

Sentencia T-1008/05

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Eventos en los que procede

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD FINANCIERA-Procedencia

ACTIVIDAD BANCARIA-Es un servicio público

LEGITIMACION POR PASIVA-Entidades bancarias que prestan servicio público

Es claro que -no obstante la ambigüedad del régimen contenido en el contrato de afiliación, en los estatutos de INCOCREDITO y en las reglas que rigen la operación del Comité de Seguridad, ambigüedad que es atribuible a los sistemas de tarjetas- INCOCREDITO ejerce una representación efectiva de los sistemas de tarjetas en relación con las investigaciones de seguridad que adelanta en los establecimientos afiliados y no puede decirse que carezca de legitimación pasiva en la presente acción de tutela. Por tal razón no se requiere vincular al trámite de la acción al sistema de tarjetas contratante o al Comité de Seguridad de las tarjetas de crédito.

Referencia: expediente T-998561

Accionante: Botero Arias Carlos Andrés

Demandado: INCOCREDITO

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D. C., cinco (5) de octubre de dos mil cinco (2005).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de tutela identificado con el número de radicación T-998561 instaurado por Carlos Andrés Botero Arias contra INCOCREDITO.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

Carlos Andrés Botero Arias, obrando en su propio nombre presentó acción de tutela en contra de INCOCREDITO sucursal Pereira, por una presunta violación de sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la libre empresa garantizados por los artículos 29, 25 y 26 de la Constitución, en la que considera incurrió la entidad demandada, al imponerle de manera arbitraria una serie de medidas que lo tienen al borde de la quiebra.

2. Información a los demandados y a terceros eventualmente afectados

Mediante auto de 31 de agosto de 2004, el Juzgado Primero Penal Municipal de Pereira dispuso admitir la acción de tutela y ponerla en conocimiento de la entidad accionada.

3. Oposición a la demanda

La Asociación para la Investigación, Información y Control de Sistemas de Tarjetas de Crédito, INCOCREDITO, obrando mediante apoderado, en escrito de septiembre 3 de 2004, se opuso a las pretensiones de la demanda.

1. Los hechos

4.1. El accionante es comerciante afiliado a distintos sistemas de tarjetas de establecimientos financieros, los cuales tienen como propósito facilitar a los comerciantes un medio de pago mediante tarjetas crédito y débito.

1. En relación con esas operaciones comerciales, INCOCREDITO, entidad delegada por los

sistemas de tarjetas para asuntos de seguridad, adelantó investigación administrativa al establecimiento del accionante, la cual permitió detectar un fraude en la modalidad de falsificación integral. INCOCREDITO conceptuó que dichos fraudes se presentaron debido a la falta de aplicación o no aplicación correcta de las disposiciones contenidas en el contrato de afiliación por parte de los dependientes del establecimiento de comercio.

1. El Comité de Seguridad de los Sistemas de Tarjetas, en el que participan con voz y voto los representantes de cada sistema de tarjetas asociado en INCOCREDITO, así como uno o más representantes de INCOCREDITO, con voz pero sin voto, tomó la decisión de requerir al establecimiento de comercio del accionante para que reintegrara al sistema de tarjetas afectado por las referidas defraudaciones, el valor de las mismas.

1. Como el establecimiento de comercio no cumplió con el requerimiento que INCOCREDITO le hizo en nombre del sistema de tarjetas afectado, el Comité de Seguridad decidió suspenderle el código de operación.

1. Mediante comunicación radicada en INCOCREDITO el 1 de marzo de 2004, el accionante manifestó su preocupación por el requerimiento de consignar el valor de las operaciones fraudulentas realizadas con tarjetas de crédito en su establecimiento, así como su rechazo a la afirmación conforme a la cual dichas operaciones habrían tenido lugar por falta de conocimiento o capacidad de sus dependientes. Así mismo, mediante derecho de petición de abril 27 de 2004, solicitó que se le reestablecieran sus derechos y se le permitiera seguir utilizando el servicio de tarjetas de crédito.

1. INCOCREDITO, en escrito de mayo 3 de 2004, dio respuesta a la anterior solicitud, y manifestó que las decisiones adoptadas en el Comité de Seguridad se ajustan a las previsiones del contrato de afiliación suscrito por el accionante con los sistemas de tarjetas.

1. El 30 de agosto de 2004 el señor Botero Arias interpuso la presente acción de tutela.

1. Fundamento de la acción

Manifiesta el accionante que la actuación de Incocrédito es contraria al debido proceso, porque decidió aplicar de manera unilateral unas condiciones contractuales, sin dar oportunidad a la contraparte para rebatir argumentos y pruebas en ejercicio del derecho de contradicción. Las medidas adoptadas por ese procedimiento unilateral, a su vez, resultan lesivas de sus derechos al trabajo y a la libre empresa.

Agrega que aún aceptando que el contrato de afiliación contenga la base para la adopción de las medidas que se tomaron por Incocrédito en su caso, no es la propia entidad la encargada de juzgar la materia, sino que la controversia debía ser llevada ante las autoridades judiciales competentes.

6. Pretensión

Solicita el accionante que para la protección de sus derechos constitucionales se ordene a INCOCREDITO que proceda a darle vigencia al contrato que permite que su establecimiento de comercio pueda continuar ejerciendo su actividad mediante el sistema de tarjetas de crédito.

7. Oposición

Para oponerse a las pretensiones del accionante, INCOCREDITO presenta las siguientes consideraciones:

Tales sistemas tienen como producto-servicio el hecho de facilitar a los comerciantes un medio de pago universalmente aceptado y denominado comercialmente dinero plástico o tarjetas débito y crédito.

Para que los comerciantes puedan operar con las tarjetas deben suscribir un contrato de afiliación con el respectivo sistema de tarjetas, contrato que se desarrolla en el ámbito de la

autonomía privada.

INCOCREDITO es una entidad delegada por el sistema afiliante para los efectos de seguridad de las tarjetas y para que actúe en nombre y representación suya, pero no establece contrato alguno con el establecimiento afiliado, ni realiza autorizaciones telefónicas, ni efectúa los pagos por las operaciones realizadas por el establecimiento con tarjetas de crédito.

Después de las anteriores consideraciones generales sobre los sistemas de tarjetas y de hacer algunas precisiones en torno a los hechos que dan lugar a esta tutela, INCOCREDITO, fundamenta su oposición de la siguiente manera:

La decisión de solicitar el reintegro de las sumas que habían sido abonadas por el sistema de tarjetas de crédito y, posteriormente, la de suspender el código de operación del establecimiento fue adoptada por el Comité de Seguridad conformado por distintos sistemas de tarjetas, en razón de las irregularidades establecidas en la investigación interna adelantada por INCOCREDITO a las operaciones realizadas en el establecimiento del accionante. Esas decisiones se soportan en la posibilidad contractual que tienen los sistemas de tarjetas de dar por terminado de manera unilateral el contrato de afiliación en cualquier tiempo, razón por la cual no puede concluirse que las mismas constituyan una violación del debido proceso. Esto es, se trata de decisiones adoptadas dentro del marco de un contrato, suscrito por las partes en ejercicio de la autonomía privada, y, por consiguiente, no se está ante actuaciones judiciales o administrativas frente a las cuales quepa alegar la vulneración del derecho constitucional al debido proceso.¹

Por otra parte, señala que la controversia que se ha planteado se desenvuelve en el ámbito del contrato de afiliación suscrito por el accionante con un sistema de tarjetas y que las decisiones que se impugnan se adoptaron por el Comité de Seguridad conformado por los sistemas de tarjetas, dentro del cual INCOCREDITO tienen voz pero no voto, razón por la cual no cabe señalar que esta entidad haya desconocido los derechos fundamentales del accionante y la misma carecería de legitimación por pasiva para ser objeto de la presente acción de tutela.

En este contexto, expresa que, como quiera que el derecho al trabajo remite a la consideración del cumplimiento por los patronos públicos y privados de la normatividad que

rige las relaciones laborales y de las garantías y derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores, y que como entre INCOCREDITO y el accionante no hay relación laboral de ninguna naturaleza, no puede decirse que se haya afectado su derecho al trabajo. Así mismo, manifiesta que dado que el accionante desarrolla una actividad comercial de manera independiente, la suspensión del acceso a uno de los medios de pago a los que puede acudir no le impide continuar con sus actividades, haciendo uso de otros medios de pago, como efectivo, cheques o pagarés.

En relación con la procedencia de la acción de tutela INCOCREDITO expresa:

- Como la tutela tiene un carácter subsidiario, en este caso la misma, salvo que se acredite la existencia de un perjuicio irremediable, resulta improcedente, porque el accionante puede acudir ante la justicia ordinaria para que allí se establezca si fue ajustada a derecho o no la decisión unilateral de los sistemas de tarjetas de suspender el código de operaciones del accionante.
- No se da en relación con INCOCREDITO ninguno de los presupuestos legales de procedibilidad de la acción de tutela contra particulares, porque esa entidad no ejerce función pública, ni presta servicios públicos, ni tiene vínculo contractual alguno con el accionante.

Finalmente, INCOCREDITO expresa que debe tenerse en cuenta que la decisión de suspender la afiliación o dar por terminado el contrato unilateralmente obedece a una facultad contemplada dentro del mismo contrato, que fue conocida y aceptada por el establecimiento, el cual podía afiliarse o no.

Agrega que si bien es cierto que el sistema financiero y los diferentes servicios bancarios se ofrecen al público en general, también es cierto que quienes lo manejan y regulan se reservan el derecho de aceptar o no a un afiliado o de continuar o no con una relación contractual, todo lo cual depende de la potencialidad, riesgo, interés, beneficio y demás aspectos que el solicitante reporta para el sistema, razón por la cual tales decisiones no deben ser objeto de controversia judicial.

Concluye señalando que en situaciones similares, en distintas providencias de tutela se han obtenido decisiones favorables a INCOCREDITO y a los sistemas de tarjetas. Acompaña copia

de un fallo de tutela proferido en ese sentido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira.

II. TRAMITE PROCESAL

1. Primera instancia

El Juzgado Primero Penal Municipal de Pereira, mediante Sentencia de septiembre 10 de 2004, decidió: “DENEGAR la protección solicitada por vía de tutela por el señor CARLOS ANDRÉS BOTERO ARIAS, en contra de INCOCRÉDITO, a través de su representante legal en esta ciudad.”.

El juzgado tomó su decisión con base en las siguientes consideraciones:

En el presente caso está de por medio una controversia de carácter contractual que se desenvuelve en el ámbito del contrato de afiliación suscrito por el establecimiento del accionante y que debe dirimirse por la justicia ordinaria civil.

En principio se aprecia que la decisión de desafiliar al accionante es desarrollo de una cláusula de desafiliación prevista en el contrato para eventos como el que se presentó en este caso y que al accionante se le brindó la oportunidad de corrección, cubriendo el monto del dinero correspondiente a la falsa transacción y enviando a sus dependientes al curso respectivo, la cual no aceptó en los términos propuestos.

Por otra parte, la controversia contractual debe plantearse entre los verdaderos sujetos de la misma, y ocurre que INCOCREDITO no tiene en este caso la calidad de tal, puesto que sólo tiene unas responsabilidades frente a los distintos sistemas de tarjetas que integran la asociación.

1. Impugnación

El anterior fallo no fue impugnado.

III. PRUEBAS SOLICITADAS Y APORTADAS EN SEDE DE REVISION

Para mejor proveer en este proceso, la Sala Quinta de Revisión solicitó a la Asociación de Información y Control de Sistemas de Tarjetas Crédito y Débito, INCOCREDITO, que suministrara copias de los Estatutos de la entidad; del contrato de afiliación suscrito entre el establecimiento accionante y el sistema Credibanco Visa, y del expediente de la investigación realizada por la regional Pereira de INCOCREDITO al establecimiento del accionante. Esa información fue remitida de manera oportuna a la Sala de Revisión por el Gerente General de INCOCREDITO.

IV. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión, para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedencia de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

El accionante es una persona natural que actúa en su propio nombre y, como tal, está legitimado para interponer la acción de tutela.

2.2. Legitimación pasiva

La acción se dirige contra INCOCREDITO, entidad privada de carácter gremial, sin ánimo de lucro, constituida por los sistemas de tarjetas para la investigación, información y control de tarjetas crédito y débito.

En su respuesta a la solicitud de amparo INCOCREDITO manifestó que la misma es improcedente, porque, por una parte, la entidad carece de legitimación por pasiva, dado que no mantiene relación contractual alguna con el accionante, y por otra, no se dan en este caso los presupuestos legales de procedencia de la tutela contra los particulares.

Encuentra la Sala que no es de recibo ninguna de las anteriores posturas, tal como pasa a establecerse.

2.2.1. No cabe señalar que INCOCREDITO carezca de legitimación por pasiva, porque en la actuación que ha dado lugar al presente proceso de amparo constitucional manifestó obrar “[c]on base en solicitud expresa hecha por los Sistemas de Tarjetas y por delegación también explícita que esos mismos Sistemas de Tarjetas han hecho a INCOCREDITO en el CONTRATO de AFILIACION...”². No obstante que en el contrato de afiliación no existe una cláusula expresa de delegación, puede señalarse que sobre el particular se presenta una ambigüedad, atribuible a los sistemas de tarjetas, que ha dado lugar a una situación fáctica que permite remitirse a una ejecución de buena fe del contrato. Así, en los estatutos de INCOCREDITO se señala que la entidad “... tendrá por objeto principal la representación y defensa ante terceros de los intereses gremiales de sus miembros...” (Artículo Tercero), y entre sus funciones está la de “[r]epresentar y defender los intereses de los Asociados frente a las autoridades, ante organizaciones internacionales y terceros.” (Artículo Tercero, literal f). A su vez, en el párrafo segundo de la cláusula Primera del contrato de afiliación se dispone que “[l]os pagarés podrán ser reclamados por el AFILIADO directamente en las oficinas de Incocrédito”, y en la cláusula quinta se establece que el afiliado “... acepta la intervención de INCOCREDITO, organismo de seguridad de las tarjetas de crédito para la prevención e investigación de fraudes con la tarjeta...”. Finalmente, en la investigación de operaciones irregulares con tarjetas, la intervención se realiza directa y exclusivamente por INCOCREDITO, quien expresa obrar en representación de los sistemas de tarjetas y actúa como único interlocutor del establecimiento afiliado. En ese contexto, no cabe interpretar el contrato para señalar que la interlocución con el establecimiento se da directamente por INCOCREDITO, quien está habilitado para, de manera directa, adelantar las investigaciones, comunicar los resultados de las mismas, así como los requerimientos que quepa hacer al establecimiento, pero que carezca de capacidad para atender las reclamaciones que surjan dentro de ese proceso. Es claro que INCOCREDITO no asume una responsabilidad propia frente al establecimiento afiliado, pero también es claro que tiene capacidad para representar los intereses de los asociados y comprometerlos en relación con las actividades adelantadas en el ámbito de sus funciones.

Debe tenerse en cuenta que las decisiones que se producen como resultado de la investigación sobre los posibles fraudes con tarjetas se adoptan por un “Comité Regional de

Seguridad”, sobre el cual, de manera informal se sabe que está integrado por un funcionario de cada uno de los sistemas de tarjetas REDEBAN, MULTICOLOR, DINERS CLUB, CREDENCIAL Y CREDIBANCO VISA. Dicho comité no tiene relación contractual con el establecimiento afiliado, ni a él se hace referencia en el contrato de afiliación. Las decisiones de ese comité no son formalmente adoptadas por el sistema que suscribe el contrato de afiliación y se comunican al afiliado directamente por INCOCREDITO, quien dice actuar en virtud de delegación expresa, afirmación que no es desautorizada por los sistemas, los cuales sin haber formalizado las decisiones y sin manifestarlas directamente al establecimiento afectado, las hacen efectivas.³

Si INCOCREDITO efectivamente fuese en este caso un tercero, ajeno a la relación contractual entre el establecimiento y el sistema de tarjetas y sin capacidad para obrar en representación de este último, tendría que concluirse que nunca habría existido un requerimiento del sistema de tarjetas para la devolución de las sumas abonadas al establecimiento, que la solicitud que en tal sentido se hizo por INCOCREDITO carecía de fuerza vinculante en el marco del contrato de afiliación y que, por consiguiente, la decisión de suspender el código de operación del establecimiento, carecería de soporte fáctico y sería claramente arbitraria.

Adicionalmente cabe señalar que por virtud de esa representación efectiva, es evidente que los sistemas de tarjetas deben estar al tanto de las actuaciones que cumpla INCOCREDITO en relación con su objeto, y, en particular, del trámite de esta acción de tutela, sin que su conducta pasiva en relación con la misma, y por virtud de la cual se permite que INCOCREDITO asuma la vocería de sus intereses, pueda luego alegarse para eludir las eventuales consecuencias adversas del proceso constitucional.

2.2.2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, en consonancia con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela contra particulares sólo procede cuando aquellos prestan un servicio público, cuando su conducta afecta grave y directamente el interés público, cuando el solicitante se encuentre en estado de subordinación o, finalmente, cuando se presente la indefensión respecto del accionado.

En este caso se tiene que la controversia se ha planteado en torno al desarrollo de una relación bancaria, y dichas relaciones, ha señalado de manera general la Corte, se inscriben

en el ámbito de los servicios públicos.

Conforme con reiterada jurisprudencia "... pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine, en el derecho Colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. En efecto, la importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público."⁵

Del mismo modo, "... la Corte Constitucional ha dejado en claro que si un particular asume la prestación de la actividad bancaria adquiere una posición de supremacía material -con relevancia jurídica- frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial⁶."⁷

Agregó la Corte que "... las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios. En consecuencia, la acción de tutela en contra de quienes prestan un servicio público es formalmente procedente, por lo que la Corte Constitucional entra a conocer de fondo el asunto sub iudice."⁸

En el presente caso cabe observar, por una parte, que si bien la accionada no es propiamente una entidad bancaria, tal como se dejó establecido en el acápite precedente, sí actúa en representación de los sistemas de tarjetas, que desarrollan actividades típicamente bancarias, y su actuación se desarrolla en el ámbito propio de la actividad bancaria. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la presente acción de tutela no solo se origina en el seno de una relación típicamente bancaria, sino que, además, dicha relación se gobierna por las reglas de un contrato de adhesión, conforme a las cuales las entidades bancarias y quienes actúan en su nombre se encuentran en una clara situación de superioridad jurídica.

2.2.3. De lo anteriormente expuesto se colige que la acción de tutela de la referencia, es formalmente procedente, puesto que se dirige contra un particular que se desenvuelve en el ámbito de un servicio público y tiene capacidad efectiva de representación de un conjunto de entidades que prestan un servicio público, lo cual cumple con uno de los supuestos de la acción de tutela contra particulares contemplado en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

2.3. Derechos constitucionales violados o amenazados

El accionante considera que le han sido vulnerados sus derechos al trabajo, al debido proceso y a la libertad de empresa.

1. Existencia de otro medio de defensa judicial

2.4.1. A través de la acción de tutela el ordenamiento constitucional ha puesto a disposición de las personas un procedimiento breve y sumario para la protección de sus derechos fundamentales, en el que, dada su naturaleza, no cabe, en principio, la discusión, probatoriamente compleja, sobre la titularidad de las situaciones jurídicas subjetivas que dan piso a la pretensión de amparo. La acción de tutela se ha previsto para los eventos de violación de derechos fundamentales que aparece establecida como tal y frente a la cual es necesario obtener una protección que no es posible conseguir de manera adecuada u oportuna por otras vías judiciales.

La acción de tutela tiene un carácter subsidiario por virtud del cual, ella no procede cuando exista otro medio de defensa judicial, salvo que éste, apreciado en concreto, resulte ineficaz para proteger el derecho fundamental involucrado, o se trate de evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela procede como mecanismo transitorio hasta tanto la autoridad correspondiente decida de fondo sobre el asunto.

2.4.2. Para establecer, desde esta perspectiva, la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, es preciso tener en cuenta que la controversia que se ha planteado se desenvuelve en dos niveles distintos. Por un lado es necesario definir, de acuerdo con la ley y con el contrato, quien debe correr, dado un determinado conjunto de circunstancias, con la

responsabilidad de las operaciones fraudulentas que se hayan realizado con tarjetas de crédito en el establecimiento afiliado. Por otro, hacia el que apunta la pretensión del accionante, debe analizarse la posibilidad de que, en el ámbito del contrato de afiliación, los establecimientos de crédito adopten medidas unilaterales, las cuales tienen en este caso dos manifestaciones: El requerimiento de reintegrar los valores abonados en razón de las operaciones fraudulentas y la suspensión del código de operación del establecimiento para el servicio de tarjetas de crédito.

Es claro que el primero de los anteriores problemas jurídicos desborda el ámbito de la acción de tutela, en la medida en que se trata de una controversia contractual que, como tal, debe dirimirse ante las instancias ordinarias. Están presentes en ella elementos tanto normativos como fácticos cuyo discernimiento debe adelantarse, con las garantías propias del debido proceso, ante la jurisdicción ordinaria civil. Así, si el titular del establecimiento afectado considera que el estudio con base en el cual se determinó su responsabilidad en la defraudación del sistema es equivocado, o que las conclusiones a las que llegó el investigador no se ajustan a los elementos de prueba disponibles, o que las consecuencias que de tales conclusiones se derivan por el sistema de tarjetas son contrarias a derecho, debe plantearlo ante los jueces ordinarios. Les corresponde a éstos decir, por ejemplo, si no obstante la autorización telefónica de las transacciones, los elementos disponibles permitían atribuir la responsabilidad al establecimiento, o si por el contrario, dadas las circunstancias, el resultado lesivo debía ser asumido por el sistema de tarjetas. Pero es el juez ordinario quien debe adelantar el proceso sin que quepa la acción de tutela, salvo que se pudiese acreditar un perjuicio irremediable, lo que en este caso no ha ocurrido.

Debe tenerse en cuenta que de por medio está una controversia de carácter estrictamente económico, que, en principio, gira en torno a una suma aproximada a siete millones de pesos; que el accionante puede adelantar su actividad comercial utilizando otros medios de pago, y que, si bien la medida puede afectar sus operaciones comerciales, no se ha acreditado un perjuicio irremediable. En ese escenario y para evitar la afectación de sus operaciones comerciales, el establecimiento podría acudir a fórmulas de arreglo dentro del contrato e incluso por hacer el reintegro requerido y controvertir por la vía ordinaria la imposición que le hiciera el sistema de tarjetas. De hecho en el expediente que por solicitud de la Sala, se aportó en sede de revisión, obra que, no obstante la reserva sobre su inconformidad, el establecimiento obtuvo un acuerdo de pago orientado a permitir el

desbloqueo de su código de operaciones.

Así, en cuanto que la controversia gire en torno a la responsabilidad por el fraude ocurrido y en la medida en que no se ha acreditado la presencia de un perjuicio irremediable, no resulta procedente la acción de tutela.

En la segunda dimensión del problema, el accionante cuestiona la validez constitucional de las actuaciones unilaterales del sistema de tarjetas afiliante y que le fueron comunicadas por INCOCREDITO. En ese escenario sería necesario establecer si tales actuaciones unilaterales comportan una violación del debido proceso y si de las medidas adoptadas resulta una lesión, también, del derecho al trabajo y a la libre empresa.

De manera preliminar, observa la Corte que no es admisible la manifestación de INCOCREDITO conforme a la cual, en razón a que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, han suscrito un contrato que tiene prevista la posibilidad de terminación unilateral con la sola condición de dar aviso por escrito a la contraparte, las decisiones adoptadas por el sistema de tarjetas de suspender el código de operación del establecimiento afiliado o de dar por terminado el contrato de afiliación no pueden considerarse lesivas de los derechos fundamentales de la parte afectada.

Sobre el particular la jurisprudencia constitucional ha señalado que si bien los bancos gozan de autonomía negocial, la cual tiene sustento constitucional, aquella es más restringida que la del resto de particulares, pues el carácter de interés público, la intervención del Estado en la actividad financiera, la exigencia de la democratización del crédito y la imposibilidad de que se restrinjan desproporcionadamente derechos fundamentales de los clientes, limitan en gran medida la autonomía del sector financiero.⁹

En esta materia, ha puntualizado la Corte, es preciso encontrar un equilibrio, puesto que, por un lado, no es factible predicar la absoluta discrecionalidad de las entidades financieras para decidir quien puede ingresar al sector, pues ello implicaría el desconocimiento de los derechos fundamentales del cliente, pero, por otro, "... tampoco es posible negarle al sector financiero la libertad contractual para escoger objetivamente las personas con quienes desee tener relaciones comerciales, como quiera que se desconocerían derechos, tales como el de asociación, libertad de empresa y se coloca en riesgo el interés público de la actividad bancaria."¹⁰

De manera particular ha señalado la Corte que se presenta una trasgresión de los derechos fundamentales del cliente, susceptible de provocar la protección por la vía del amparo constitucional, cuando se produce un bloqueo financiero, el cual tiene lugar cuando se cumplen las siguientes condiciones:

“b1. Cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos. Por lo tanto, no constituye una situación de bloqueo financiero si existen medios administrativos o jurídicos que le permitan acceder al sistema financiero...

b2. También se presenta el bloqueo financiero cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario. Por consiguiente, transgreden desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer uso de la banca...

b3. Cuando la decisión de las entidades financieras produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público...

De este modo se tiene que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, es posible, cumplidos los demás requisitos de procedibilidad, acudir a la acción de tutela cuando la actuación arbitraria de las entidades financieras conduce a un bloqueo financiero del usuario del servicio público.

Otra es la situación, sin embargo, cuando la conducta de la entidad financiera no puede considerarse como arbitraria y la misma se desenvuelve dentro de los términos que se han previsto en el marco de una relación contractual.

En general, las relaciones bancarias se fundamentan en la confianza, razón por la cual, cuando por circunstancias objetivas, esa confianza se deteriora, no puede forzarse a las entidades financieras a iniciar o mantener una determinada relación contractual. De manera particular, cuando esa pérdida de confianza provenga de un incumplimiento del contrato, la entidad financiera, con base en las previsiones contractuales -que encuentran justificación en consideraciones de seguridad y de estabilidad del propio sistema financiero-, puede optar por dar por terminado unilateralmente el respectivo contrato de servicios bancarios.

En un caso similar al presente¹², en el que también había sido demandado INCOCREDITO, la Corte encontró que, cuando en actuaciones entre particulares se presenta una situación de incumplimiento contractual es preciso atenerse a las condiciones del contrato y que, en el caso entonces objeto de consideración, (i) se había celebrado un contrato de afiliación para la utilización de los sistemas de tarjetas de crédito, dentro del cual, (ii) se estipulaba entre otras cláusulas, los derechos y las obligaciones de las partes contratantes, así como las causales de terminación del contrato, razón por la cual, (iii) al verificarse un incumplimiento del contrato por parte del establecimiento, (iv) la entidad bancaria podía optar por suspender la prestación del servicio, caso en el cual, (v) la responsabilidad por los efectos de tal decisión recaía sobre el establecimiento, el cual (vi) podía normalizar su situación si subsanaba las irregularidades encontradas. Agrego la Corte que, en todo caso, si la titular del establecimiento de comercio deseaba controvertir las decisiones de la sociedad INCOCREDITO, debía dirigirse a la autoridad competente, que es la jurisdicción ordinaria, en procura de la defensa y protección de sus intereses, y no ante el juez de tutela.

En el caso concreto que ahora es objeto de consideración, de acuerdo con las normas contractuales, se adoptó una decisión que tiene una base objetiva, y que por consiguiente no puede considerarse arbitraria. Cosa distinta es que el afectado cuestione los fundamentos de la misma, para lo cual habrá de acudir a las instancias judiciales ordinarias. En efecto la suspensión del código de operación del establecimiento se adoptó después de (i) constatar que se presentaron dos operaciones fraudulentas con tarjeta de crédito en el establecimiento del afiliante, (ii) establecer, de acuerdo con el procedimiento al que para el efecto remite el contrato de afiliación, que el establecimiento afiliado debe asumir la responsabilidad por el fraude, y en vista de (iii) la renuencia del establecimiento a acatar las decisiones adoptadas por la entidad bancaria en el ámbito del contrato. Es claro que dentro del ámbito de autonomía imprescindible para el desarrollo de la actividad financiera, las entidades bancarias pueden acudir a la terminación unilateral del contrato de afiliación cuando quiera que, a partir de bases objetivas, lleguen a la conclusión de que no están dadas las condiciones de confianza y seguridad para el mantenimiento de la relación contractual. No se trata, como sostiene el accionante, de que se permita a la entidad financiera la adopción de decisiones propias de la administración de justicia, sino de permitir el cabal desarrollo del contrato, entre cuyas cláusulas se encuentran las que disponen que “EL AFILIADO autoriza al banco y/o entidad financiera del sistema donde tiene la cuenta habilitada, para (...) cargar sin previo aviso el valor de cualquier pagaré si número de autorización asignado por

CREDIBANCO, que carezca de la correspondiente autorización o que no reúna los demás requisitos exigidos por el sistema.” (Cláusula novena, numeral 7); que “[l]os establecimientos afiliados deben acogerse y aceptar todas las causales de devolución y el contracargo correspondiente y las demás causales diseñadas, estructuradas y tipificadas por los bancos afiliados al sistema y CREDIBANCO.” (Cláusula Décima, párrafo Segundo); que “EL AFILIADO asumirá la responsabilidad por cualquier pérdida que se derive de cualquier violación o incumplimiento del contrato por su parte, o de no haber cumplido con todos los términos del mismo.” (Cláusula Décima, párrafo Tercero); o que “EL AFILIADO no podrá seguir efectuando transacciones aquí descritas y se le suspenderá el servicio cuando se presenten situaciones de: Comprobantes previamente elaborados, transacciones con tarjetas robadas, extraviadas, adulteradas, con tarjetas falsificadas, con montaje, (...) o cuando incumpla cualquiera de las obligaciones mencionadas en la Cláusula SEGUNDA” (Cláusula Décima Primera). La decisión de la entidad bancaria, sin embargo, es susceptible de controversia ante la jurisdicción ordinaria, tanto para dirimir las diferencias en torno a la responsabilidad por el fraude, como para la consecuente decisión sobre la legitimidad o no de la suspensión del código de operaciones o la terminación unilateral del vínculo contractual.

No es contrario a la Constitución, entonces, que en los contratos de afiliación a los sistemas de tarjetas se establezca la posibilidad de terminación unilateral en beneficio de las partes, ni se produce una violación de los derechos fundamentales de los afiliados a tales sistemas cuando, con fundamento razonable, la entidad afiliante adopta la decisión de suspender el servicio o dar por terminado el contrato, sin perjuicio de la posibilidad que tiene el establecimiento afectado de controvertir, en las instancias judiciales ordinarias, la legalidad de la actuación de la entidad bancaria.

Tal como se ha señalado, en el presente caso, la decisión de suspender el código de operación del establecimiento del accionante tuvo su origen en unos hechos objetivos, establecidos conforme a los procedimientos previstos en el contrato de afiliación, razón por la cual la inconformidad del accionante remite a una controversia de carácter contractual, orientada a establecer quién debe asumir la responsabilidad por las defraudaciones que se presentaron en el establecimiento del accionante, y que debe dirimirse ante la justicia ordinaria, sin que frente a ella quepa la acción de tutela, dado su carácter subsidiario. En la medida en que no se aprecia la existencia de una conducta arbitraria por parte de la entidad

bancaria afiliante, tampoco se suscita un problema de índole estrictamente constitucional que hiciere procedente la vía del amparo.

Por las anteriores razones habrá de declararse la improcedencia de la acción de tutela de la referencia.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el presente proceso.

SEGUNDO. REVOCAR las Sentencia de septiembre 10 de 2004 proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Pereira, por medio de la cual se decidió denegar la protección solicitada por vía de tutela por el señor CARLOS ANDRÉS BOTERO ARIAS y en su lugar, RECHAZAR por improcedente la tutela impetrada.

TERCERO. LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

1 La accionada transcribe las siguientes cláusulas del "... contrato de afiliación suscrito con CREDIBANCO VISA ...": "SEPTIMA.- El propietario o Representante Legal del ESTABLECIMIENTO AFILIADO responderá por el normal funcionamiento del sistema, asumiendo la total responsabilidad por irregularidades que puedan cometer sus empleados o socios en la operación normal del giro ordinario de los negocios." // "NOVENA.- PAGO... 3. EL AFILIADO autoriza al BANCO del sistema en donde tiene la cuenta de depósito habilitada para consignar los pagarés, para cargar sin previo aviso el valor de cualquier pagaré que ... no reúna los demás requisitos exigidos por el sistema." // "DECIMA PRIMERA.- CAUSALES DE DESAFILIACION.- EL AFILIADO no podrá seguir efectuando transacciones aquí descritas y se resuspenderá el servicio cuando se presenten situaciones de: Comprobantes previamente elaborados, transacciones con tarjetas robadas, extraviadas, adulteradas, con montaje ...".

2 Folio 7 del expediente

3 En la comunicación de enero 27 de 2004, dirigida por INCOCREDITO al establecimiento del actor se dice que "[c]on base en solicitud expresa hecha por los Sistemas de Tarjetas y por delegación también explícita que esos mismos sistemas de tarjetas han hecho a INCOCREDITO en el CONTRATO DE AFILIACION ..." se ha efectuado una visita de auditoría en la que fue posible detectar una defraudación, razón por la cual "... esta Asociación en nombre y representación de los Sistemas de Tarjetas a los que ustedes están actualmente afiliados, le hace una AMONESTACION y de igual manera les comunica que los Sistemas de Tarjetas tienen establecido un procedimiento especial en virtud del cual y según se desprende del texto contractual, ustedes deben: a) REINTEGRAR los dineros consignados en su cuenta por su Banco adquirente como producto de estas transacciones b) Enviar a sus empleados o funcionarios a que actualicen la CAPACITACION exigida para tal efecto ..." (Negritas y mayúsculas en el original)

4 Esta conclusión, que cabe en el escenario informal, breve y sumario de la acción de tutela, posiblemente no resulte extensiva al ámbito del proceso ordinario que quepa adelantar en esta materia y dentro del cual habría de conformarse en debida forma el contradictorio.

5 Sentencia SU-157 de 1999

6 Sentencia C-134 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

7 Sentencia SU-157 de 1999

8 Ibid.

9 Ver Sentencias SU-157 y SU-167 de 1999

10 Sentencia SU-167 de 1999

11 Sentencia SU-157 de 1999

12 Sentencia T-155 de 1994