

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2020068389-029-000

Fecha: 2020-10-26 08:08 Sec.día38037

Anexos: No

Trámite:: 506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc:: 576-576-SENTENCIA ANTICIPADA ACCEDE

Remitente: 80020-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES DOS

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 : 2020068389-029-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 576 576-SENTENCIA ANTICIPADA ACCEDE
Expediente : 2020-0981
Demandante : JAIME ADUARDO CORREAL GAMBOA

Demandados : BANCO DE BOGOTA

Como se dispuso en audiencia del pasado 31 de julio (convocada exclusivamente para efectos de surtir la conciliación, que resultó fallida – derivado 27) y de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del párrafo 3° del artículo 390 del Código General del Proceso, se procede a proferir la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

El señor **JAIME EDUARDO CORREAL GAMBOA** promovió acción de protección al consumidor contra **BANCO DE BOGOTÁ S.A.** exponiendo que el 20 de septiembre del año 2019¹ a las 4:30 pm trató de utilizar un cajero electrónico de la entidad financiera, mismo que no le leyó la tarjeta, siendo abordado por la persona que seguía en la fila, que se ofreció a explicarle el funcionamiento de la máquina, indicándole que debía introducir el plástico dos veces. Inmediatamente después y encontrándose ya solo en el lugar “... metí la tarjeta dos veces, efectivamente funcionó, marqué la cantidad deseada, después la clave y acto seguido el cajero me emitió un recibo de “operación no exitosa”, por lo que se dirigió a otro cajero electrónico del Banco e intentó realizar nuevamente la operación, emitiéndosele comprobante que indicaba “transacción no exitosa” y “esa tarjeta no existe”. Como él nunca entregó la tarjeta a un tercero ni pidió la colaboración de nadie “... siendo objeto de un hurto por parte de delinquentes que alteraron el cajero automático y procedieron a sacar dineros de mi cuenta”, pretende la devolución del importe de las 4 transacciones efectuadas en esa misma fecha, por cuantía total de \$2’120.000 más los intereses correspondientes y “asesoría legal por estas actuaciones”, para un total de \$6’000.000 (derivado 0).

¹ Aunque indica diciembre en su demanda, de los anexos aportados con derivado 5 y de la contestación, está claro que la situación que motiva la demanda acaeció el 20 de septiembre de 2019.



La demanda se admitió y fue debidamente notificada al **BANCO DE BOGOTÁ S.A.** que en tiempo la contestó, proponiendo las excepciones que denominó “*CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA – INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL*”, “*INEXISTENCIA DE DERECHO Y CAUSA PARA DEMANDAR*”, “*EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO*”, “*DEBITOS REGULARES*” y “*VALIDEZ DE LOS MENSAJES DE DATOS*” fundadas básicamente en que las transacciones cursaron con la información transaccional del demandante quien, de manera voluntaria o involuntaria, reveló su clave personal y permitió el cambio de su tarjeta débito, circunstancias que posibilitaron la realización de los retiros que reclama, aportando junto con su contestación un acta de destrucción de tarjeta del 11 de octubre de 2019, en la que consta “*TARJETA DÉBITO FUE CAMBIADA EN CAJERO*”, fotografías de lo acontecido en el cajero en el que se habría producido el cambio del plástico, así como de los cajeros en que se produjeron los retiros que se reclaman. De estas defensas se corrió traslado al demandante (derivado 15), sin pronunciamiento de su parte sobre el particular (derivado 16).

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con los artículos 57 de la Ley 1480 de 2011 y 24 del Código General del Proceso, la Superintendencia Financiera de Colombia cuenta con las facultades propias de un juez para decidir de manera definitiva “*las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.*”, en ejercicio de la Acción de Protección al Consumidor prevista en el artículo 56 de la Ley 1480 de 2011, expresión del artículo 78 constitucional.

Como no se discute en este caso la existencia del contrato de depósito en cuenta de ahorros que vincula a las partes **JAIME EDUARDO CORREAL GAMBOA** y **BANCO DE BOGOTÁ S.A.** (pues las partes coinciden en aludir a la terminada en 2459), respecto de la cual consta en la investigación interna adelantada por el Analista Fraudes Canales Electrónicos del Banco que la suscribe el 16 diciembre de 2019, que fue abierta el 13 de julio de 2013 y que, para entonces, se encontraba vigente (derivado 14); corresponde a esta Delegatura establecer si existe un incumplimiento contractual atribuible a **BANCO DE BOGOTÁ S.A.**, en la realización de 4 retiros efectuados con cargo a los recursos depositados en la precitada cuenta de ahorros el 20 de septiembre del año 2019 entre las 16:52:12 y las 16:55:18, en cuantía total de \$2'120.000, más los intereses correspondientes y “*asesoría legal por estas actuaciones*”, para un total de \$6'000.000.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1398 del Código de Comercio: “*Todo Banco es responsable por el reembolso de sumas depositadas que haga a persona distinta del titular de la cuenta o su mandatario*”. De esta manera, el establecimiento de crédito cumple las obligaciones a su cargo a condición de que la entrega de las sumas depositadas se realice al titular de la cuenta, su mandatario o a la persona que el cuentahabiente autorice, evento que configura un auténtico pago, en caso contrario se encuentra comprometida la responsabilidad de la entidad, como se reclama en la presente acción, o en contravención a las autorizaciones o instrucciones que al efecto se han extendido por parte de esta Superintendencia y que la entidad bancaria debe acatar o implementar para preservar el interés de los ahorradores y público en general y que por disposición de la Ley 1328 de 2009 se encuentran incorporadas a la relación contractual.

Súmase a ello que – como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 23 de diciembre de 2016, con ponencia del magistrado ARIEL SALAZAR RAMÍREZ – “*atendiendo la naturaleza de la actividad y de los riesgos que involucra o genera su ejercicio y el funcionamiento de los servicios que ofrece; el interés público que en él existe; el profesionalismo exigido a la entidad y el provecho que de sus operaciones obtiene, los riesgos de pérdida por transacciones electrónicas corren por su cuenta, y por lo tanto, deben asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos a través de reparar los perjuicios causados, y no los usuarios que han confiado en la seguridad que les ofrecen los establecimientos bancarios en la custodia de sus*



dineros, cuya obligación es apenas la de mantener en reserva sus claves de acceso al portal transaccional.

Desde luego que consumada la defraudación, el Banco para exonerarse de responsabilidad, debe probar que esta ocurrió por culpa del cuentahabiente o de sus dependientes, que con su actuar dieron lugar al retiro de dinero de la cuenta, transferencias u otras operaciones que comprometieron sus recursos, pues amén de que es este quien tiene el control de mecanismo que le permite hacer seguimiento informático a las operaciones a través de controles implantados en los software especializados con los que cuentan, la culpa incumbe demostrarla a quien la alegue (art. 835 C.Co.), pues se presume la buena fe «aún la exenta de culpa».

La anterior conclusión hace evidente que si bien se trata de un régimen especial de responsabilidad, la misma no tiene carácter objetivo, en la medida que el ejercicio probatorio por parte de la entidad financiera puede desvirtuar la misma, trasladándola al consumidor cuando se acredita su culpa o el incumplimiento contractual. En este sentido, al Banco le corresponde demostrar: (i) de un lado, el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas y (ii) que en cabeza del demandante – consumidor financiero – se desplegó una conducta culposa u omisiva que de manera directa o indirecta diera lugar a la realización de la operación que por vía jurisdiccional reclama o, que simplemente el perjuicio reclamado no existe.

Así las cosas, en torno al estándar de conducta propio de las entidades financieras, la ejecución de las operaciones que les corresponden debe estar precedida y acompañada por un conjunto de medidas tuitivas, de precaución e información dispuestas para salvaguardar el interés público que la actividad financiera comporta, exigibles en el ámbito contractual por virtud de lo establecido en los artículos 38 de la Ley 153 de 1887, 871 del Código de Comercio y el Título 1 de la Ley 1328 de 2009, y que son correlato del derecho de los usuarios a recibir productos y servicios con estándares de seguridad y calidad (literales a del artículo 5° y b artículo 7° de la citada Ley 1328), conjunto de derechos vigente “durante todos los momentos de su relación con la entidad vigilada”, como de manera expresa consagra el artículo 5° *ibídem*.

Es así como se contemplan en el Capítulo I, Título II de la Circular Básica Jurídica No. 029 de 2014 de esta Superintendencia como requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones y que resultan de especial relevancia para resolver el problema jurídico que el caso plantea, los siguientes: (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.” y, (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” (numerales 2.3.3.1.12 y 2.3.3.1.13).

Y si bien el ejercicio de la actividad financiera genera un régimen especial de responsabilidad en sus relaciones contractuales, esto no significa que el consumidor financiero esté autorizado, ni le sea permitido, incumplir o desatender las obligaciones a su cargo, máxime si se tiene en cuenta que lo que se está en juego es su propio patrimonio, **evidenciándose un deber de doble vía**. A este respecto, cabe señalar que el artículo 6° de la Ley 1328 de 2009, prevé como buenas prácticas de protección propias del consumidor financiero: (i) hacer buen uso de la cuenta, (ii) revisar “los términos y condiciones del respectivo contrato y sus anexos” y, (iii) “observar las instrucciones y recomendaciones que imparta la entidad vigilada sobre el manejo de productos o servicios financieros”, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones especiales pactadas en el respectivo contrato, siempre y cuando ellas no correspondan a que limiten o restrinjan los derechos del consumidor o exoneren, limiten o atenúen la responsabilidad de la entidad financiera (literal d y parágrafo del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009).

Así las cosas, encuentra acreditado la Delegatura desde lo narrado en la demanda sobre lo acontecido en el primer cajero electrónico visitado por el señor CORREAL GAMBOA, que en esa oportunidad, ciertamente valiéndose de argucias, fue desposeído de la tarjeta débito que el Banco le había entregado

para la realización de operaciones y que se encontraba obligado a custodiar, situación que se corrobora con el acta de destrucción del plástico que fuera aportada con la contestación de la demanda y que ya se refirió, en la que se hizo constar que el demandante no presentó el plástico del que evidentemente fue desposeído en esa oportunidad, inmediatamente anterior a la realización de los retiros cuestionados, pues de ello no solamente dan cuenta las fotografías de excelente resolución aportadas con el informe interno que ya se mencionó, sino los recibos emitidos por el segundo cajero en que intentó hacer las operaciones, que le arrojaron los mensajes de error que refiere en su demanda, propios de la introducción de una tarjeta diferente al que se le había entregado para transar. Esas mismas fotografías permiten a esta Delegatura concluir que ese tercero que le ofreció su “ayuda” para explicarle el funcionamiento del cajero, no sólo manipuló la tarjeta, sino que también tuvo acceso a la clave transaccional, pues se lo aprecia observando sobre su hombro, mientras se alejaba para dejar “a solas” al señor demandante.

Lo anterior evidencia que en ese momento de la relación contractual falló la obligación a su cargo, relacionada con el deber de cuidado y custodia de su tarjeta débito, contenida en el “*REGLAMENTO Y CONDICIONES PARA EL USO DE LA TARJETA DÉBITO*”, suscrito por el demandante el 13 de julio de 2013 y que se aportó igualmente con la contestación, desde cuyo numeral 1 refiere que “*La Tarjeta Débito así como el Número de Identificación Personal “NIP” son de carácter personal, secreto e intransferible y me obligo a cambiarla periódicamente*” y el 15 “*El recibo de la tarjeta y de su clave implica la obligación de custodiarla de modo que ninguna otra persona pueda hacer uso de la misma...*” (derivado 14), incumplimiento que le coloca en la posición de riesgo que se constituye en fuente del daño que ahora reclama. Por lo expuesto, las excepciones denominadas “*DEBITOS REGULARES*” y “*VALIDEZ DE LOS MENSAJES DE DATOS*” están llamadas a prosperar.

Sin embargo, en orden a verificar el cumplimiento del Banco de sus obligaciones contractuales correlativas, se revisaron por el Despacho las certificaciones emitidas por ATH el 25 de octubre de 2019, relativas a la terminal 3092 en la que cursaron la totalidad de las transacciones reclamadas. En dicho soporte se advierte que a las 16:50:07 se intentó transar con la tarjeta débito del demandante, arrojando el sistema como resultado “*Después de tres intentos errados su tarjeta será B*”, habiéndose materializado el primero de los retiros reclamados a las 16:52:12, por la suma de \$600.000 y siendo que el valor promedio de los retiros del demandante era de \$386.957 (informe de seguridad), los cuatro retiros seguidos del 20 de septiembre del año 2019, en cuantía total de \$2'120.000 y precedidos del ingreso errado de la clave, no sólo han debido aparejar la adopción del contacto con el cliente para efectos de la confirmación telefónica de las transacciones efectuadas, sino de medidas idóneas de bloqueo para evitar la defraudación de la cuenta del mismo.

Así las cosas, si bien los recursos depositados en la cuenta de ahorros del demandante fueron afectados por su propia omisión de cuidado y custodia de la tarjeta y la clave, esta afectación se vio incrementada por la falta de atención del banco demandado frente al cumplimiento de los requerimientos mínimos de seguridad aplicables ante las operaciones que ameritaban el bloqueo del producto, pues si bien remitió mensajes de texto al teléfono celular registrado por el cliente (log de mensajes aportado con la contestación), no emprendió alguna actuación encaminada a confirmar oportunamente con su cliente que él era quien venía realizando estas transacciones inusuales y ajenas a su perfil transaccional. Por todas las razones anteriormente expuestas se declararán infundadas las excepciones que el Banco denominó “*CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA – INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL*” e “*INEXISTENCIA DE DERECHO Y CAUSA PARA DEMANDAR*”, “*EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO*”.

Y como ambas partes incumplieron sus obligaciones contractuales, están llamadas asumir los valores de las operaciones materia de este proceso en la proporción que su actuar incidió en la causación del daño: el actor en relación con las 2 primeras transacciones por valor de \$1'200.000 -conforme a las certificaciones de ATH-, mientras que el Banco, las 2 restantes en cuantía de \$920.000. Como no se encuentran acreditadas en el proceso las erogaciones que se pretenden por concepto de asesoría legal y



siendo que el demandante ha concurrido a la actuación en su propio nombre y representación, no se accederá a su reconocimiento.

Finalmente, en relación con las costas del proceso y siendo que no aparecen causadas, por virtud de lo previsto por el artículo 365 del Código General del Proceso, esta Delegatura se abstendrá de imponer condena por este concepto.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas “*DEBITOS REGULARES*” y “*VALIDEZ DE LOS MENSAJES DE DATOS*”, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito denominada “*CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA – INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL*” e “*INEXISTENCIA DE DERECHO Y CAUSA PARA DEMANDAR*”, “*EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO*”, por las razones expuestas a lo largo de esta decisión.

TERCERO: DECLARAR civil y contractualmente responsable a **BANCO DE BOGOTÁ S.A.**, en los términos de esta providencia, de los perjuicios causados al señor **JAIME EDUARDO CORREAL GAMBOA**, frente a las operaciones que cursaron el 20 de septiembre del año 2019.

CUARTO: CONDENAR al **BANCO DE BOGOTÁ S.A.** a pagar al señor **JAIME EDUARDO CORREAL GAMBOA** la suma de **NOVECIENTOS VEINTE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$920.000)**, pago que deberá efectuarse dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de esta decisión, mediante depósito en la cuenta de ahorros de su titularidad en la misma entidad. A partir del sexto día se generarán intereses de mora a la tasa legalmente permitida. Para acreditar el cumplimiento de esta orden judicial, debe allegar en un lapso no mayor a 5 días hábiles posteriores al cumplimiento del fallo, la documental que así lo demuestre.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin condena en costas.

Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría archívese el expediente.

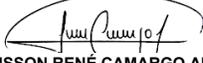
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



EDUARD JAVIER MORA TELLEZ
80020-COORDINADOR DEL GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES DOS

Copia a:

Elaboró:
CLAUDIA MARCELA GOMEZ VASQUEZ
Revisó y aprobó:
EDUARD JAVIER MORA TELLEZ

<p>Superintendencia Financiera de Colombia DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES Notificación por Estado</p>
<p>La providencia anterior se notificó por anotación en estado fijado Hoy <u>27 de octubre de 2020</u></p> <p> JEISSON RENÉ CAMARGO ARIZA Secretario</p>

