

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2023068605-015-000



Fecha: 2023-09-04 16:49 Sec.día976

Anexos: No

Trámite::506-FUNCIONES JURISDICCIONALES
Tipo doc::576-576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE
Remitente: 80020-80020-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 : 2023068605-015-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 576 576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE
Expediente : 2023-2946
Demandante : YAMID BASTO MOGOLLON

Demandados : AV VILLAS

En atención a lo dispuesto en audiencia anterior, de cara al numeral 2º del artículo 278 del Código General del Proceso y en la medida que las pruebas obrantes al expediente resultan suficientes para resolver el fondo del litigio sin que se evidencie la necesidad de decretar ni practicar alguna de oficio, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia profiere la siguiente

SENTENCIA

Mediante escrito remitido a esta Delegatura, señor YAMID BASTO MOGOLLON demandó a BANCO COMERCIAL AV. VILLAS S.A., a efectos de que este Despacho proceda a “PRIMERA: DECLARAR que entre las partes existió una relación de consumo que consistió en la celebración de un contrato marco de productos persona natural, en donde deposite al banco mi dinero para el posterior manejo de este, guarde y cuidado del mismo.”, “SEGUNDA: DECLARAR que la entidad demandada, incumplió con el deber de cuidado y manejo de mi dinero, al no darse cuenta que en un mismo día se realizaron compras y retiros simultáneos de diferentes lugares y servidores o habiéndose dado cuenta se limitó solo a basarse en Su sistema limitado de seguridad de envió de códigos y mensajes que en nada evitaron que los delincuentes prosiguieran desocupando mi cuenta sin mi consentimiento. Se vulnero la brecha de seguridad.”, “TERCERA: ORDENAR que, de conformidad a lo narrado, en el presente asunto la sociedad demandada, vulneró mi derecho como consumidor, a la efectividad de la garantía en la prestación del servicio, al ignorar las legítimas reclamaciones, los llamados de la garantía y desconocer mis peticiones como consumidor.”, “CUARTA: ORDENAR al demandado a hacer la devolución total del dinero correspondiente, en total Doce millones de pesos (\$12.000.000). Y Se reparen los daños de lucro cesante y daño emergente del detrimento patrimonial sufrido a causa de la vulneración y afectación delincencial a través de los sistemas informáticos de la entidad bancaria.” y “SEXTA: CONDENAR al demandado a pagar las costas del proceso y la agencia en derecho.”

Notificada la pasiva, en tiempo presentó escrito de contestación de la demanda y propuso como medios exceptivos los que denominó “EL DEMANDANTE NO CUMPLIO QUE LAS MEDIDAS DE AUTOPROTECCION QUE LE SON EXIGIBLES A LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS”, “EL BANCO ACTUÓ DILIGENTEMENTE AL NOTIFICAR LAS OPERACIONES OBJETADAS A LOS DATOS SEGUROS REGISTRADOS POR EL CLIENTE Y EL TITULAR LOS SUMINISTRÓ A TERCEROS”, “EL DEMANDANTE DIO A CONOCER A TERCERAS PERSONAS ELEMENTOS TRANSACCIONALES PERSONALES E INTRANSFERIBLES INCUMPLIENDO SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”, “EL DEMANDANTE PRETENDE ALEGAR A FAVOR SUYO SU PROPIA CULPA Y LA DOCTRINA PREVÉ QUE NADIE PUEDE ALEGARLA A SU FAVOR”, “EL BANCO AV VILLAS DIO A CONOCER LAS MEDIDAS SEGURIDAD PARA EL USO DEL CANAL Y EL DEMANDANTE OBSERVÓ DICHAS INSTRUCCIONES.” y “EXCEPCIÓN GENÉRICA DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.”

Sobre las excepciones, se corrió traslado a la parte actora quien no se pronunció sobre los argumentos y pruebas presentadas por la entidad financiera.

CONSIDERACIONES

Verificada la existencia de los presupuestos procesales, y siendo competente conforme con los artículos 57 y 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 de la relación contractual establecida quienes son aquí parte.

En este punto cabe señalar que, la relación contractual de las partes fuente de la controversia, corresponde al contrato de depósito en cuenta de ahorros, frente al cual el artículo 1398 del Código de Comercio contempla que, todo Banco es responsable “*por el reembolso de sumas depositadas que haga a persona distinta del titular de la cuenta o su mandatario*”. En este sentido, el Banco cumple la obligación a su cargo, por demás, **obligación de resultado**, sólo a condición de que la entrega de las sumas depositadas se realice al titular de la cuenta, su mandatario, o a la persona que este designe o autorice, -en-tal evento el desembolso configura un auténtico pago.

Ahora bien, frente a lo anterior téngase que es deber 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 (art. 335 Constitución Política), medidas exigibles en el ámbito contractual por virtud de lo establecido en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 y la Ley 1328 de 2009. Tales medidas son correlato del derecho de los usuarios a recibir productos y servicios con estándares de seguridad y calidad (literal a del artículo 5° y b del artículo 7° de la Ley 1328 de 2009), incorporando el artículo 5° de la Ley 1328 citada, un conjunto de derechos que integra el núcleo mínimo de protección vigente “*durante todos los momentos de su relación con la entidad vigilada*”.

Sin embargo, si bien el ejercicio de la actividad financiera genera un régimen especial de responsabilidad, bajo la perspectiva de la anunciada diligencia y profesionalismo en sus relaciones contractuales, lo anterior no significa que el consumidor financiero esté autorizado, ni le sea permitido, incumplir, descuidar, desatender o desconocer, las obligaciones que paralelamente le asisten, máxime que aquello que se encuentra en juego es su propio patrimonio.

A este respecto, vale señalar que el artículo 6° de la citada Ley 1328, prevé como buena práctica de protección propia del consumidor financiero: **(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 y siempre y cuando ellas, no correspondan a cláusulas abusivas que limiten o restrinjan los derechos del consumidor.

Adicionalmente, formando parte del contrato se encuentran aquellas disposiciones que determinan, integran, limitan o amplían su contenido, al igual que las que imponen cargas, deberes y obligaciones que contribuyen, refuerzan o cualifican la obligación principal, como es el caso de la Ley 1328 de 2009. Al respecto, 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”*.

Al efecto, es del caso mencionar, que el artículo 335 de la Constitución Política, establece que toda la actividad financiera es de *“interés público”*, en la medida en que maneja, aprovecha e invierte recursos captados del público y por ello, requiere de previa autorización del Estado para su ejercicio, naturaleza que exige de las entidades que la ejercen, mayor diligencia y profesionalismo en el desarrollo de la misma, toda vez que como prestadoras del servicio poseen un amplio margen de control de las operaciones, contando con sistemas de información y de transacción de carácter técnico, servicios por los cuales reciben una retribución por parte de los clientes, generando un régimen especial en sus relaciones contractuales.

Sumando a lo anterior, tampoco se puede perder que dado el interés público que cobija la actividad financiera, ésta incorpora regulaciones especiales en protección del consumidor financiero, tales como los deberes de información, atención y debida diligencia a que se refieren los artículos 97 y 98 numeral 4 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en la redacción dada por los artículos 23 y 24 de la Ley 795 de 2003, respectivamente, particularmente por el ejercicio profesional que su actividad le impone, deberes que de conformidad con el literal f) del artículo 5° de la Ley 1328 de 2009, constituyen lineamientos dentro de los cuales se cumplen las obligaciones contractuales pactadas, comoquiera que se trata de derechos del consumidor financiero protegidos *“durante todos los momentos de su relación con la entidad vigilada”*, como lo establece ese mismo canon normativo.

Súmase a ello que como lo sostuvo la H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC18614-2016 del 19 de diciembre de 2016, radicación: 05001-31-03-001-2008-00312-01., 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 ella 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 permiten 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 (…)”.

Aunado a ellos ha reiterado la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC5176-del 18 de diciembre de 2020 del magistrado ponente Luis Alonso Rico Puerta, la Corte Suprema de Justicia estableció:

(…) si se analizan las cosas desde la óptica de la naturaleza de las prestaciones del banco, se arribaría a la misma conclusión. Nótese que, al celebrar el contrato de depósito en cuenta corriente o de ahorros -o de administración de estos-, el banco se obliga a permitir a sus clientes la disposición de los saldos depositados en esas cuentas, mediante el giro de cheques (en el caso de la cuenta corriente), retiros con tarjeta de crédito, transferencias electrónicas, entre otras posibilidades. Todos esos canales transaccionales hacen necesario definir un protocolo de autenticación, que

le permita al banco establecer, con certeza, el origen de cada orden impartida. Aunque esa carga no se encuentre consagrada en el derecho positivo, ni se incluya expresamente en los reglamentos respectivos, es connatural al negocio jurídico, al menos como se concibe hoy en día. Actualmente, sería inimaginable una relación banco-cuentahabiente en la que no fuera mandatorio «verificar la identidad [del] cliente, entidad o usuario», mediante «algo que se sabe [como las claves personales], algo que se tiene [como los tokens], algo que se es [la biometría]» (Circular Básica Jurídica, Parte I, Título II, Capítulo I, numeral 2.2.5.).

Cuando un tercero burla esos protocolos de autenticación, y -haciéndose pasar por el cuentahabiente dispone por cualquier medio de los recursos depositados en cuentas de ahorros o corrientes, la obligación de verificación se incumple, pues la carga de que se viene hablando no puede entenderse satisfecha simplemente con los buenos oficios del banco, sino con la efectiva confirmación de la identidad de su cliente. Acorde con la clasificación atribuida a Demogue, la prestación accesoria de la entidad financiera constituye un deber "de resultado", no solo por la distribución del riesgo de la operación -tema sobre el que ya se detuvo la Corte-, sino también por las características especiales de la relación entre el consumidor financiero y la entidad donde tiene depositado sus recursos, que lleva ínsita la garantía de salvaguarda de los dineros captados del público. En línea con lo explicado previamente, y con la naturaleza de ese tipo de prestaciones, la comentada inobservancia comprometerá la responsabilidad civil del banco, salvo que demuestre el acaecimiento de una causa extraña, que impida que el daño puede imputársele jurídicamente; es decir, la institución financiera no puede exonerarse del deber de indemnizar con la simple prueba de haber obrado de manera diligente.

(...) Esa misma estructura puede replicarse en los demás supuestos de fraude bancario, pues realmente solo difieren en el canal transaccional utilizado para perpetrar la apropiación ilícita (y de los mecanismos de autenticación vulnerados). Por ende, también se justifica aplicar analógicamente el régimen de responsabilidad consagrado, de manera general, en el citado canon 1391, que es de naturaleza objetiva, y que, como ya se anotó, únicamente se desvirtúa acreditando que la pérdida no puede atribuirse jurídicamente al incumplimiento de la institución financiera.

Como colofón, resalta la Corte que prescindir de la calificación de la conducta de la entidad financiera no significa asumir una especie de responsabilidad automática suya, pues aun en los regímenes objetivos es necesario demostrar que el hecho dañoso es atribuible a la conducta del agente. Por ende, en casos como este el banco podrá exonerarse de la carga indemnizatoria que se le endilga, probando que las circunstancias que originaron el desmedro patrimonial (como la alteración de una orden de giro, en este caso) obedecieron a causas que no le son imputables. Así ocurriría, por ejemplo, cuando el cuenta habiente pierde su tarjeta de crédito, y en ella tiene escrita su clave transaccional, facilitando que quien la encuentre realice un retiro a través de la red de cajeros automáticos. En esa hipótesis, los controles de autenticación dispuestos por el (...) banco para el referido canal, consistentes en algo que se tiene» (la tarjeta de crédito) y «algo que se sabe» (la clave numérica), habrían sido vulnerados por factores atribuibles al cuentahabiente, desde el punto de vista fáctico -pues fue él quien perdió la tarjeta y la clave- y jurídico -en tanto la custodia de esos elementos le correspondía-, lo que impide que surja para el banco cualquier carga de resarcimiento. Ahora, si quien encontró el aludido plástico acude a una de las sucursales de la entidad financiera y realiza un retiro millonario, sucede que la materialización del ilícito contractual tendería como antecedente material conductas imputables a ambos extremos del contrato de depósito en cuenta corriente o de ahorros, porque a la pérdida de la tarjeta y la clave terminó sumándose la ausencia de protocolos de verificación de identidad, propios de los canales presenciales del banco.

Ante ese panorama, el fallador tendrá que sopesar la relevancia jurídica de esas causas, pudiendo concluir que: (i) ambos estipulantes contribuyeron al resultado dañino -de modo que sus efectos tendrían que ser distribuidos entre ellos, de manera proporcional a su cuota de participación en el evento-; o (ii) que solo uno de esos antecedentes fue determinante en la producción del daño, caso en el cual quien lo produjo habrá de asumir la pérdida íntegramente”.

De conformidad con lo anterior, se encuentra que la ejecución del citado contrato impone entonces, precisos deberes de diligencia a las partes contratantes, determinados por aspectos tales como la utilidad que éste les reporta, experiencia, profesionalismo, poder negocial, ubicación en el contrato, deber de información sobre los productos, sus costos, canales de información etc.

Precisando en este punto que si bien el ejercicio de la actividad financiera genera un régimen especial de responsabilidad, bajo la perspectiva de la anunciada diligencia y profesionalismo en sus relaciones

contractuales, lo anterior no significa que el consumidor financiero esté autorizado, ni le sea permitido, incumplir, descuidar, desatender o desconocer, las obligaciones que paralelamente le asisten, máxime que aquello que se encuentra en juego es su propio patrimonio.

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

En orden a determinar si a la entidad demandada le asiste responsabilidad por las transacciones objetadas, el Despacho examinará las pruebas recaudadas, así como la actuación surtida, aspectos que confrontará y analizará bajo la perspectiva del régimen de responsabilidad aplicable al producto contratado, con el fin de establecer si, *(i)* de un lado, la entidad dio cumplimiento a las obligaciones contractuales y legales asumidas y *(ii)* si 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.

Lo anterior con el fin de establecer si le asiste el derecho a la parte demandante del reconocimiento del reintegro de los dineros sustraídos de la cuenta de ahorros su titularidad por valor de \$12.000.000, o si por el contrario se encontraran acreditadas las excepciones que el banco presentó en la contestación de la demanda.

Es del caso indicar que atendiendo que el demandante indica no haber realizado, ni autorizado el retiro del 12 de abril de 2022 sin tarjeta débito, ni los pagos por PSE de la misma fecha, se constituye una **negación indefinida**, que al tenor de lo previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso, lo releva de prueba el hecho correspondiente, razón por la que la demostración de la entrega de los referidos recursos en los términos pactados, se traslada a la fiduciaria, en virtud del contrato de red de oficinas como se explicará más adelante lo que armoniza con la **obligación de resultado** que incorpora la entrega de recursos tratándose de cuenta de ahorros.

Dicho esto, el Despacho procederá a analizar las excepciones propuestas por la entidad demandada, a la luz de las pruebas aportadas a lo largo del presente proceso, con el fin de determinar si las mismas son suficientes para eximirla de responsabilidad frente a los hechos que causaron la disminución de los fondos consignados en las cuentas de ahorros de titularidad del demandante.

Así las cosas, es importante mencionar que como se constató a derivados 000 y 007 del plenario, para el curso de las operaciones que son objeto de la controversia, se requieren tres elementos transaccionales, que indica la entidad financiera en su contestación de la demanda a saber; 1. Nombre de usuario, 2. Contraseña principal y 3. Claves OTP.

Conforme al reglamento de utilización de los canales digitales que fue aportado al expediente, se puede observar que es obligación del consumidor asignar las claves necesarias para el acceso a los canales que permiten el manejo de los recursos consignados en el producto financiero objeto de la controversia y guardar la custodia de las claves y no permitir que terceros tengan acceso a los canales transaccionales dispuestos por el banco para la disposición de los recursos.

Ahora bien, conforme lo constatado a derivado 000 y 007 se pudo acreditar que al número de telefonía móvil o celular terminado en el No. ****4216, que se encontraba registrado como dato seguro del demandante, y que adicionalmente es el número que le pertenecía al señor BASTO MOGOLLON, el día que presentó la reclamación por desconocimiento de operaciones y que fue aportada con la contestación de la demanda, se remitieron las claves OTP, claves de único uso para la autenticación del cliente para el curso de las operaciones, y que dichas claves fueron las utilizadas para el curso de las operaciones

conforme al los LOG de mensajes de texto y LOG PIB aportados por el banco y sobre los cuales el demandante no se pronunció sobre su validez.

En este sentido, teniendo en cuenta que el usuario, la clave asignada por el consumidor, e incluso las claves OTP necesarias para el curso de las operaciones que desconoce el demandante, quedaron a disposición de terceras personas, que no debían tener acceso a ellas, se encuentra comprometida la responsabilidad del consumidor en el curso de las operaciones que generaron el perjuicio alegado en esta acción.

Visto lo anterior, es claro para este despacho que desafortunadamente, se configuró la pérdida de los elementos transaccionales del demandante para la disposición de los recursos depositados en su cuenta de ahorros, lo que permitió que un tercero no autorizado, se hiciera con los medios para acceder a los recursos que se encontraban depositados en la cuenta de ahorros objeto de la controversia. Por lo que se advierte desde ya que esta Delegatura tendrá por fundadas las excepciones que la pasiva intituló “*EL DEMANDANTE NO CUMPLIO QUE LAS MEDIDAS DE AUTOPROTECCION QUE LE SON EXIGIBLES A LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS*” y “*EL DEMANDANTE DIO A CONOCER A TERCERAS PERSONAS ELEMENTOS TRANSACCIONALES PERSONALES E INTRANSFERIBLES INCUMPLIENDO SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES*”.

No obstante lo anterior, se procede determinar si el comportamiento desplegado por la víctima constituye la causa única, exclusiva y determinante del daño reclamado, en la medida que el incumplimiento de sus obligaciones contractuales no exime a las entidades financieras de cumplir las obligaciones que paralelamente les asisten (parágrafo 1°, artículo 6 Ley 1328 de 2009), lo que plantea analizar si el comportamiento activo o pasivo de la entidad incidió en la causación del daño experimentado por el demandante.

Al respecto, es importante tener en cuenta el orden cronológico de las operaciones que cursaron, con el fin de determinar si la entidad estaba obligada legal o contractualmente a generar alguna conducta tendiente a evitar la consumación del fraude sufrido por el demandante.

Así las cosas, teniendo en cuenta que como se mencionó anteriormente, la entidad financiera, como profesional en su campo, no solo debe cumplir las obligaciones propias del contrato, sino también las disposiciones legales y las instrucciones emanadas de esta Superintendencia.

Respecto del producto objeto de debate, no solo le corresponde a la entidad financiera el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el respectivo contrato, sino además de los requerimientos mínimos en materia de seguridad y calidad para la realización de operaciones, contenidos en el Capítulo I del Título II de la Parte I de la Circular Básica Jurídica No. 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia, consistentes en (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 un número de intentos fallidos por parte de un cliente...*” (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.).

De lo anterior, se puede concluir que el banco tiene un deber de monitoreo constante de las operaciones realizadas por el consumidor, en el cual debe atender no solo las operaciones fallidas, si no situaciones que ameriten un alertamiento preventivo con el fin de evitar la consumación de situaciones como las que son objeto de la controversia, para lo cual, la entidad debe elaborar el perfil de los hábitos y costumbres transaccionales de su cliente, con el fin de que cuando se presenten situaciones ajenas al mismo, se genere el alertamiento de sus sistemas de seguridad para así proceder a confirmar si quien está realizando la operación es efectivamente el cliente del banco y no una tercera persona.

En consecuencia, de manera preventiva el Banco debe estar pendiente de las operaciones fallidas y situaciones extrañas o ajenas al perfil transaccional, para que cuando se presenten, el banco pueda actuar de manera diligente, conforme a su deber de diligencia profesional, y evitar el perjuicio o al menos mitigarlo en casos como los que convocaron esta decisión.

Dicho lo anterior, y descendiendo al caso en concreto, conforme se constata a derivados 007 a 012 del expediente digital, el día 12 de abril de 2022 se realizaron con cargo al saldo de la cuenta de ahorros del demandante, tres operaciones, siendo la primera un retiro sin tarjeta débito y a través de Clave OTP.

Revisado el Log transaccional aportado con la contestación de la demanda a derivado 008, se observa que esta fue la primera operación a través de ese canal y con ese tipo de autenticación, debiendo alertarse el sistema del banco, situación que no se presentó y confluyó en la realización exitosa y sin alertamientos de las operaciones posteriores, ya que de haberse confirmado la transacción verificado la identidad de quien estaba realizando la operación, no siendo el consumidor, o de haberse generado un bloqueo de seguridad se hubiere evitado el curso de las demás operaciones. Respecto de las dos transacciones siguientes también se encuentran como inusuales frente al hábito transaccional del consumidor financiero.

Incluso, de no haberse podido comunicar con el consumidor, atendiendo el deber legal indicado anteriormente, debió bloquearse preventivamente el producto.

En ese punto, de la valoración conjunta de los elementos probatorios se encuentra que el banco no realizó ninguna de las dos, se encuentra comprobando su incumplimiento contractual, pues dichos deberes de seguridad nutrían las condiciones del contrato. Situación que tiene una incidencia causal directa en la materialización del hecho dañino.

Sin embargo, esas operaciones objeto del litigio tampoco hubieran sido posibles de no contar con los elementos transaccionales necesarios, que estaban en custodia del señor YAMID BASTO, por lo que también deberá asumir la responsabilidad de dicha pérdida frente a estas transacciones.

Decantado lo anterior, encuentra el Despacho acreditada una concurrencia de responsabilidades tanto del señor YAMID BASTO MOGOLLON como del BANCO COMERCIAL AV. VILLAS, y por ello debe este operador judicial aplicar lo señalado en el citado precedente jurisprudencial (Sentencia SC5176-del 18 de diciembre de 2020), según el cual se reitera: *“Ante ese panorama, el fallador tendrá que sopesar la relevancia jurídica de esas causas, pudiendo concluir que: (i) ambos estipulantes contribuyeron al resultado dañino -de modo que sus efectos tendrían que ser distribuidos entre ellos, de manera proporcional a su cuota de participación en el evento-; o (ii) que solo uno de esos antecedentes fue determinante en la producción del daño, caso en el cual quien lo produjo habrá de asumir la pérdida íntegramente”*.

En ese orden, valorando la participación de ambas partes como causa efectiva y directa del hecho dañino esto es la pérdida de los recursos, se determina que la participación de sus conductas tiene igual nivel de implicación o participación en la materialización del hecho dañino, en este sentido como el demandante perdió el control de sus elementos transaccionales, y que ello derivó en la realización de las transacciones desconocidas. A su vez, el incumplimiento del banco a sus deberes de seguridad de no confirmar ni bloquear las operaciones da lugar a que su incumplimiento contractual incida en igual porcentaje en la materialización del hecho Dañino.

Así las cosas, cada parte deberá asumir el 50% del valor de las transacciones, de tal forma que el Banco debe asumir el pago de \$6.000.000, quedando a cargo del demandante la pérdida patrimonial restante por igual valor.

En consecuencia, este Despacho advierte que tendrá por no acreditadas o sin efectos eximentes las excepciones que la pasiva intituló: “EL BANCO ACTUÓ DILIGENTEMENTE AL NOTIFICAR LAS OPERACIONES OBJETADAS A LOS DATOS SEGUROS REGISTRADOS POR EL CLIENTE Y EL TITULAR LOS SUMINISTRÓ A TERCEROS”, “EL DEMANDANTE DIO A CONOCER A TERCERAS PERSONAS ELEMENTOS TRANSACCIONALES PERSONALES E INTRANSFERIBLES INCUMPLIENDO SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”, “EL DEMANDANTE PRETENDE ALEGAR A FAVOR SUYO SU PROPIA CULPA Y LA DOCTRINA PREVÉ QUE NADIE PUEDE ALEGARLA A SU FAVOR”, “EL BANCO AV VILLAS DIO A CONOCER LAS MEDIDAS SEGURIDAD PARA EL USO DEL CANAL Y EL DEMANDANTE OBSERVÓ DICHAS INSTRUCCIONES.” y “EXCEPCIÓN GENÉRICA DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.”

Ahora bien, dado que el artículo 1613 del Código Civil impone la obligación de indemnizar los perjuicios derivados “de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”, procede la Delegatura a analizar si la actuación del Banco conllevó la ocurrencia de los perjuicios que alega la parte demandante se produjeron por razón del reporte ante las centrales de riesgos y daño en la vida crediticia.

Así las cosas, pasa el Despacho a pronunciarse sobre los perjuicios adicionales que pretende la parte demandante se le indemnicen, debiendo para dicho efecto poner de presente lo señalado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la existencia del daño, en la Sentencia SC20448-2017 del 7 de diciembre de 2017, Radicación N° 2002-00068-01, donde indicó que:

“Sabido es que sólo se indemniza el daño debidamente probado; pues no es admisible condenar a una persona a la reparación de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual, si los mismos no se encuentran acreditados en legal forma.”

En la teoría de la responsabilidad civil si bien se impone al victimario, por regla general, la obligación de resarcir a la víctima, tal compromiso surge inevitable siempre y cuando su conducta afecte, injustificada y dañinamente, la humanidad o el patrimonio de esta última. Por supuesto, en el evento de no acaecer tal hipótesis, es decir, si a pesar del comportamiento del acusado no se generó un perjuicio o una afectación dañina, simplemente, no hay lugar a la reparación reclamada. Queda así fijada la regla general en la materia de que no hay responsabilidad sin daño, aunque exista incumplimiento o infracción a un deber de conducta.

De tal modo, que el daño constituye un elemento nuclear de la responsabilidad civil, vale decir, su centro de gravedad, el fundamento del fenómeno resarcitorio, siendo necesarias su presencia y su justificación, para que se abra paso la indemnización de perjuicios.

Uno de los requisitos que debe reunir el daño es su certidumbre, es decir, que se demuestre su existencia misma; lo cual ocurre cuando no haya duda de su concreta realización. Además, es el requisito “más importante (...), al punto que, sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna” (CSJ, SC del 1° de noviembre de 2013, Rad. n.° 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n°2000-00196-01).

Para que sea “susceptible de reparación, debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’” (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad. n.° 6879).

La condición de ser directo reclama, en la responsabilidad contractual, que él sea la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno, lo que implica un análisis de la relación causal entre el hecho por el cual se responde y los daños cuyo resarcimiento se pretende.

Esta Corporación sobre la temática tratada, entre muchos otros pronunciamientos, ha puntualizado:

No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la

jurisdicción. **De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia (v. gr.: intereses moratorios). (...).**

Sobre este particular ha señalado la jurisprudencia de la Sala, ‘repetiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil **no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración” (Negrillas y subrayas fuera de texto).**

Sobre el particular, de la valoración conjunta de las pruebas allegadas a la actuación no se encuentra acreditado un perjuicio patrimonial adicional causado al demandante, por lo que no se accederá a tal pretensión.

Finalmente, esta Delegatura se abstendrá de imponer condena en costas, al haberse accedido parcialmente a las pretensiones de la demanda, conforme lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso.

Por lo expuesto, la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de “EL DEMANDANTE NO CUMPLIO QUE LAS MEDIDAS DE AUTOPROTECCION QUE LE SON EXIGIBLES A LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS” y “EL DEMANDANTE DIO A CONOCER A TERCERAS PERSONAS ELEMENTOS TRANSACCIONALES PERSONALES E INTRANSFERIBLES INCUMPLIENDO SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”, atendiendo lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR NO probadas las excepciones que la pasiva intituló: “EL BANCO ACTUÓ DILIGENTEMENTE AL NOTIFICAR LAS OPERACIONES OBJETADAS A LOS DATOS SEGUROS REGISTRADOS POR EL CLIENTE Y EL TITULAR LOS SUMINISTRÓ A TERCEROS”, “EL DEMANDANTE DIO A CONOCER A TERCERAS PERSONAS ELEMENTOS TRANSACCIONALES PERSONALES E INTRANSFERIBLES INCUMPLIENDO SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”, “EL DEMANDANTE PRETENDE ALEGAR A FAVOR SUYO SU PROPIA CULPA Y LA DOCTRINA PREVÉ QUE NADIE PUEDE ALEGARLA A SU FAVOR”, “EL BANCO AV VILLAS DIO A CONOCER LAS MEDIDAS SEGURIDAD PARA EL USO DEL CANAL Y EL DEMANDANTE OBSERVÓ DICHAS INSTRUCCIONES.” y “EXCEPCIÓN GENÉRICA DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO”, conforme lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR contractualmente responsable a BANCO COMERCIAL AV VILLAS S.A. respecto del 50% de las operaciones efectuadas el 12 de abril de 2022 y que son desconocidas por el demandante.

CUARTO: En consecuencia, **CONDENAR** a BANCO COMERCIAL AV VILLAS S.A. a pagar al demandante señor YAMID BASTO MOGOLLON la suma de SEIS MILLONES DE PESOS MCTE, (\$6.000.000). Lo cual deberá realizar en un término de 15 días hábiles siguientes a la notificación de la presente decisión.

Para acreditar el cumplimiento de esta orden judicial, debe allegar en un lapso no mayor a cinco (5) días posteriores al período otorgado para el cumplimiento del fallo, la documental que demuestre que el abono realizado.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin condena en costas.

Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



OSCAR HARLEY LADINO GOMEZ

80020-COORDINADOR DEL GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES DOS

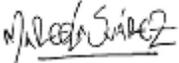
Copia a:

Elaboró:

GERMAN ANDRES ROBLES LAGUNA

Revisó y aprobó:

OSCAR HARLEY LADINO GOMEZ

<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>2025-02-20 16:49</u></p> <p> MARCELA SUÁREZ TORRES Secretario</p>