

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2019160709-020-000

Fecha: 2020-05-15 12:27 Sec. día 1514

Anexos: No

Trámite: 506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc: 576-576-SENTENCIA ANTICIPADA ACCEDE

Remite: 80030-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES TRES

Destinatario: 80000-80000-DELEGATURA PARA FUNCIONES
JURISDICCIONALES

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-.

Número de Radicación : 2019160709-020-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 576 576-SENTENCIA ANTICIPADA ACCEDE
Expediente : 2019-3650
Demandante : YOHAMY ROSALBA BOLAÑOS CERON

Demandados : BANCO SERFINANZA S.A.

Previo a proferir sentencia escrita de acuerdo a lo ordenado en audiencia de fecha 12 de mayo de 2020, procede esta Delegatura a pronunciarse sobre las pruebas solicitadas por las partes en la demanda y su contestación:

Se decretan las pruebas documentales allegadas con la demanda y su contestación, a las cuales se les dará el valor que la ley les otorgue.

Ahora bien, frente a lo señalado en la 1° prueba relacionada en el subtítulo denominado “II. Solicitadas.”, dicha manifestación corresponde a una negación indefinida, lo que invierte la carga de la prueba en cabeza de la entidad demandada, a quien le corresponderá demostrar si las compras reclamadas fueron realizadas por la actora o si la misma permitió con su conducta que se llevaran a cabo por terceras personas.

Frente al testimonio del señor LEONELLSANTIAGO, director de Riesgo Operativo del Banco Serfinanza S.A. solicitado por la parte demandada, el mismo se niega por innecesario, comoquiera que de las documentales allegadas con la contestación de la demanda se suple la información objetivo del testimonio.

Así las cosas, comoquiera que no se hace necesario el decreto ni practica de pruebas adicionales a las aportadas con la demanda y la contestación, toda vez que las anteriores decretadas resultan suficiente para resolver de fondo el asunto, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del parágrafo 3° del artículo 390 del Código General del Proceso, pasa a proferir

SENTENCIA ESCRITA.



I. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante escrito radicado ante esta Delegatura para Funciones Jurisdiccionales el 6 de febrero de 2020, la señora **ROSALBA BOLAÑOS CERON** demandó a **BANCO SERFINANZA S.A.**, pretendiendo se haga responsable por las dos compras efectuadas el día 22 de mayo de 2019, por la suma de \$1.716.964 con cargo a la tarjeta de crédito terminada en el No. ***8988 de su titularidad.

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 18 de febrero de 2020 y notificada a **BANCO SERFINANZA S.A.** quien en tiempo contestó la misma, solicitando se declare las excepciones de “**TARJETA HABIENTE INCUMPLIÓ SU OBLIGACIÓN DE CUIDADO Y CUSTODIA DE LA TARJETA DE CRÉDITO OLÍMPICA MASTERCARD.**” y “**BUENA FE.**”

II. CONSIDERACIONES

Verificada la existencia de los presupuestos procesales, y siendo competente conforme con los artículos 58 de la Ley 1480 de 2011 y 24 del Código General del Proceso, procede la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, a resolver en derecho la controversia relacionada con la ejecución y cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de apertura de crédito, celebrado entre la señora **ROSALBA BOLAÑOS CERON** y el **BANCO SERFINANZA S.A.**, de conformidad con los artículos 1400 a 1407 del Código de Comercio definido como aquel: “*en virtud del cual, un establecimiento bancario se obliga a tener a disposición de una persona –cliente– sumas de dinero dentro del límite pactado y por un tiempo fijo o indeterminado*”, y a permitir su retiro en forma segura, cuya disponibilidad como en este caso puede ser de carácter rotatorio, entendiéndose por tal, cuando en virtud del reembolso de los dineros utilizados por el cliente, estos “*serán de nuevo utilizables por éste durante la vigencia del contrato*”.

Es del caso indicar que uno de los mecanismos a través de los cuales el establecimiento de crédito puede poner a disposición las sumas de dinero dadas en mutuo, lo es la emisión de una tarjeta de crédito, como ocurre en el presente caso, que opera como medio para obtener dinero hasta el cupo concedido, persistiendo las obligaciones contractuales derivadas del contrato celebrado entre las partes, especialmente aquellas disposiciones que determinan, integran, limitan o amplían su contenido. Así, el artículo 871 del Código de Comercio establece de manera general que “*los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*”.

En ese orden cabe señalar que la relación comercial objeto de estudio se sitúa en un contexto de expresa protección constitucional, basado tanto en el derecho del consumidor previsto por el artículo 78 de la Carta Política, como en el ejercicio de la actividad financiera, de evidente interés público como lo establece el artículo 335 ibídem. Bajo dicho marco, las entidades vigiladas por esta Superintendencia están llamadas a atender un estándar de diligencia propio en la ejecución de las precaución e información dispuestas para salvaguardar tanto el interés general que comporta su actividad como el ahorro del público, tales medidas componente un conjunto de derechos de los consumidores financieros que se encuentran vigentes “*durante todos los momentos de su relación con la entidad vigilada*” (artículo 5° de la Ley 1328 de 2009).

Sentado lo anterior, la Delegatura examinará a partir de las pruebas decretadas, de cara al marco normativo aplicable, si emerge responsabilidad contractual en cabeza de la entidad demandada por las operaciones cuestionadas, abordando en primer lugar la defensa de la entidad.

Al respecto, funda la entidad financiera las excepciones, que las compras reclamadas se realizaron de manera no presencial, así mismo, que la demandante narra en su demanda que recibió una llamada telefónica, en la cual confirmó la información contenida en su tarjeta de crédito, permitiendo que los datos del plástico que estaban bajo su custodia se dieran a conocer a un tercero.

Sobre el particular, encuentra esta Delegatura, que en efecto la demandante narra en el primer párrafo del acápite denominado “I. HECHOS” lo siguiente: “...el señor que me llamo me confirmo los números de mi tarjeta en su totalidad, confirmando la fecha de vencimiento y yo le di los números de la banda blanca No. XXX” (los números no se transcriben por seguridad).

Siendo así, se tiene que la demandante confirmó y suministró la información contenida en su tarjeta crédito, información suficiente para efectuar transacciones no presenciales como lo son las compras desconocidas y, aunque, la demandante manifiesta que la persona que la llamó se identificó como funcionario de “Olímpica”, no resulta propio a los deberes de cuidado custodia, los cuales le son exigibles frente a sus elementos transacciones, suministrar información sensible como lo es la de su tarjeta de crédito, aun si fueran funcionarios de Olímpica o del propio Banco, pues le corresponde no más que al titular de la tarjeta el conocimiento de la información incorporada en él, pues fue preciso dicho descuido lo que llevo a que terceras personas inescrupulosas usaran dicha información para realizar las transacciones más tarde.

Sobre el particular, cumple señalar que al consumidor le corresponde ejercer la debida custodia y cuidado de los instrumentos transaccionales previstos para el manejo de la cuenta por encontrarse dentro de su órbita de control, sobre el particular, vale la pena resaltar lo expuesto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Arturo Solarte Rodríguez, en sentencia del 16 de diciembre de 2010, en el sentido que: “*el hecho o la conducta de quien ha sufrido el daño pueden ser, en todo o en parte, la causa del perjuicio que esta haya sufrido. En el primer supuesto -conducta del perjudicado como causa exclusiva del daño-, su proceder desvirtuará, correlativamente, el nexo causal entre el comportamiento del presunto ofensor y el daño inferido, dando lugar a que se exonere por completo al demandado del deber de reparación. Para que el demandado se libere completamente de la obligación indemnizatoria se requiere que la conducta de la víctima reúna los requisitos de toda causa extraña, en particular que se trate de un evento o acontecimiento exterior al círculo de actividad o de control de aquel a quien se le imputa la responsabilidad (...)*”.

En virtud de lo anterior, se tiene acreditado el incumplimiento por parte de la demandante de la obligación a su cargo de cuidado y custodia de su tarjeta de crédito, la cual se encontraba activa al momento de las compras reclamadas, realizándose con posterioridad la solicitud de bloqueo ante la entidad financiera, por lo cual declarara probada la excepción de “**TARJETAHABIENTE INCUMPLIÓ SU OBLIGACIÓN DE CUIDADO Y CUSTODIA DE LA TARJETA DE CRÉDITO OLÍMPICA MASTERCARD.**”.

En tal medida, procede la Delegatura a determinar si la conducta de la actora constituye la causa única, exclusiva y determinante del daño experimentado por la misma, lo que conlleva a evaluar el comportamiento de la entidad financiera demandada frente a las obligaciones que se encuentran a su cargo, en la medida que la desatención de las prácticas de protección propias de los consumidores financieros no exime a las entidades financieras de cumplir las obligaciones que paralelamente les asisten (párrafo 1°, artículo 6 Ley 1328 de 2009).

Bajo esta óptica, resulta necesario analizar la conducta de la entidad financiera frente a las obligaciones a su cargo entre las cuales, se encuentra los requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones, contenidos en la Parte I Título II del Capítulo I de la Circular Básica Jurídica 029/2014, que deben asegurar las entidades financieras según el tipo de canal que ponen a disposición de sus clientes, es así como se contempla en la citada Circular Básica Jurídica como requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones, (i) “**Establecer procedimientos para el bloqueo de canales o de**

instrumentos para la realización de operaciones, cuando existan situaciones o hechos que lo ameriten o después de un número de intentos de accesos fallidos por parte de un cliente, así como las medidas operativas y de seguridad para la reactivación de los mismos.” (ii) “Elaborar el perfil de las costumbres transaccionales de cada uno de sus clientes y definir procedimientos para la confirmación oportuna de las operaciones monetarias que no correspondan a sus hábitos”.

Frente al cumplimiento de dichas obligaciones, la pasiva manifiesta en su escrito de contestación que las compras efectuadas el día 22 de mayo de 2019 con cargo a la tarjeta de crédito No. ***8988 de titularidad de la señora ROSALBA BOLAÑOS, generaron alerta por la herramienta Monitor Plus, procediendo el área de monitoreo transaccional a realizar comunicación telefónica con la demandante, la cual al no ser efectiva, remitieron mensajes de notificación mediante WhatsApp y SMS al número de celular 3127502327 con el fin de informar al demandante de la realización de las compras, información la cual se corrobora con el Informe de Seguridad, aportado como anexo 6 de la contestación de la demanda, el cual adicional a lo anterior, indica en el ítem Alertamiento y notificación ***“De acuerdo a lo anterior le aclaramos que al momento de notificar las transacciones reclamadas estas ya habían sido efectuadas, razón por la cual no era posible la anulación de las transacciones ya que estas habían sido reportadas como exitosas por los establecimiento de comercio PAPAYA COLOMBIA y EDREAMS”.***

Conforme a lo anterior, se observa que la conducta o el desplegar de la entidad financiera ante la alerta generada por su sistema de monitoreo, atendiendo lo inusual de la compras reclamadas, no se ajusta con los requerimientos mínimos de seguridad previamente señalados, pues ante tal alarma y, comoquiera, que no logró comunicación efectiva con la demandante, debió desplegar las actuaciones dirigidas al bloqueo de las transacciones, pues, si bien, la entidad intentó comunicarse con la demandante telefónicamente, lo cual no fue posible, procedió a remitir mensajes de notificación a su celular, no obstante, como señala el Informe de Seguridad aportado por la entidad, para el momento del envío de los mensajes las compras ya habían sido aprobadas, lo que deja en evidencia que las mismos resultaron ineficaces.

Téngase en cuenta que, los mensajes de notificación están desprovistos de toda labor de confirmación, pues con ellos no es posible tener con certeza la aceptación por parte del titular respecto al curso de las transacciones efectuadas, tal como lo expresó Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del 27 de octubre de 2016, expediente número 2015-00206-01, con ponencia del magistrado German Valenzuela, dentro de un proceso de segunda instancia de la Delegatura ***“que aunque ciertamente su emisión tiene como objetivo primario que el cliente se entere de las operaciones que en tiempo –más o menos real – le está reportando el Banco, para que manifieste asimismo con inmediatez como señal de aprobación del contenido de los mensajes que lleguen, y por esta vía, que aunque las operaciones realizadas resulten sospechosas el Banco pueda asumir que el cliente las avala o que por ello formen parte de su perfil transaccional”.***

En este sentido, se constata como incumplida la obligación contractual de la entidad financiera a partir de la configuración de las transacciones aquí debatidas, y en tal medida su responsabilidad y participación de la demandada al no haber procedido al bloqueo de las compras, a pesar de la alerta que generó su sistema de monitoreo y la falta de confirmación por parte de su titular.

Así las cosas, la conducta o incumplimiento de la demandante al haber desatendido sus deberes de custodia y guarda de su elemento transaccional, no rompe el nexo de causalidad cuando, como en el presente caso, se advierte un incumplimiento de las obligaciones propias de la entidad financiera.

Así las cosas, se encuentra acreditado que los incumplimientos y conductas de ambas partes concurrieron en la materialización del hecho dañoso, procediendo a condenar a la entidad únicamente al reembolso del cincuenta por ciento (50%) del valor total de las compras objeto de la demanda, esto es la suma de \$858.471, junto con los intereses corrientes y moratorios que se hubieren generado por ese porcentaje de las transacciones. Debiendo la parte demandante asumir el valor restante de las compras discutidas,

teniendo en cuenta que su incumplimiento, al igual que el de la demandada, confluyó en la realización de las transacciones repudiadas, denegando las demás pretensiones.

Respecto de la excepción que la pasiva denominó como de “*BUENA FE*”, se tendrá sin efectos, en la medida que en el proceso no se debatía la buena fe de la entidad financiera en la realización de las operaciones sino su cumplimiento contractual, por lo que ningún sentido tiene debatir si medió o no la buena fe de la entidad financiera, máxime teniendo en cuenta que conforme lo previsto en el artículo 835 del Código de Comercio se presume la buena fe “*aún la exenta de culpa (...)*”.

Finalmente, esta Delegatura no condenará en costas por no aparecer ellas causadas en el expediente.

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

RESUELVE

PRIMERO: Decreto y rechazo de pruebas solicitadas por las partes.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción que el **BANCO SERFINANZA S.A.** denominó “*TARJETAHABIENTE INCUMPLIÓ SU OBLIGACIÓN DE CUIDADO Y CUSTODIA DE LA TARJETA DE CRÉDITO OLÍMPICA MASTERCARD.*”, acorde a la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones denominadas por el **BANCO SERFINANZA S.A.** denominó “*BUENA FE*”, por las razones expuestas a lo largo de esta decisión.

CUARTO: DECLARAR civil y contractualmente responsable al **BANCO SERFINANZA S.A.**, en los términos de esta providencia, en un porcentaje del cincuenta por ciento de los perjuicios sufridos por la demandante **YOHAMY ROSALBA BOLAÑOS CERON**, como consecuencia de las compras realizadas el día 22 de mayo de 2019, con cargo al cupo de la tarjeta de crédito Olímpica No. ***8988, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

QUINTO: CONDENAR al **BANCO SERFINANZA S.A.** a paga a favor de la señora **YOHAMY ROSALBA BOLAÑOS CERON**, la suma \$858.471 junto con el valor de los intereses corrientes y moratorios que se hubieren causado por ese porcentaje de las operaciones liquidados al momento del pago. Lo anterior, deberá hacerse en el término de diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta decisión, mediante abono al saldo adeudado en el cupo de la tarjeta de crédito de la actora.

Para acreditar el cumplimiento de esta orden judicial, debe allegar en un lapso no mayor a diez (10) días posteriores al período otorgado para el cumplimiento del fallo, la documental que demuestre el acatamiento de lo aquí ordenado, so pena de las sanciones legales a que haya lugar, conforme el numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 en concordancia con el artículo 44 del Código General del Proceso, trámite que se llevará a cabo por vía incidental escrita, (art. 59 de la Ley 270 de 1996 en concordancia con el parágrafo art. 44 del CGP.).

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

Cumplido lo anterior, por Secretaría archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JORGE HUMBERTO TINJACA GARCÍA

80030-COORDINADOR DEL GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES TRES

Copia a:

Elaboró:

EDITH CAROLINA JIMENEZ ORTIZ

Revisó y aprobó:

JORGE HUMBERTO TINJACA GARCÍA

Superintendencia Financiera de Colombia DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES Notificación por Estado
La providencia anterior se notificó por anotación en estado fijado Hoy <u>18 de mayo de 2020</u>  JEISSON RENÉ CAMARGO ARIZA Secretario