costos. Ocasionalmente, esta se emplea como un elemento de estimación de las consecuencias de las normas jurídicas (Aguirre, 2014).

A propósito de ello, este elemento del AED se constituye a partir de diversas teorías de tres autores que resultan importantes, como lo son Ronald Coase, Wilfredo Pareto y Kaldor-Hicks.

Para Coase, las transacciones (costos de transacción) pueden llevarse a cabo sin ningún costo y al estar los derechos de propiedad delineados inteligiblemente, sin importar el grado de asignación de los mismos, las partes realizarán un convenio en el cual se internalice la

externalidad (costos no contratados), alcanzando una mayor eficiencia. En resumidas cuentas, este autor justifica que la existencia de un convenio exitoso, resulta eficiente sin importar la asignación inicial legal, de manera que, propugna por la estructuración de una ley donde se erradiquen los obstáculos para los convenios privados (Querol, 2018).

A tal efecto, se observan tres costos de transacción. (i) Los costos de búsqueda, los cuales se traducen en la identificación de la persona a contratar y el objeto del contrato; (ii) los costos de entrada, son aquellos generados en la celebración de la transacción, producto de la negociación; y (iii) los costos de ejecución, que por su parte son los que nacen una vez celebrado el contrato e implican la revisión de su cumplimiento. Así, el teorema de este autor, comprende que, si los costos de transacción son nulos, no es necesaria una regulación legal, puesto que las partes contratantes, pueden llegar por sí solas a un arreglo más eficiente (Bullard, 2018).

Desde la perspectiva de Pareto, un supuesto se observa como eficiente, cuando no resulta plausible hallar otro en el que un agente pueda optimizar su postura, sin que para ello otro agente comprometa la suya; entonces, una condición es mejor cuando uno o varios agentes progresan y los otros desmejoran (Querol, 2018).

En contraste con lo anterior, Kaldor-Hicks preconiza que la eficiencia existe cuando en una transacción las ganancias originadas en determinado agente, son idóneas y completas para sopesar los daños que eventualmente pueda sufrir un tercero, pues comprende que toda transacción en el mercado puede posibilitar un perjuicio para un tercero (Aguirre, 2014). En otras palabras, la eficiencia para este autor se materializa cuando la ganancia de los ganadores es mayor a la pérdida de los perdedores.

Así, Kaldor-Hicks establece que cuando algunos integrantes están en una deficiencia frente a la situación a la que estaban antes, si los integrantes que están en una mejor condición

pueden resarcir a aquellos que han perdido y pueden continuar con su óptima situación, el bienestar social aumenta (Streeten, 1959).

Una vez comprendido lo anterior, se hará un estudio de eficiencia respecto a la protección del consumidor frente al supuesto tratado a lo largo de este texto.

4.2 Eficiencia de la protección al consumidor financiero frente al fraude en tarjetas de crédito a la luz del Análisis Económico del Derecho.

Para la ejecución de un análisis a cabalidad, es necesario realizar un estudio desde la óptica de cada uno de los intervinientes en el uso del plástico; teniendo presente los tres elementos básicos que hacen parte del AED, esto es desde la racionalidad, la norma como precio y la eficiencia.

4.2.1 Consumidor financiero

En principio, nos es necesario establecer si la protección del consumidor financiero resulta racional frente al supuesto del fraude, de esta manera, habría que decir primero que el consumidor motivado por adquirir los beneficios del uso del plástico, que se resumen en la adquisición de bienes y servicios, ante un hecho incierto como es el fraude, su actuar racional se delimita en el cumplimiento de sus deberes legales y contractuales; de manera que la evasión a los mismos, se traduce en un costo, el cual se refleja en la adjudicación de responsabilidad adelantada en contra de la entidad bancaria, pues como fue tratado anteriormente, el consumidor puede ser responsable en la medida en que incumpla sus deberes de custodia y seguridad.

Así, la decisión del consumidor de adquirir una tarjeta de crédito, debe estar guiada sobre la lógica de que ello le va a generar más beneficios que costos, en este sentido el consumidor pondera la amplia interacción en el mercado que le permite el plástico, cumpliendo las

prerrogativas legales, frente al riesgo eventual que supone su incumplimiento, lo cual se traducirá en un costo que deberá asumir.

A la postre, es el consumidor quien debe ser consciente del potencial riesgo al que se enfrenta en el uso de la tarjeta de crédito, pues en términos de Bullard este debe racionalizar el riesgo, con el fin de prever las externalidades.

De lo anterior se colige que, la racionalidad del consumidor financiero se circunscribe a el análisis costo-beneficio para la adquisición y uso de la tarjeta de crédito. Por tal razón, de este estudio depende en gran medida la prevención del fraude, pues como se estudió en el capítulo precedente frente a los tipos de fraude, es el consumidor en algunos fraudes quien poniéndose en una situación de riesgo permite la materialización del mismo.

Ahora, como se observó a lo largo de este texto, el estatuto del consumidor financiero (Ley 1328 de 2009) presenta una serie de prerrogativas a favor y a cargo del consumidor, las cuales para objeto de este análisis actúan como precios. Así, los deberes contenidos en el artículo 6 de la anterior norma, suponen unos costos para el consumidor, que moldean su conducta; igualmente, las cláusulas contractuales también le suponen una serie de obligaciones, que debe cumplir a cabalidad, convirtiéndose ambos deberes (legales y contractuales) en incentivos para que el consumidor al conocer las consecuencias de su incumplimiento, este visualice dichos resultados como un costo y así decida su actuar.

Incentivos que se visualizan igualmente en una protección del consumidor frente a las relaciones que éste establezca con las entidades bancarias, ello a través de un listado de derechos (analizados con anterioridad), que permiten que el ordenamiento jurídico y las instituciones ejerzan un control inmediato sobre las mismas en procura de atender la situación del consumidor.

Es entonces la norma, la encargada de predecir la conducta del consumidor, buscando menguar la materialización de conductas negligentes por parte del mismo ante los diversos supuestos a los que este se enfrenta, es decir, esta espera del consumidor una determinada conducta que contribuya a la finalidad del legislador con la expedición de la norma.

De manera que, al ser el consumidor quien le da un valor subjetivo a la norma, éste puntualmente en el supuesto de fraude, determinará o no que tan factible le es verse inmerso en un litigio, donde si bien no es posible la inversión de la carga de la prueba en perjuicio de este, eventualmente deberá probar el cumplimiento de los deberes a su cargo.

En lo que respecta a la eficiencia, y al tenor de Pareto, en el tráfico de las relaciones contractuales, es inevitable el desmejoramiento de una de las partes para que la otra obtenga un beneficio; en este caso, al encontrarnos en una relación desigual, donde el consumidor es la parte débil de la misma, la única forma de permitir que este se acerque a la posición que detenta la entidad bancaria y obtenga los beneficios deseados, es proteger al consumidor a través de las diferentes disposiciones jurídicas, traducándose ello en una “desmejora” a la entidad bancaria, la cual beneficia al consumidor. Así, en términos de Pareto la norma resulta eficiente.

Por su parte, desde la teoría Kaldor-Hicks, en principio la entidad bancaria resulta ser el más subvencionado en la asignación de recursos de la relación de consumo, y ante la ocurrencia del fraude, el consumidor puede verse mayormente afectado; en este aspecto, la norma prevé la posibilidad por parte del consumidor de adelantar una acción judicial en aras de que éste sea resarcido por parte del establecimiento de crédito y así mejore la situación que empeoró a raíz del fraude. De manera que, en términos de este autor, la norma es idónea para sopesar el daño ocurrido y por tal razón eficiente.

En último lugar, haciendo uso del teorema de Coase, la eficiencia de la norma se encuentra supeditada al actuar racional del consumidor financiero, y su inobservancia frente a los postulados legales, generaría en términos de este autor determinados “costos de transacción”, pues cualquier tipo de actividad relacionada con el intercambio supone una transferencia de derechos la cual puede ser objeto de riesgos; en este sentido, el contrato realizado entre el consumidor y la entidad bancaria no está exento de eventualidades las cuales pueden llegar a suponer costos.

Estos costos se reducirán si se cumplen a cabalidad las cargas impuestas por las partes, así una vez el tarjetahabiente frente al supuesto de fraude despliegue sus obligaciones a cargo, la norma podrá ser vista como eficiente.

De esta manera, analizados los anteriores elementos, frente al consumidor, la Ley 1328 de 2009, resulta en un primer momento eficiente para el supuesto de estudio, pues logra una protección que predice su conducta y reduce eventuales costos al consumidor, no solo importes relacionados con la Litis, sino también aquellos relacionados con la activación del sistema de protección. Ahora bien, los deberes establecidos por la misma, resultan proporcionales a lo que el consumidor puede y está dispuesto a soportar, contribuyendo ello a un equilibrio en la relación contractual entre las partes (consumidor - entidad bancaria). Y es así, como la racionalidad del consumidor se observa directamente proporcional a la eficiencia de la norma, siendo su actuar diligente posibilitador de la misma.

4.2.2 Establecimiento de crédito

Hay que precisar inicialmente que la responsabilidad de los establecimientos de crédito, se ha visto sometida a algunos cambios jurisprudenciales esbozados por la Corte Suprema de Justicia, y en este sentido el estudio desde el AED también puede comprender dos ópticas.

En el año 2002, para la entidad de crédito la directriz de la Corte Suprema de Justicia se direccionaba a un régimen de responsabilidad demarcado en la teoría del riesgo, siendo así compleja su exención.

En virtud a ello, el establecimiento de crédito debía tomar el total de las precauciones para evitar la ocurrencia de fraude, liberando de cargas al consumidor, pues en el modelo de responsabilidad adoptado por la Corte, no había lugar al estudio de la culpa de los otros intervinientes. Así, la carga se observaba solamente el establecimiento de crédito creando una serie de externalidades que deben ser solo soportadas por este.

Desde el año de 2016 hasta la fecha, la Corte se aparta de la teoría del riesgo, tomando en consideración los deberes de cada una de las partes intervinientes en la relación contractual, comprendiendo que la conducta del consumidor, puede ser determinante para ocasionar el fraude.

Así, conforme a la postura adoptada por la Corte desde el año 2016 hasta la actualidad, en primera medida, al realizar un estudio de la racionalidad, este interviniente de la relación contractual puede adoptar en virtud a su profesionalidad y posición dominante dos modelos de conducta. El primero de ellos, se circunscribe al cumplimiento de sus deberes legales y contractuales, pues al basarse fundamentalmente en su experiencia, debe comprender el sistema y los riesgos del mismo, destinando sus recursos a la ocupación de sus utilidades. El segundo por su parte, se presenta cuando omite los deberes y prerrogativas que le son exigibles, comprometiendo su responsabilidad, y siendo uno de los actores que posibilitó el riesgo, para este caso, el fraude.

Es en este sentido, el establecimiento de crédito actúa de manera racional cuando al realizar un examen, compensa sus beneficios frente a los costos que le pueden llegar a generar el incumplimiento de sus deberes en una eventualidad de fraude, y de no hacerlo, su actuar se

enmarcaría en una conducta negligente. Pues ante la realización del contrato de apertura de crédito con el consumidor financiero, el supuesto de fraude resulta incierto, con lo cual éste, en términos de Posner debe adoptar una decisión que maximice su bienestar, y ello lo logra tomando en consideración sus deberes tanto legales como contractuales.

Ahora bien, esta racionalidad frente a su relación con el establecimiento de comercio, se traduce en un examen costo-beneficio, donde implementa cláusulas contractuales, en las cuales se observa la posibilidad de exigirle al establecimiento de comercio la restitución de los dineros trasladados por causa de este supuesto, así, el establecimiento de crédito teniendo presente la posible ocurrencia del hecho, establece estas cláusulas previendo los probables costos en que incurriría si sucede el fraude.

Ahora bien, respecto al elemento de las normas como precios, las cargas impuestas por la norma al establecimiento de crédito funcionan como determinantes de su conducta, en este sentido, los deberes de seguridad que observa fungen como un incentivo que resulta más económico frente al incumplimiento de los mismos, es decir, a la entidad de crédito en un principio le es más módico afianzar su sistema de seguridad, pues de lo contrario tendría que atender los costos de la producción del supuesto de fraude.

De manera que, la Ley 1328 de 2009 resulta ser un incentivo para la entidad de crédito, a realizar un comportamiento conforme a la misma para así evitar costos, así el legislador a través de la norma, cumple su objetivo de protección al consumidor financiero, ya que, si la entidad de crédito actúa conforme a la ley, se evita que los derechos del consumidor sean desmejorados.

Esta revisión de la norma como precio, posibilita que la entidad de crédito opte por su bienestar en el tráfico de las relaciones jurídicas que realiza, donde idealmente debe guiar sus decisiones en virtud de la utilidad que le produzcan.

Finalmente, sobre la eficiencia, según el teorema de Coase, si bien la norma objeto de estudio establece unos deberes en cabeza del establecimiento de crédito de manera genérica, y no respecto al fraude en concreto, el establecimiento de crédito utilizando las diferentes figuras contractuales ha decidido internalizar los costos de transacción, estableciendo deberes contractuales específicos respecto al fraude, lo que le permite a éste disminuir o evitar posibles costos de transacción que la figura del fraude le generaría.

Así, el hecho de que el establecimiento de crédito incumpla sus deberes de seguridad frente a dicho supuesto, generaría una externalidad de carácter negativo, pues ello contribuiría a una desconfianza generalizada por parte de los consumidores en la adquisición de este instrumento de pago de pago, lo que conllevaría a una reducción en los beneficios inmersos en este por parte del establecimiento de crédito.

Entonces, teniendo en cuenta ello, desde el teorema de Coase la norma resulta eficiente pues establece los deberes del establecimiento de crédito y delimita su conducta en procura de una protección al consumidor, así como también, no resulta ser un obstáculo para que las partes puedan contratar e internalizar los costos para que los mismos sean casi nulos.

A pesar de ello, el establecimiento de crédito incurre en algunos costos, tendientes al cumplimiento de sus deberes, tales como las medidas preventivas de seguridad, así como los generados por la ejecución del contrato, ello en virtud al tipo de régimen de responsabilidad que presenta su actividad, es decir una responsabilidad objetiva. Es así como, al estar cobijado por un régimen de este tipo debe soportar cargas adicionales, traducidas en no poder exonerarse de la misma (a menos de que pruebe lo que determine la ley) y dado que falta el factor culpa, no puede probar o excusarse en el actuar del consumidor, hecho que disminuiría la posibilidad de tener una sentencia favorable. Lo anterior, al tenor de Pareto se traduce en

una desmejora para este interviniente, la cual resulta necesaria para optimizar la postura del consumidor considerado como parte débil de la relación.

Ahora, para Kaldor-Hicks, lograr que el agente desmejorado (en este caso el establecimiento de crédito) pueda de alguna forma optimizar su situación, por parte del agente que mejoró anteriormente (consumidor financiero), resulta eficiente, así el establecimiento de crédito frente a este supuesto y su desmejora debe lograr la compensación, la cual logra a través del ejercicio de su profesión, con la utilización de sus servicios por parte de los consumidores y de su posición en el sistema en general.

Finalmente es menester mencionar que, el establecimiento de crédito no siempre compensa su desmejora, pues en la relación contractual con el establecimiento de comercio, es quien en principio soporta el costo social, ello en razón a que, como fue expuesto a lo largo de este texto, el establecimiento de comercio al tener una participación activa e importante en la producción del fraude, debería en principio ser parte de la responsabilidad del mismo, sin embargo, al no existir una norma que vincule a este directamente por su presunto incumplimiento, la Delegatura de la Superintendencia Financiera, ha establecido que el incumplimiento de los deberes del establecimiento de comercio son responsabilidad del establecimiento de crédito, y que por tal razón esta no puede exonerar su responsabilidad en la inobservancia del establecimiento de comercio. Así el ordenamiento jurídico le impone al establecimiento de crédito una carga que no tiene por qué soportar en la medida en que, este no tiene la posibilidad de evitar dicha falta por parte del establecimiento de comercio.

Lo que en un principio permite que el establecimiento de crédito resista en virtud de una responsabilidad objetiva, el costo social, cuando el establecimiento de comercio al ser parte determinante de la ocurrencia del fraude debería responder de manera solidaria ante el consumidor, pues el establecimiento de crédito no puede controlar las actuaciones de los

establecimientos de comercio adheridos a este, lo que en sí no resulta proporcional ni compensatorio para el establecimiento de crédito.

Y si bien, el establecimiento de crédito puede realizar una retención del dinero para hacer el cobro de lo tomado en el fraude, el hecho de considerar la participación del establecimiento de comercio en la adjudicación de responsabilidad, disminuiría la carga del establecimiento de crédito a la hora de la misma, pues este podría poner de presente ante la jurisdicción que el actuar del establecimiento de comercio es determinante para la realización del fraude, así como también resulta ajeno a su posibilidad de prevención, de manera que ello permita bien sea una exoneración, o un menor grado de responsabilidad, para que de esta forma la entidad de crédito pueda disminuir los costos de transacción que le genera en sí el proceso.

Y es allí donde no resulta eficiente la norma frente al estudio costo-beneficio desde la óptica de la relación establecimiento de crédito-establecimiento de comercio, dada la imposición de costos que soporta una de las partes sin ser compensada.

4.2.3 Establecimiento de comercio

La conducta desplegada por el establecimiento de comercio, resulta ser determinante en la ocurrencia del supuesto de fraude, así es necesario precisar en primera medida si su actuar resulta racional. El establecimiento de comercio, como se apreció en el capítulo tercero de este documento, se encuentra ligado con el establecimiento de crédito en virtud de un contrato de afiliación o adquirencia, en este sentido como primera medida habría que entender que, su actuar racional se circunscribe no sólo a la observancia de los deberes impuestos por el contrato, sino también de las prerrogativas contempladas por el ordenamiento jurídico.

De esta forma maximizaría sus utilidades a través de la consecución de objetivos, que lo mantendrían en una posición segura y que no compromete sus recursos. No obstante, lo anterior, este interviniente puede obviar los deberes de seguridad impuestos, representados

en la presentación del documento de identificación, en el evento de una transacción, y en este caso se entrevé el quebrantamiento de una estructura previamente establecida para mitigar el supuesto, siendo así su actuar completamente irracional, pues de lo contrario, si la conducta del establecimiento fuera racional, el fraude no podría materializarse o muy difícilmente lo haría.

Los incentivos presentes en los instrumentos jurídicos y cláusulas contractuales, que llevan a que el interviniente opte o no por la realización de una conducta, se observan como precios implícitos, y en este sentido es el establecimiento de comercio, quien debe realizar un análisis que le permita establecer si está o no dispuesto a pagar el precio del incumplimiento. Ahora, es menester mencionar que, no es posible observar en el ordenamiento jurídico colombiano una norma cuyo contenido se encargue de imponerle “precios adicionales” al establecimiento por su inobservancia de los deberes, y así, este solo se enfrenta a los eventuales incumplimientos contractuales.

En otro sentido, respecto a la eficiencia desde la óptica de Coase, al estar frente a la existencia de un contrato que vincula al establecimiento de comercio con el establecimiento de crédito, en el cual se pretende la internacionalización de costos de transacción y/o externalidades, podríamos establecer que, si bien la celebración y ejecución del mismo conlleva una serie de costos, al momento de presentarse el supuesto de fraude, como fue tratado con anterioridad, es en principio el establecimiento de crédito quien asume la totalidad del costo social, el cual dada la prevención del riesgo está en cabeza tanto del establecimiento de crédito como del establecimiento de comercio, debiendo ser soportado por ambos intervinientes.

Así, este podría interiorizar los costos de transacción y externalidades (disminuyéndolos en gran medida) con la posible implementación de medios electrónicos que permitan la lectura de la cédula del individuo que presente la tarjeta de crédito y pretenda la realización del

fraude, de manera que, al establecerse este mecanismo como una obligación, la ocurrencia del fraude sería menos probable y evitaría la presentación de dichas externalidades.

Entonces, al implementar como cláusula contractual, la obligación de medios electrónicos tendientes a disminuir el supuesto objeto de estudio, el establecimiento de comercio (e incluso el establecimiento de crédito) realizará una inversión, resultado de un análisis costo beneficio.

Es así como en términos de Coase, dado que el contrato genera costos de transacción y posibles externalidades, no hay eficiencia en la protección al consumidor financiero para el establecimiento de comercio y el establecimiento de crédito.

En términos de Pareto, el establecimiento de crédito al trasladarle algo del costo social al establecimiento de crédito, mejora su posición empeorando la del establecimiento de comercio. Dicha desmejora se materializa en la imposición de una cláusula contractual que no solo le obligue a implementar el mecanismo electrónico de seguridad aludido con anterioridad, sino también en un traslado mayor de la responsabilidad cuando se presente el supuesto de fraude. Así tanto el establecimiento de crédito como el consumidor mejorarán su situación; el primero compartiendo el costo social, y el segundo evitando o por lo menos haciendo más dificultoso una afectación a su patrimonio. De manera que, si esta redistribución de cargas de logra, la norma resultaría eficiente bajo los términos de este autor. Por último, en cuanto a Kaldor-Hicks, y en concordancia con lo anterior, al hacer una redistribución de las cargas en procura de mejorar la situación de las partes desmejoradas, si el cambio en el contrato realizado entre el establecimiento de comercio y la entidad vigilada, supone una mejora o ganancia mayor a la pérdida de un interviniente, hablaríamos entonces de una eficiencia. Pues el panorama actual, al no haber una distribución de cargas conforme

a lo que cada parte debe soportar, no hay una compensación potencial frente al daño ocasionado por el fraude.

Así debería operar una compensación donde el establecimiento de crédito y el consumidor quedarán en una posición de ventaja frente al establecimiento de comercio, teniendo de presente su intervención ante el supuesto. Si bien esta compensación genera una pérdida para el establecimiento de comercio, según el autor al aceptarse como norma general en un periodo de tiempo mediano existe gran probabilidad que todos los intervinientes ganen y ninguno pierda.

4.3 Conclusiones del capítulo

En virtud del análisis realizado, la protección al consumidor financiero, comprende la intervención de varios agentes que contribuyen a la salvaguarda del mismo, sin embargo, si bien la Ley 1328 de 2009 busca en mayor medida la protección del consumidor, es evidente la repercusión que la misma tiene sobre los demás agentes (establecimiento de crédito, establecimiento de comercio).

De esta manera, frente al estudio realizado a la luz del Análisis Económico del Derecho, es posible evidenciar en primer lugar que respecto al consumidor financiero la norma resulta ser eficiente, pues pretende que este reduzca los costos frente a la ocurrencia del fraude. Toda vez que está al predecir la conducta del mismo ha establecido limitaciones para moldear su comportamiento frente a la posible ocurrencia del fraude, además de liberarlo de cargas que no debe soportar por su débil condición en la relación contractual, permitiendo que el mismo a través de un análisis costo-beneficio pueda evaluar la repercusión a la omisión de sus deberes y así incentivarlo a actuar conforme a ello, evitando así la ocurrencia del fraude.

En segundo lugar, frente al establecimiento de crédito, la protección al consumidor, resulta parcialmente eficiente, puesto que al no haber una regulación precisa sobre el fraude en

tarjetas de crédito hay una imposición de cargas desigual, debido a que el establecimiento de crédito es quien soporta el costo social sobre el supuesto, poniendo en su cabeza obligaciones que no debe soportar por estar por fuera de su alcance. A pesar de ello, al ser la parte dominante de la relación de consumo, hay cargas impuestas a este que contribuyen positivamente a la protección del consumidor, las cuales debe y puede soportar.

En tercer lugar, respecto al establecimiento de comercio, la protección al consumidor no resulta eficiente, ello en virtud a que este interviniente se encuentra de cierta manera privilegiado, ya que con ocasión del fraude, ante la presentación de un posible litigio, el ordenamiento jurídico no le impone carga alguna a este, de manera que esta omisión no compensa los gastos en los que incurren los demás intervinientes de la relación contractual, generando externalidades negativas de las cuales no se hace cargo.

CONCLUSIONES

El Sistema Financiero, como parte fundamental de la economía colombiana posibilita la interacción de varios sectores permitiendo no solo un desarrollo económico completo, sino también un desarrollo social, el cual se refleja en la intervención de varios agentes que buscan la protección de este sistema y de aquellos usuarios que participan en el mismo.

Dichos usuarios, denominados consumidores financieros, cuentan con una protección dispuesta por el legislador desde el texto constitucional, desarrollada a través de diferentes prerrogativas normativas que comprenden principios, derechos y deberes (Ley 1328 de 2009, Ley 1480 de 2011), que buscan posicionarlo en un estado de igualdad frente a los otros intervinientes del sistema. En este sentido, el consumidor financiero puede establecer relaciones con diversos agentes, entre ellos las entidades de crédito quienes permiten que este adquiera productos y servicios para satisfacer sus necesidades, bajo la imposición de deberes y obligaciones que benefician al consumidor, salvaguardando sus intereses.

Así, en el tráfico de las relaciones jurídicas desarrolladas por el consumidor con la entidad de crédito, pueden surgir eventualidades que afecten al consumidor, en este sentido la ley prevé varios mecanismos como el Sistema de Atención al Consumidor (SAC), el Defensor del Consumidor (D.F) o las instancias de la Superintendencia Financiera (a través de la queja o la demanda) o la Jurisdicción Ordinaria, las cuales abogan por su protección.

Ahora bien, el consumidor financiero en la interacción que realiza con la entidad de crédito, puede suscribir un contrato de apertura de crédito, donde será titular de una tarjeta de crédito que le permitirá adquirir bienes y servicios, bajo la atención de una serie de obligaciones que posibilitan la ejecución del mismo y su aseguramiento frente a eventualidades tales como el fraude en sus distintas modalidades sobre el plástico.

Este supuesto de fraude en tarjetas de crédito, es un problema notable en el tráfico tanto jurídico como económico, pues por un lado afecta el patrimonio de las partes intervinientes y, por otro lado, permite la iniciación de un pleito jurídico en aras de establecer la responsabilidad de los mismos.

Respecto al régimen de responsabilidad, es de notar que esta es predicable de cada uno de los intervinientes teniendo en cuenta el acato o desacato de las obligaciones a su cargo. De esta manera, para la entidad de crédito, el régimen de responsabilidad aplicable según el desarrollo jurisprudencial es el objetivo, dada su profesionalidad; ello es posible observarlo en el arduo recorrido jurisprudencial esbozado por la Corte Suprema de Justicia y algunos fallos evaluados de la Delegatura de la Superintendencia Financiera.

Así frente a este interviniente, el desacato de sus obligaciones tanto legales como contractuales, resulta determinante para la adjudicación de la responsabilidad, toda vez que la inejecución de las mismas posibilita la ocurrencia del fraude. De manera que, su participación en el litigio resulta contundente al recaer sobre ésta la carga de la prueba, para demostrar su diligencia y la posible negligencia por parte del consumidor.

Por otro lado, en cuanto a la responsabilidad del consumidor, esta se circunscribe igualmente al cumplimiento de sus obligaciones, especialmente en aquellas prácticas que comprenden su salvaguarda pues si bien el consumidor resulta ser el objeto de protección y la parte débil de la relación, este debe acatar una serie de deberes y obligaciones contraídas, las cuales evitan ponerlo en riesgo. De manera que, el establecimiento de crédito al contar con la carga de la prueba, puede demostrar la impericia del consumidor, la cual si es probada y evidente podría dar lugar a una concurrencia de culpas.

Ahora, al observar este supuesto una relación plurilateral, el actuar del establecimiento de comercio resulta fundamental en la materialización o no del fraude, pues su responsabilidad

deviene del contrato suscrito con la entidad de crédito, bajo el entendido en que debe cumplir al igual que los otros intervinientes con sus obligaciones a cargo, en este caso puntual las de verificar la identificación del tarjetahabiente. De manera que, la omisión a estos deberes comprometería su responsabilidad, la cual para dicho interviniente comprende un régimen subjetivo, donde en virtud de la figura de la carga dinámica de la prueba, deberá hacer valer los hechos de los que tenga disponibilidad y facilidad de probar.

Con todo ello, el operar de la norma resulta imperante; en este sentido la herramienta del Análisis Económico del Derecho permite el estudio de la racionalidad, la norma como precio y la eficiencia de la norma a la luz de este supuesto de riesgo al que se enfrenta el consumidor financiero.

Pues bien, respecto a la racionalidad, la norma resulta racional en la medida en que permite que los intervinientes realicen el estudio de costo-beneficio sobre la aplicación de la misma. Así como también resulta ser un incentivo para el comportamiento de los mismos, y que en términos generales permitiría la materialización de la eficiencia.

Desde la óptica de la eficiencia esta permite observar que la protección al consumidor frente al fraude en tarjetas de crédito no resulta eficiente para los 3 intervinientes de la relación de consumo, ello en razón a que, si bien la norma establece una protección completa y segura para el consumidor, está afecta de cierta forma a los demás intervinientes. Por un lado, el establecimiento de crédito se ve afectado en virtud a las cargas impuestas, siendo este quien asume la totalidad del costo social. Y, por otro lado, respecto al establecimiento de comercio, no resulta eficiente por estar liberado de un costo social que debe y puede soportar dada su participación en la ocurrencia del hecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, D. (2014). Criterios del Análisis Económico del Derecho, aplicables al estudio de la patentabilidad de programas de computador. *Con-texto*, 41, 87-114.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/3854>
- Anaya, C (2012). Riesgos en las transacciones electrónicas bancarias. Una carga que debe ser asumida por la banca. *Revista e-Mercatoria*. 11, 1, 287-331.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3206>
- Arcos, D. & Robayo, Y. (2016). *¿Cuál es el procedimiento interno que realizan las entidades bancarias, respecto al derecho de petición, según la estructura señalada en la Ley 1755 de 2015?* [Diplomado]. Repositorio institucional, Universidad la Gran Colombia.
https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4877/Derecho_petici%C3%B3n_entidades_bancarias.pdf?sequence=1
- Aristizabal, M, Díaz C, Hoyos, H, Redondo, M. & Ramírez, J. (2019). *Sistema financiero colombiano. En Moneda, Banca, e introducción a la teoría monetaria.* (Págs. 109-239). Ediciones de la U. <https://edicionesdelau.com/producto/moneda-banca-e-introduccion-a-la-teoria-monetaria/>
- Asobancaria. (2020). *Informe de tarjetas de crédito reporte mensual de cifras de tarjeta de crédito en establecimientos de crédito.* Asobancaria.
<https://www.asobancaria.com/informe-tarjetas-credito/>

- Baena, D, Hoyos, H. & Ramírez, J (2012). *Conceptos básicos del sistema financiero colombiano. Sistema financiero colombiano*. (Págs. 21-195). Ecoe Ediciones.
<https://www.ecoediciones.com/wp-content/uploads/2016/07/Sistema-financiero-colombiano-2da-Edicio%CC%81n.pdf>
- Becker, G. (1993). Nobel Lecture: The economic way of looking at behavior. *The Journal of Political Economy* (101), 385-409. <https://www.jstor.org/stable/2138769?seq=1>
- Bejarano, J. (1999). El análisis económico del Derecho: comentarios sobre textos básicos. *Revista de Economía Institucional* (155-167).
<https://www.redalyc.org/pdf/419/41900110.pdf>
- Bernal, M. & Villegas, L. (2008). Problemas de la contratación Moderna y la protección al consumidor en las tecnologías de la información y la comunicación. *Vniversitas*, 117, 153-179.
<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14534>
- Bonilla, A. (2015). *Importancia del Sistema Financiero Colombiano del clima organizacional para los establecimientos bancarios en el periodo 2010- 2014*. [Tesis de pregrado]. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá.
<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/71116/monografia%20final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Briceño, A. & León, A. (2017). *Apertura de crédito, modalidad rotativa, tarjeta de crédito: desde una perspectiva de la contratación a través de medios electrónicos*. [Tesis de Maestría]. Repositorio institucional, Pontifica Universidad Javeriana.

<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/41607/LeonOstosAndradePilar2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Buchanan, J. (2000). Buena economía – mal derecho. A. roemer, derecho y economía: una revisión de la literatura. *Derecho y Economía*, 123-132.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=2126>

Bullard, A. (2018). *Análisis Económico del Derecho*. Fondo Editorial.
http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170692/35%20An%C3%A1lisis%20econ%C3%B3mico%20del%20derecho%20con%20sello.pdf?fbclid=IwAR3ia6VTiSeTy3zKW1VbblGByh-wuYktZdPa3vwLsiKGQD_UsZLz3erg0dE

Castillo, A., Montero M., & Montilla, M. (2020). *Introducción a los sistemas financieros*. Escuela Francisco Largo Caballero.
<http://www.fudepa.org/FudepaWEB/Actividades/FBasica/SistFinanciero.pdf>

Celi, L. (2015). *La educación del consumidor financiero, como complemento al papel del Estado, en la intervención de la actividad financiera*. [Tesis de Doctorado]
Repositorio institucional, Universidad Pontificia Bolivariana.
<https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2612/ARTICULO%20DEFINITIVO%20LUIS%20FERNANDO%20CELI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Chamie, J (2013). Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor. *Revista de Derecho Privado*. 24, 115-132.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3481>

Constitución Política de Colombia [C.P.]. Art. 150. Julio 07 de 1991. Secretaría de Senado.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Constitución Política de Colombia [C.P.]. Art. 189. Julio 07 de 1991. Secretaría de Senado.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Constitución Política de Colombia [C.P.]. Art. 372372. Julio 07 de 1991. Secretaría de Senado.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Coronado, J. (2018). *Derechos del consumidor financiero y los costos en la utilización de los servicios bancarios en Colombia 2010-2017*. [Tesis de maestría]. Repositorio institucional, Universidad Libre

<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/15557/Documento%20-%20Monografia%20tarifas%20bancarias%20-%20Maestria%20Activo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Correa, R. Galeano, F, & Vergara, C (2010). *Contrato de apertura de crédito y la tarjeta de crédito como instrumento crediticio*. [Tesis de pregrado] Repositorio institucional, Universidad Pontificia Bolivariana.

<https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/86/TESIS%20FINA L.pdf?sequence=1>

Corte Constitucional de Colombia. Sala plena de la Corte Constitucional. (noviembre 13 de 2002). Sentencia C-973 de 2002. [M.P Tafur Galvis. A].

Corte Constitucional de Colombia. Sala plena de la Corte Constitucional. (agosto 32 de 2000). Sentencia C-1141 de 2000. [M.P Cifuentes Muñoz. E].

Corte Constitucional de Colombia. Sala plena de la Corte Constitucional. (octubre 16 de 2008). Sentencia C-1011 de 2008. [M.P. Córdoba Triviño. J].

Corte Constitucional de Colombia. Sala Sexta de la Corte Constitucional. (Julio 5 de 2000). Sentencia T-835 de 2000. [M.P. Martínez Caballero A.]

Corte suprema de Justicia [C.S.J] Sala de casación civil y agraria. (septiembre 17 de 2002). Sentencia SC 176-2002. [M. P. N. Bechara].

Corte suprema de Justicia [C.S.J] Sala de casación civil y agraria. Sentencia SC 1694-2019. (diciembre 11, 2019). [M.P. J. Cudero].

Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala de Casación Penal. (mayo 23 de 2012). Sentencia SP-38382 de 2012. [M.P: M. Gonzáles].

Corte suprema de Justicia [C.S.J]. Sala de casación civil y agraria. (diciembre 19 de 2016). Sentencia SC 18616-2016. [M. P. A, Salazar].

Corte Suprema de Justicia [C.S.J]. Sala de casación civil y agraria. (diciembre 18 de 2020). Sentencia SC-5176-2020. [M.P. L. Rico].

Decreto 1848 de 2016 [Presidencia de la República]. *Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia Financiera de Colombia.* (17 de noviembre de 2016).

Decreto 2555 de 2010 [Presidencia de la República]. *Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.* (15 de julio de 2010).

Decreto 410 de 1971. *Por el cual se expide el código de comercio.* (27 de marzo de 1971).
Diario Oficial N° 33.339.

Decreto 4601 de 2009. *Por el cual se regulan las sociedades de intermediación cambiaria y de servicios financieros especiales.* (25 de noviembre de 2009).

Delgado, M. (2020). *El Sistema Financiero: mercados, instituciones e instrumentos.* Universidad Centroamericana José Simeón Cañas.
<http://www.uca.edu.sv/facultad/clases/maestrias/made/m230054/10Cap-6-SISTEMA-FINANCIERO.pdf>

Díaz, J., (2016). La carga dinámica de la prueba como modalidad de la carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Como vulneración a la igualdad constitucional. *Entramado*, 12,1, 202-221.
<http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v12n1/v12n1a14.pdf>

Donneys, O., Rivera, C., & Tarapuez, P. (2019). *El Sistema Financiero Colombiano. Teoría monetaria y bancaria.* (pp. 283-373). Ecoe Ediciones.
<https://www.ecoediciones.com/wp-content/uploads/2015/08/Teoria-monetaria-y-bancaria-1ra-Edici%C3%B3n.pdf>

Duarte, T. & Jiménez, R. (2007). Aproximación a la teoría del bienestar. *Scientia et Technica*, XIII37, 305-310.
<https://revistas.utp.edu.co/index.php/revistaciencia/article/view/4107>

Echandía, H. (1972). *Teoría general de la prueba judicial*. (Tomo I). Editorial Temis.

https://www.corteidh.or.cr/tablas/13421_ti.pdf

Echeverry, D. (2019). *Sistema financiero y bursátil. Módulo de aprendizaje auto dirigido*.

Rama Judicial. Plan de formación, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Echeverry, V. & Ospina, J. (2015). La regulación desde la publicidad en el nuevo estatuto

del consumidor. Implicaciones desde la teoría del contrato. *Revista de Opinión*

Jurídica, 14 (28), 136-158.

<http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v14n28/v14n28a08.pdf>

Estrada, D. & Gutiérrez, J. (2008) Supervisión y regulación del sistema financiero:

Modelos, implicaciones y alcances. *Borradores de Economía*, 490, 1-38.

<http://www.scielo.org.co/pdf/pece/n13/n13a3.pdf>

Estupiñan, R. (2015). *El fraude y la estafa en los negocios. Control interno y fraudes, análisis de informe COSO I, II y III con base en los ciclos transaccionales*. (pp 359-

392). Ecoe Ediciones. [https://www.ecoediciones.com/wp-](https://www.ecoediciones.com/wp-content/uploads/2015/07/Control-interno-y-fraudes-3ra-Edicio%CC%81n.pdf)

[content/uploads/2015/07/Control-interno-y-fraudes-3ra-Edicio%CC%81n.pdf](https://www.ecoediciones.com/wp-content/uploads/2015/07/Control-interno-y-fraudes-3ra-Edicio%CC%81n.pdf)

Galvis, I. (2017). Geometría del fraude. *Cuadernos de contabilidad*, 18(45), 74-85.

<http://www.scielo.org.co/pdf/cuco/v18n45/0123-1472-cuco-18-45-00074.pdf>

García, V. (2014). *Introducción a las finanzas*. Editorial Patria.

de <https://editorialpatria.com.mx/pdf/files/9786074387230.pdf>

Gómez, D. (2016). El control de las cláusulas abusivas en el sector bancario. *Revista de*

Derecho Privado, 55, 1-35. <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360046467010.pdf>

- González, A. & López, J. (2008). El sistema financiero marco de funcionamiento para las entidades de crédito. *Gestión Bancaria*, 3, pp. 1-17.
<https://www.joaquinlopezpascual.com/documents/27130/32933/cap%C3%ADtulo-01.pdf/156fa89a-30b6-4e86-8ac5-b29fc6fcd8fd>
- Gutiérrez, J. (2008). Análisis Económico del Derecho. Revisión al caso colombiano. Economía aplicada al derecho. *Con-Texto*. 24. 11-30.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1975>
- Hoyos, H. Ramirez, J. y Redondo, M. (2019). Mercado de Capitales. *Mercado de Capitales e introducción al Mercado de Divisas*, 1, 79-103
- Jaramillo, P. (2012). La protección del consumidor de seguros en Colombia: Antecedentes, evolución, retos y perspectiva. *RIS*. 37(21), 213-233.
<file:///C:/Users/bibliotecaprincipal/Downloads/11471-Texto%20del%20art%C3%ADculo-43887-1-10-20150226.pdf>
- Jiménez, F (2014). Efectos del Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC): En el tratamiento de la exigencia legal de la educación al consumidor financiero. *Revista Civilizar*, 5(9), 69-86. <https://doi.org/10.22518/2462909X.266>
- Kramer, M. (2015). Los modelos de Banca Universal y Banca Especializada: Situación post crisis en Estados Unidos y Alemania. [Tesis de pregrado]. Universidad Pontificia ICAI ICADE Comillas.
<https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/6994/retrieve>

Ley 1328 de 2009. *Por medio del cual se dictan normas en materia financiera de seguros del mercado de valores y otras disposiciones.* (15 de julio de 2009). Diario Oficial N° 47411

Ley 1480 de 2014. *Por medio de la cual se expide el estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones.* (12 de octubre de 2011). Diario Oficial N° 48220

Ley 1564 de 2012. *Por medio del cual se expide el código general del proceso y se dictan otras disposiciones.* (12 de julio de 2012). Diario Oficial N° 48489.

Ley 663 de 1993. *Por la cual se actualiza el estatuto orgánico del sistema financiero y se modifica su titulación y numeración.* (05 de abril de 1993). Diario Oficial N° 40820.

Lozano, M. (2017). *Sistema financiero.* Fundación Universitaria Areandina. <https://digitk.areandina.edu.co/bitstream/handle/areandina/1502/Sistema%20financiero%20colombiano.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Mariño, A. (2013). Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. [Tesis de doctorado]. Repositorio Institucional, Universidad Autónoma de Barcelona. <https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2003/tdx-0701104-163430/aml1de1.pdf>

Martínez, C. (2019). El uso de efectivo y tarjetas débito como instrumentos de pago en Colombia. *Lecturas De Economía*, 90, pp. 71- 75. <http://www.scielo.org.co/pdf/le/n90/0120-2596-le-90-71.pdf>

Martínez, N. (1994). *Sistemas financieros. Derecho financiero comparado: sistemas financieros fundamentos jurídicos y económicos, para la iniciación de su estudio en América Latina.* (pp. 67-104). Federación Latinoamericana de bancos.

- Moreno, M. (2009). La calidad en el servicio y la satisfacción del usuario en las instituciones financieras del municipio libertador del Estado de Mérida. *Economía*, XXXIV, (27). <https://www.redalyc.org/pdf/1956/195614958009.pdf>
- Muguillo, R (2004). *Tarjeta de Crédito*. Editorial Astrea
- Muñoz, F (2014) *Mercado de tarjetas de crédito en Colombia, un enfoque mediante la dinámica de sistemas*. [Tesis de maestría]. Repositorio institucional, Universidad Nacional de Colombia. <http://bdigital.unal.edu.co/39894/1/8033736.2014.pdf>
- Muñoz, S. & Sarmiento, J. (2016). *Análisis de la protección del consumidor financiero en las transacciones electrónicas bancarias*. [Tesis de pregrado]. Repositorio institucional, Universidad Cooperativa de Colombia. <https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/1861/1/AN%20C3%81LISIS%20DE%20LA%20PROTECCI%20C3%93N%20AL%20CONSUMIDOR%20FINANCIERO%20EN%20LAS%20TRANSACCIONES%20ELECTR%20C3%93NICAS%20BANCARIAS%20EN%20COLOMBIA.pdf>.
- Núñez, P. (1996). *La tarjeta de crédito*. [Tesis de doctorado]. Universidad de Sevilla. <https://idus.us.es/handle/11441/24004;jsessionid=AC5AE576BFABF047E350CBC134985A49?>
- Ortiz, T. (2018). *Protección al consumidor financiero frente a transacciones desconocidas en cuenta corriente y cuentas de ahorro*. [Tesis de pregrado]. Repositorio institucional, Pontificia Universidad Javeriana. <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/45680>

- Padilla, J. & Zafra, M (2017). Responsabilidad de los establecimientos bancarios por el pago de cheques falsos en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, 32, 383-420.
DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.13>.
- Paredes, E., & Velasco, E. (2014). *Comportamiento del consumidor*. Universidad de Pamplona.
http://www.unipamplona.edu.co/unipamplona/portaIG/home_109/recursos/o
- Peláez, R. (2019). *Manual para el manejo de la prueba con énfasis en el proceso civil, penal, disciplinario y administrativo*. Ediciones Doctrina y Ley.
- Pérez, A. (2013). Cláusulas abusivas y su regulación a la luz de la Ley 1480 de 2011-Compatibilidad o dicotomía. *Revista Prolegómenos*. 16 (32), 159-174.
<https://doi.org/10.18359/dere.766>
- Pérez, B. (1980) Aspectos jurídicos y civiles de la tarjeta de crédito. *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, 78, 13-43. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/27149/24496>
- Pinzón, M. (2010). *El análisis económico del derecho: una apuesta por una visión incluyente. Aproximaciones al análisis económico del derecho*. (pp. 35-79). Universidad Externado de Colombia.
- Posner, R. (2000). *Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Posner, R. (2002). El movimiento del análisis económico del derecho: Desde Bentham hasta Becker. *Themis*, 44, 37-54.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10057>

- Querol, N. (2018). *Análisis Económico del Derecho*. Dykinson.
https://elibro.net/es/lc/usta/titulos/59047?as_all=An%C3%A1lisis_Econ%C3%B3mico_del_Derecho.&as_all_op=unaccent_icontains&prev=as
- Quiroz, B. (2016). *Definición de Microeconomía. Microeconomía*. Universidad Católica los Ángeles Chimbote.
<http://repositorio.uladech.edu.pe/bitstream/handle/123456789/6400/Libro%20MICROECONOMIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rendón, J. (2007). *Responsabilidad civil contractual por fraudes con tarjeta de crédito en Colombia*. [Tesis de pregrado]. Repositorio institucional, Universidad EAFIT.
<https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/457>
- Rivera, R. (2011). *La prueba, un análisis racional y práctico*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
<https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788497688994.pdf>
- Rodríguez, A. (2014) Análisis económico de la responsabilidad bancaria frente a los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional, 128. *Vniversitas*, DOI: 10.11144/Javeriana.VJ128.aerb.
<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/10176>
- Rodríguez, S. (2002). *Contratos Bancarios, su significación en América Latina*. Legis.
- Salamanca, D. (2021). Últimos 10 años del mercado de capitales. *Caracterización del mercado de capitales colombiano: una perspectiva integral*. Asobancaria

Streeten, P. (1959). El principio de compensación. *Revista de Economía Política*, 22, 5-23.

<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=11&IDN=929&IDA=31526>

Superintendencia Financiera de Colombia (2008, 25 de septiembre). *Circular externa 48 de 2008. Instrucciones relacionadas con las condiciones de gestión de cobranza prejudicial*. Superintendencia Financiera de Colombia.

https://defensorialg.com.co/normatividades/circular_externa_048/circular-externa-048-de-2008-cobranza.pdf

Superintendencia Financiera de Colombia (2010a). *Concepto 2010043362-002. Superintendencia Financiera. Reglas relativas a la competencia y a la protección del consumidor*. Superintendencia Financiera de Colombia.

Superintendencia Financiera de Colombia (2011, 6 de septiembre). *Circular externa 038 de 2011*. Superintendencia Financiera de Colombia.

<https://www.mibanco.com.co/upload/pdf/consumidor-financiero/9.CIRCULAR-038.pdf>

Superintendencia Financiera de Colombia (2012, 14 de diciembre). *Concepto 2012094213-001 de 14-12-2012. Reclamaciones antes las entidades vigiladas, procedimiento*. Superintendencia Financiera de Colombia.

Superintendencia Financiera de Colombia (2020a). *Acerca de la SFC*. Superintendencia Financiera de Colombia.

<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/60607/f/0/c/0#naturaleza1>

Superintendencia Financiera de Colombia (2020b). *Conformación del Sistema Financiero Colombiano*. Superintendencia Financiera de Colombia.

<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/11268/dPrint/1/c/00>

Superintendencia Financiera de Colombia (2020c). *Historia de la Superintendencia Financiera de Colombia- Bogotá*. Superintendencia Financiera de Colombia.

<https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/nuestra-entidad-20483>

Superintendencia Financiera de Colombia (2020d). *Prácticas de protección propias por parte de los consumidores financieros*. Superintendencia Financiera de Colombia.

<https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/normativa/proteccion-al-consumidor-financiero/sobre-el-regimen-especifico-de-proteccion-al-consumidor-financiero/regimen-de-proteccion-al-consumidor-financiero/practicas-de-proteccion-propia-por-parte-de-los-consumidores-financieros-11172>

Superintendencia Financiera de Colombia (2020e). *Cartilla sobre el Defensor del Consumidor Financiero*. Superintendencia Financiera de Colombia.

<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/10087421>

Superintendencia Financiera de Colombia. (1999, 6 de septiembre). *Concepto No. 1999055192-1. Contrato de apertura de crédito*. Superintendencia Financiera de Colombia.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2010b, 30 de junio). *Circular Externa 015 de 2010. Sistema de Atención al Consumidor Financiero*. Superintendencia Financiera de Colombia.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2013, 8 de julio). *Concepto 2013008465-008.*

Protección al consumidor financiero, régimen legal especial defensor del consumidor financiero, alcance de pronunciamientos. Superintendencia Financiera de Colombia.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2014, 3 de octubre). *Circular externa 029 de*

2014. Superintendencia Financiera de Colombia.

<https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/normativa/normativa-general/circular-basica-juridica-ce----10083443>

Superintendencia Financiera de Colombia. (2015, 29 de diciembre). *Circular Externa 052*

de 2015. Canales de atención del consumidor financiero. Superintendencia

Financiera de Colombia. <https://vlex.com.co/vid/591716739>

Superintendencia Financiera de Colombia. (2016, 26 de mayo). *Circular externa 018 de*

2016. Cláusulas y prácticas abusivas. Superintendencia Financiera de Colombia.

<https://fasecolda.com/cms/wp-content/uploads/2019/08/circular-externa18-16-anexo.pdf>.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2017, 31 de marzo). *Circular Externa 008 de*

2017. Respecto del SAC en situación de discapacidad. Superintendencia Financiera

de Colombia. <https://vlex.com.co/vid/677727629>

Superintendencia Financiera de Colombia. (2021). *Información consolidada anual SFC.*

Superintendencia Financiera de Colombia.

<https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/consumidor-financiero/informacion>

[general/quejas-contras-entidades-vigiladas/datos-estadisticos-cifras/informacion-estadistica-semestral-11131](#)

Supervisión, C., & de Basilea, B. (2001). *Debida diligencia con la clientela de los bancos*.

Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. <https://www.bis.org/publ/bcbs85s.pdf>

Tamayo, J (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. (Tomo I). Legis.

Tamayo, J (2019). *La responsabilidad contractual bancaria no se basa en la teoría de las*

actividades peligrosas o riesgosas. Legis *Ámbito*

Jurídico. [https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-](https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/administrativo-y-contratacion/la-responsabilidad-contractual-bancaria)

[impreso/administrativo-y-contratacion/la-responsabilidad-contractual-bancaria](https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/administrativo-y-contratacion/la-responsabilidad-contractual-bancaria)

Torres, M. & Páez, D. (2019). La política pública de sustitución de cultivos de uso ilícito

en Colombia. *Diálogos: desarrollo sostenible a través de los derechos humanos y*

el territorio en el marco del conflicto armado colombiano. Editorial Planeta.

Uribe, J. (2013). El Sistema Financiero Colombiano: Estructura y evolución reciente.

Revista del Banco de la República, 86, 5-17.

<https://publicaciones.banrepcultural.org/index.php/banrep/article/view/8421/8820>

Vásquez, C. (2012). *Protección al consumidor financiero: avances y retos del sector*

asegurador. Protección del consumidor financiero. Fasecolda.

<https://silo.tips/download/proteccion-al-consumidor-financiero>.

Villalba, J. (2009). La noción del consumidor en el derecho comparado y en el derecho

colombiano. *Vniversitas*, 119, 305-340.

<http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n119/n119a18.pdf>.

Yong, S. (2019). *Fundamentos de la responsabilidad pública y privada. Responsabilidad contractual. Introducción a la responsabilidad pública y privada.* (pp 441-471).

Grupo editorial Ibáñez.