

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2023085940-010-000



Fecha: 2023-10-10 20:31 Sec. día 1319

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 : 2023085940-010-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 576 576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE
Expediente : 2023-3801
Demandante : HENRY ALEXANDER MORA IBAÑEZ

Demandados : BANCOLOMBIA

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 escrita**, lo anterior en desarrollo de los principios de economía procesal, de la

SENTENCIA

Mediante escrito presentado ante esta entidad, el señor **HENRY ALEXANDER MORA IBAÑEZ** demandó a **BANCOLOMBIA S.A.**, pretendiendo: *“la devolución de mi dinero de las transacciones de la cuenta de ahorros por los valores de \$435.000 y \$328.000 y la cancelación de la tarjeta de crédito E-Card que crearon sin mi autorización y la devolución y/o cancelación de la compra realizada sin autorización por valor de \$400.000”* (Derivado 000).

Notificada la pasiva, en tiempo presentó escrito de contestación de la demanda y propuso como medios exceptivos los que denominó **“AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD FINANCIERA, EXCEPCIÓN GENÉRICA”** (Derivado 006)

Sobre las excepciones, se corrió traslado a la parte actora quien no se pronunció frente a lo expuesto en la contestación de la demanda.

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 esta medida, corresponde a este Despacho establecer si le asiste responsabilidad contractual al **BANCOLOMBIA S.A.**, respecto de las dos operaciones realizadas con cargo al saldo de la cuenta de ahorros de titularidad del señor **HENRY ALEXANDER MORA IBÁÑEZ** el día 26 de julio de 2023 por valor total de \$435.000 y \$328.000 cada una, así como la creación de una tarjeta virtual ECARD cuyo monto fue de \$400.000, operaciones que manifiesta desconocer.

Señalado lo anterior, lo primero que cumple advertir es que estamos ante dos negocios jurídicos:

1. Un contrato de Cuenta de Ahorros tipificado en el artículo 1398 del Código de Comercio, que dispone: *“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.
2. Un contrato de apertura de crédito, el cual se encuentra regulado en los artículos 1400 a 1407 del Código de Comercio, como aquel convenio “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”, cuya disponibilidad podrá ser simple o rotatoria, entendiéndose por la primera aquellos eventos en que “las utilidades extinguirán la obligación del banco hasta concurrencia del monto de las mismas” y, la segunda, cuando en virtud del reembolso de los dineros utilizados por el cliente, estos “serán de nuevo utilizables por éste durante la vigencia del contrato” (Art. 1401 *ibidem*). Al respecto, téngase en cuenta que la emisión de una tarjeta de crédito, obedece a la instrumentalización del contrato de apertura de crédito tipificado en el Código de Comercio, ya que, a través de aquella, el consumidor financiero puede hacer uso de los dineros puestos a su disposición por el establecimiento de crédito, bien sea en la obtención de dinero en efectivo o en la adquisición de bienes y servicios en establecimientos de comercio, a través de diferentes canales transaccionales.

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”*.

Formando parte del contrato se encuentran aquellas disposiciones que determinan, integran, limitan o amplían su contenido. 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”. Y en este sentido, los requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones, contenidos en la Parte 1 – Título II – Capítulo I de la Circular Básica Jurídica No. 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia, que deben asegurar las entidades financieras según el tipo de canal o medios que ponen a disposición de sus clientes, integran las obligaciones contractuales de la entidad financiera. Con estas se busca mitigar los riesgos naturales y propios de la actividad que asumen en su ejercicio profesional y de la que consecuentemente se benefician, sin que – en todo caso – se entiendan dispensadas de adoptar otros mecanismos adicionales que resulten adecuados para minimizar la ocurrencia de situaciones que afecten el normal desarrollo de sus operaciones o representen peligro para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales con los consumidores financieros.

Entre ellas, resultan especialmente relevantes para el análisis que ocupa al Despacho, las consistentes en: (i) “Establecer procedimientos para el bloqueo de canales o instrumentos para la realización de operaciones cuando existan situaciones o hechos que lo ameriten...” (Numeral 2.3.3.1.12.) 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”. (núm. 2.3.3.1.29.), así como la establecida en el sub numeral 2.3.4.12.8. del citado instructivo, vigente para la época en que se efectuaron las compras reclamadas, de conformidad con el cual, los establecimientos de crédito emisores de tarjetas de créditos debían “establecer en los convenios que se suscriben con los establecimientos de comercio la obligación de verificar la firma y exigir la presentación del documento de identidad del cliente para las operaciones monetarias que se realicen con tarjeta de crédito”.

Todo ello teniendo en cuenta que la prestación de este servicio por parte de la entidad financiera cumple, respecto del desarrollo económico una función esencial, que conlleva una especial protección fundada en la confianza pública inmersa en su gestión. Por ello, se exige precisamente de las entidades que la ejercen, mayor diligencia y profesionalismo en su ejecución, 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.

Y en esta perspectiva, aunque la responsabilidad que se predica de las entidades financieras se analiza bajo la anotada perspectiva de la diligencia y profesionalismo, no lo es menos que ésta puede desaparecer o verse menguada atendiendo a la participación excluyente o concurrente del consumidor financiero en la causación del daño cuya indemnización se persigue.

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC5176-2020 del 18 de diciembre de 2020 con ponencia del Magistrado LUIS ALONSO RICO PUERTA que unifica el criterio sobre el riesgo en esta actividad, indica: “...[e]n 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.”.

En otras palabras, impone en estos contratos y con ocasión a la actividad riesgosa, que los bancos tienen una responsabilidad objetiva, la cual no le basta para exonerarse el mostrar buenos oficios o ser diligente, sino que además le compete en caso de sustracción de dineros captados del público, el probar la causa extraña que rompa la responsabilidad que le enrostra, cuyas aristas por supuesto tratan de los hechos de fuerza mayor, caso fortuito, imprevisibilidad del hecho que se le denuncia incumplido y la responsabilidad exclusiva de la víctima.

Es por ello que, creando subreglas, esa autoridad judicial y máximo exponente en temas civiles, sostuvo “...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.”, y cuyo deber de verificación del juzgador recae en examinar, si “...(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.”.

Y como antecedente igualmente, la sentencia del de diciembre de 2016, con ponencia del magistrado ARIEL SALAZAR RAMÍREZ indicó – *“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”.*

Ahora bien, aun cuando 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 el patrimonio. 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”. Deber de doble vía, como expresamente lo señalara la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá del 10 de marzo de 2016, con ponencia del magistrado Marco Antonio Álvarez, al resolver recurso de apelación confirmando la decisión tomada por esta Delegatura dentro del expediente No. 2015-0141.

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.

CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO CONCRETO.

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)* 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 y *(ii)* la entidad dio cumplimiento a las obligaciones contractuales y legales asumidas.

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 de titularidad de aquella, o si por el contrario se encontraban acreditadas las excepciones que el banco esgrimió en su defensa.

Para analizar el presente asunto, es importante mencionar que el señor **HENRY ALEXANDER MORA IBAÑEZ** se encuentra vinculado a **BANCOLOMBIA S.A** a través de la cuenta de ahorros terminada en el número ****1271, cuenta que vio afectado su saldo el día 26 de julio de 2023 por operaciones realizadas por valor de \$435.000 y \$328.000 cada una dirigidas a Rappi, así como la creación de una Tarjeta de crédito E-Card Mastercard número 5176400218236221 con la cual realizaron una compra por valor de \$400.000 a una entidad llamada Conexred con la cual dice no tener ningún vínculo comercial.

El demandante manifiesta que las transacciones relacionadas no fueron realizadas por él ni con su consentimiento.

Ahora bien, cabe poner de presente que la manifestación de la demandante de no haber realizado ni autorizado las operaciones cuestionadas, 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 entidad bancaria, lo que armoniza con la **obligación de resultado** que incorpora la entrega de recursos tratándose de cuenta de ahorros.

En ese sentido y analizados los fundamentos de defensa del banco demandado, se encuentra que este señala que *“Establece el literal c, del artículo 6 de la ley 1328 de 2009 que el consumidor financiero tiene la obligación de: “c) Observar las instrucciones y recomendaciones que imparta la entidad vigilada sobre el manejo de productos o servicios financieros”. Seguidamente, en el contrato de cuenta de ahorros celebrado entre la accionante se estableció que:*

3. Custodiar las chequeras, las tarjetas u otros instrumentos/medios y claves para el manejo de la cuenta, de modo que se evite que un tercero haga uso de ellos y, velar por que la utilización de estos instrumentos/medios se haga en condiciones de privacidad y seguridad.

“(…) En la narración de los hechos, se extrae que el demandante perdió sus elementos transaccionales (Incluida su clave principal) lo que dio como resultado las transacciones que se reclaman.

Por lo anterior, para el caso del señor MORA IBÁÑEZ la entidad financiera logra probar que esta perdió por su información financiera - «algo que se sabe» - su clave principal y - «algo que se tiene» - su tarjeta débito, “(…) en tanto la custodia de esos elementos le correspondía-, lo que impide que surja para el banco cualquier carga de resarcimiento”. (Derivado 006)

En este orden, una vez analizados todos los elementos probatorios a portados a la actuación, este Despacho debe precisar que la sola afirmación del Banco demandado respecto a que “logró demostrar que el demandante perdió su información financiera”, adolece de sustento probatorio que permita desvirtuar el argumento en el cual el demandante finca las pretensiones de su demanda, dado que no basta hacer mención a una mera inferencia a causa de un resultado que, en principio, aconteció bajo unos presupuestos que solamente eran de resorte exclusivo del demandante, hipótesis que, de resultar cierta, debió extenderse a la esfera de lo probado y, por ende, haberse acreditado a través de los diferentes medios probatorios establecidos dentro del ordenamiento jurídico – procesal, sin embargo, la entidad financiera nada aportó ni nada acreditó respecto de las pruebas que estaban en su poder que logran demostrar la pérdida de los elementos transaccionales o la información segura del demandante como causa común de las operaciones aquí reclamadas, ya que correspondía a la entidad financiera acreditar, no solo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino la conducta omisiva o culposa del titular frente a sus datos seguros o elementos transaccionales que permitiera el acceso a su cuenta de ahorros e información confidencial con la cual se apertura la tarjeta de crédito de manera virtual.

Vistas estas circunstancias, encuentra este Despacho que como quiera que la entidad financiera no acredita el incumplimiento de la consumidora de sus obligaciones legales ni contractuales, e incluso ante la duda, teniendo en cuenta que dado el carácter especial de las normas de protección al consumidor, dicha duda debe resolverse a favor de la consumidora financiera conforme lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 4 de la ley 1480 de 2011, por lo cual, la entidad demandada debe responder por los dineros sustraídos de la cuenta de ahorros del señor **HENRY ALEXANDER MORA IBÁÑEZ** el día 26 de julio de 2023, por el riesgo asumido en desarrollo de la actividad financiera.

En efecto, atendiendo que las medidas de seguridad que le son requeridas para la realización de operaciones a través de los canales puestos a disposición de sus clientes, como son de naturaleza preventivas, motivo por el cual, al generarse una situación extraña al perfil de la demandante, el banco está obligado a generar el bloqueo de la cuenta o a confirmarla con el cliente y así prevenir el curso de las operaciones extrañas.

Por lo que se evidencia claramente incumplidas las obligaciones de seguridad del banco demandado frente a las operaciones cuestionadas en el caso concreto, las cuales como se ha indicado nutren el contenido obligacional del respectivo negocio jurídico.

Por ende, se ve configurada su participación de manera causal y directa en la materialización del hecho dañino consistente en el detrimento económico sufrido por la consumidora aquí demandante, pues, de haber bloqueado o confirmado desde el 1er intento fuera de su perfil, hubiera evitado la realización de las operaciones que conllevaron el perjuicio o detrimento patrimonial a la demandante.

En consecuencia, se advierten que se tendrán por no fundadas o sin efectos las excepciones que el banco denominó **“AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD FINANCIERA, EXCEPCIÓN GENÉRICA”**, y en consecuencia se condenará al banco a reintegrar al demandante las sumas debitadas y la cancelación de la tarjeta de crédito aperturada a su nombre.

Finalmente, no se impondrá condena por concepto de costas al no aparecer estas causadas, ni acreditadas, de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

Con base en lo anteriormente 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 NO probadas las excepciones que BANCOLOMBIA S.A. denominó: **“AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD FINANCIERA, EXCEPCIÓN GENÉRICA”**, con fundamento en lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

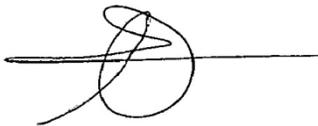
SEGUNDO: DECLARAR contractualmente responsable a BANCOLOMBIA S.A. frente a las operaciones realizadas con cargo al saldo de la cuenta de ahorros de titularidad del señor **HENRY ALEXANDER MORA IBÁÑEZ** el día 26 de julio de 2023 por valor de \$435.000 y \$328.000 cada una, así como de la creación de una Tarjeta de crédito E-Card Mastercard número ****6221 con la cual realizó una compra por valor de \$400.000 a una entidad llamada Conexred, las cuales dice desconocer.

TERCERO: En consecuencia, **CONDENAR** a **BANCOLOMBIA S.A.**, a pagar al señor **HENRY ALEXANDER MORA IBAÑEZ** la suma de **SETECIENTOS SESENTA Y TRES MIL PESOS M/CTE (\$763.000)** a la cuenta de ahorros finalizada en el No. 1271, así como la cancelación de la tarjeta de crédito terminada en *** 6221, sin cobro del valor que fue cargado a la misma por cuatrocientos mil pesos m/cte (\$400.000), en un término de 15 días hábiles contados a partir de la notificación de esta decisión

CUARTO: Sin condena en costas.

Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría archívese el expediente.

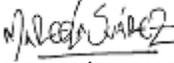
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIANA MARIA ARDILA ZUÑIGA
PROFESIONAL ESPECIALIZADO

Copia a:

Elaboró:
DIANA MARIA ARDILA ZUÑIGA
Revisó y aprobó:
DIANA MARIA ARDILA ZUÑIGA

<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>11 de octubre de 2023</u></p> <p> MARCELA SUÁREZ TORRES Secretario</p>