

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2023031217-029-000



Fecha: 2023-12-18 14:20 Sec.día740

Anexos: No

Trámite:: 506-FUNCIONES JURISDICCIONALES
Tipo doc:: 576-576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE
Remite: 80030-80030-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES
TRES
Destinatario:: 80030-80030-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES
TRES

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 : 2023031217-029-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 576 576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE
Expediente : 2023-1426
Demandante : JAIME ARIAS VELEZ

Demandados : "BANCO COLPATRIA", "SCOTIABANK"

Encontrándose el expediente al Despacho, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 278 del Código General del Proceso y de acuerdo con lo ordenado en audiencia de fecha 5 de septiembre de 2023, toda vez que las pruebas documentales decretadas mediante auto del 20 de junio de 2023 y obrantes en el plenario resultan suficientes para resolver de fondo el asunto, en desarrollo de los principios de economía procesal y prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de esta Superintendencia procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

El señor **JAIME ARIAS VÉLEZ**, actuando a nombre propio, promovió demanda en ejercicio de la acción de protección al consumidor financiero en contra de **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**, entidad vigilada por esta Superintendencia, en la cual pretende que se ordene a la entidad reversar la utilización del crédito rotativo terminado en ****2046 de su titularidad por un valor de \$1.500.000, así como, que se ordene al reintegro de la suma extraída de su cuenta corriente terminada en ****2038 el 25 de agosto de 2022 por \$2.300.000 y, en consecuencia, se reconozcan intereses comerciales moratorios, se elimine cualquier reporte negativo ante las centrales de información financiera y se condene en costas (derivado 000).

La demanda fue admitida y notificada a la entidad vigilada demandada, quien en término contestó a través de la proposición de sendas excepciones de mérito que denominó: “*Scotiabank Colpatría S.A. ha cumplido cabalmente con las instrucciones sobre calidad y seguridad de las transacciones que le son exigibles de acuerdo con la Circular Externa 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia*”, “*Inexistencia del deber legal de reversar las transacciones no reconocidas*”, “*El demandado ha incumplido las obligaciones que le impone la Ley 1328 de 2009 como consumidor financiero y aquellas derivadas del contrato suscrito con Scotiabank Colpatría S.A.*”,

“Conducta contraria a la buena fe por parte del demandante: Nadie puede alegar su propia culpa en su favor- Incumplimiento de los deberes de diligencia derivados del contrato”, “Inexistencia de deber de eliminación del dato negativo de acuerdo con lo establecido por la Ley 1266 de 2008 y 1581 de 2012”, “Buena fe por parte de SCOTIABANK COLPATRIA S.A. en desarrollo de la relación contractual con la señora Montañez López” y “Excepción genérica” (derivado 008).

De las excepciones formuladas, se corrió traslado a la parte actora (derivado 010), quien en término presentó escrito que descurre traslado de las excepciones de mérito mediante el cual se opone a las excepciones formuladas por la entidad demandada y solicita el decreto de nuevas pruebas (derivado 011).

De cara a lo anterior, este Despacho mediante auto proferido el 20 de junio de 2023 decretó las pruebas solicitadas por las partes, así como pruebas de oficio y fijó fecha y hora para llevar a cabo la etapa de conciliación para el 5 de septiembre de 2023, oportunidad en la cual se declaró fallida dicha etapa y, en aplicación al numeral 2 del artículo 278 del Código General del proceso se resolvió proferir sentencia escrita anticipada y se le corrió traslado por tres días hábiles a ambas partes para presentar los alegatos de conclusión, quienes en término allegaron los respectivos escritos (derivados 025 y 026) encontrándose entonces el expediente al Despacho para proferir la respectiva sentencia.

II. 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 entre el señor **JAIME ARIAS VELEZ** y **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**

Sea lo primero indicar que la relación contractual de las partes fuente de la controversia se enmarca, en primer lugar, en el contrato de un contrato de cuenta corriente bancaria el cual está regulado en los artículos 1382 a 1392 del Código de Comercio y 125 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiera (EOSF), como aquel por virtud del cual *“el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de su saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco”*, surgiendo para el Banco la obligación de restituir los dineros recibidos, mediante los mecanismos pactados entre las partes.

En segundo lugar, las partes también se encuentran vinculadas a través de un crédito rotativo el cual se configura en un contrato de apertura de crédito y que 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 ibídem).

Ahora bien, téngase en cuenta que el régimen de responsabilidad a cargo de las entidades vigiladas es especial y contractual, irradiada por la Constitución Política, al ser catalogada la actividad financiera como de *“interés público”* a la luz de los artículos 78 y 335, cuya ejecución se integra con los principios legales concebidos en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, así como consignados en la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1480 de 2011.

Al efecto, se incorporan 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.

Sobre el particular, observa la Delegatura frente a las transacciones cuya cancelación, anulación y/o reintegro pretende el demandante, que las mismas se efectuaron el 25 de agosto de 2022, correspondientes a una transferencia por \$1.200.000 desde la cuenta corriente ***2038, una utilización del crédito rotativo terminado en ****2046 por valor de \$1.500.000, recursos que fueron transferidos a la cuenta corriente ***2038; una transferencia por \$500.000 desde los recursos depositados en la cuenta corriente ***2038 y una transferencia por \$500.000 con cargo a los recursos depositados en la cuenta corriente ***2038, de conformidad con los extractos de la cuenta corriente ***2038 (derivado 008) y los extractos del crédito rotativo ****2046 (derivado 015).

Encontrándose que para la materialización las transferencias se utilizaron solamente \$800.000 que se encontraban en la cuenta corriente ****2038, más la suma de \$1.500.000 que corresponde a recursos trasladados desde el cupo del crédito rotativo ****2046.

Ahora bien, frente a la controversia acá planteada, le corresponde entonces a este Despacho establecer si **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.** es contractualmente responsable por la utilización con cargo al cupo del crédito rotativo terminado en ****2046 y las transferencias realizadas desde la cuenta corriente terminada en ****2038 de titularidad del señor **JAIME ARIAS VÉLEZ** que han sido enunciadas anteriormente y si, en consecuencia, se debe acceder a las pretensiones de la demanda.

Téngase en cuenta que la parte actora desde su escrito de demanda y en el escrito que descorre traslado de las excepciones ha indicado no haber realizado las mismas, manifestación que a la luz del artículo 167 del Código General del proceso constituye una **negación indefinida**, que al tenor de lo previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso, releva de prueba el hecho correspondiente, invirtiendo la carga de la prueba. Por lo que corresponde a la entidad financiera acreditar, no solo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino la conducta omisiva o culposa del titular de los productos financieros.

Súmase a ello que - como lo sostuviera la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 23 de diciembre de 2016, con ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez -, SC18614-2016- Radicación n° 05001-31-03-001-2008-00312-01-: *“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» (destacado por el Despacho).

Aunado a lo anterior, vale la pena resaltar lo expuesto en reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Luis Alonso Rico Puerta, en sentencia

del 18 de diciembre de 2020, en el sentido que: *“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 cuentahabiente pierde su tarjeta débito, 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 débito) 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”.*

En este orden, corresponde a la entidad financiera, que de manera profesional ejerce la actividad constitucionalmente protegida, acreditar no solo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales sino el incumplimiento, a su vez, de las obligaciones propias del titular de la tarjeta de crédito, o la actuación u omisión culposa del consumidor financiero, que determine la concreción del daño.

Con este propósito, observa esta Delegatura que **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.** señaló como fundamento de las excepciones propuestas en su escrito de contestación de la demanda, no sólo el incumplimiento del acá demandante, sino que adicionalmente actuó con la debida diligencia y cumplimiento de los requisitos mínimos de seguridad frente a la situación manifestada por el accionante y de acuerdo con lo estipulado dentro del contrato celebrado. Asimismo, de acuerdo con el escrito de contestación y los alegatos de conclusión, la entidad señaló tanto en las respuestas a las reclamaciones como en los alegatos de conclusión que las transacciones reclamadas cursaron de forma exitosa sin presentar status de error ni alertamientos, con los datos necesarios para su curso que son de conocimiento exclusivo del demandante incluyéndose el mecanismo OTP+PIN remitido a su teléfono celular, información que se encuentra bajo su custodia, razón por la cual no le asiste responsabilidad.

Sobre el particular, encuentra el Despacho que la entidad financiera demandada indicó que las transacciones desconocidas cursaron de manera exitosa y para ello resultaban necesario el diligenciamiento del usuario y clave personal y posteriormente el mecanismo OTP+PIN remitido. No obstante, el demandante ha sido insistente en afirmar que nunca recibió los códigos OTP en su teléfono y que por el contrario *“con el Excel que el COLPATRIA aporta como (otp 17020749) que las transacciones fraudulentas fueron realizadas desde una IP diferente a la única IP habitual del suscrito: [186.85.171.120], en cambio las transacciones fraudulentas fueron realizadas desde las IP [191.156.180.206], [191.156.181.32], [191.156.179.74] Y [191.95.60.101]”* (derivado 026). Igualmente, que no ha descuidado sus elementos transaccionales ya que nunca realizaba operaciones a través de un equipo distinto al usual.

Al efecto, la entidad financiera demandada no allega prueba si quiera sumaria que acredite el incumplimiento de las obligaciones a cargo del consumidor financiero, pues si bien con el escrito de contestación allega una documental que refiere a las validaciones de claves OTP que se realizaron para llevar a cabo las operaciones objeto de discusión (derivado 008), frente a la cual se hizo a su vez referencia en los alegatos de conclusión, lo cierto es que de dicho medio probatorio no es posible advertir que los códigos OTP empleados para dichas validaciones hubiesen sido remitidos al consumidor y por ende, que se encontraban bajo su custodia.

Téngase en cuenta que si bien ante el requerimiento oficioso, la entidad allegó certificación emitida por la empresa proveedora de mensajes de texto MASIVIAN S.A.S en la relación de los mensajes de texto remitidos al celular del actor (derivado 015), de dicha documental no se evidencia la remisión de algún código OTP o clave de un solo uso pues dicha certificación únicamente acredita la notificación de las utilidades, ingreso al portal web y el cambio de clave, mas no la remisión de los códigos OTP necesarios para el curso de las operaciones a la línea celular de titularidad del actor.

En efecto, si bien la entidad demandada señala que en oportunidad anterior que el actor había sido víctima de la modalidad de fraude *phishing*; una vez analizado todo el material probatorio de manera conjunta, se encuentra que la entidad financiera no cumplió con su carga de demostrar que el actor hubiera incurrido en el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y custodia de sus elementos transaccionales, o alguna otra obligación a su cargo que hubiera posibilitado la causación del daño aquí reclamado a la luz de lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso y la jurisprudencia citada en precedencia, sin que del curso exitoso de las transacciones sea posible inferir que el demandante haya sido descuidado, negligente o imprudente en el empleo de su información confidencial para el manejo de sus productos y canales con SCOTIABANK COLPATRIA S.A, ni que hubiera facilitado, permitido o consentido que dicha información fuera conocida por terceros inescrupulosos.

Por consiguiente, el argumento de la entidad demandada adolece de sustento probatorio, dado que no basta solamente hacer mención a una mera inferencia obtenida de un resultado transaccional que si bien en principio demostraría la causación exitosa de la misma, lo cierto, es que precisamente ese aspecto probatorio es el cuestionado por el actor; 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, pues se repite, dicha carga probatoria refulge en cabeza de la parte demandada.

En ese orden de ideas los argumentos de defensa de la pasiva, atinentes a que la transacción se realizó y se ejecutó con la información necesaria para producirlas, no puede tenerse como una atribución incontrovertible de autoría en cabeza del consumidor financiero, pues la ley no ha tarifado tal prueba – mensajes de datos-, por lo que tales aspectos deben sopesarse, valorarse y aquilatarse en juicios como el presente donde se discute la autoría de la orden electrónica.

En esta medida, siendo que casos como el presente pueden ocurrir por ser un riesgo propio de la actividad financiera desarrollada a través de los canales electrónicos puestos a disposición de los consumidores, el mensaje de datos inicial no puede constituir plena prueba o hecho incontrovertible, es decir, que por el solo hecho de que las operaciones hayan cursado sin margen de error, no puede aducirse que no se haya cumplido obligaciones de guarda y custodia por parte del cliente.

Así las cosas, al no acreditarse por la entidad financiera demandada el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la demandante, resulta evidente la responsabilidad contractual por parte de **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.** conforme se señala en sentencia ya citada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia 23 de diciembre de 2016, con ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez, SC18614-2016- Radicación n° 05001-31-03-001-2008-00312-01: *“En otras palabras, si la sustracción no fue el resultado de una actuación culposa del cliente, quiere decir que cualquiera pudo ser víctima, y era un deber inexcusable de la entidad financiera precaverlo”* y, por ende, habrán de declararse no probadas las excepciones propuestas por la entidad financiera.

En este orden de ideas, acreditada la responsabilidad civil contractual de la entidad financiera en los términos antes expuestos y de conformidad con la jurisprudencia expuesta en precedencia, se condenará a **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.** a reversar la utilización efectuada el 25 de agosto de 2022 con cargo al crédito ***2046 por valor total de \$1.500.000, incluyendo los intereses corrientes, moratorios y demás conceptos que haya generado dicha operación; debiendo en consecuencia reintegrar los valores que haya cancelado el actor para cubrir dicha utilización.

Por su parte, deberá efectuar el reintegro de los recursos depositados en la cuenta corriente terminada en ***2038 y que hubiesen sido afectados a raíz de las operaciones objeto de controversia, que como vimos, ascienden a \$800.000, para lo cual se le concede el término de **VEINTE (20)** días hábiles a la entidad financiera.

Igualmente, en el mismo término la entidad financiera deberá, de ser el caso, realizar la respectiva actualización de la información negativa del señor **JAIME ARIAS VÉLEZ** que se haya reportado en las Centrales de Información y que corresponda al crédito rotativo terminado en ***2046, de conformidad con lo aquí resuelto.

Frente al reconocimiento de los intereses moratorios pretendidos, no resulta procedente su condena como quiera que tales estipendios constituyen propiamente una pena en los términos del artículo 6 del Código Civil y que los intereses se deben desde la mora, es decir, desde que la obligación se ha hecho exigible, dado que en el presente caso el reconocimiento de la obligación resarcitoria emerge de la sentencia y adquiere exigibilidad a partir de su ejecutoria, se denegará su reconocimiento, pues, *“la mora en el pago solo llega a producirse cuando exista en firme una suma líquida”* (Sentencia Casación 27 de agosto de 1930, G.J. T.XXXVIII, pág. 128, citada en la Sentencia T-701/12), habiéndose explicado que *“...las sentencias de condena ‘se encaminan a la declaración judicial de un derecho y a la condena del demandado a la satisfacción de la prestación debida, como consecuencia de la existencia del derecho que se reconoce o declara.’ Así, es a partir del momento de su ejecutoria que el derecho reclamado cobra firmeza o seguridad, pues antes de ella no es más que una situación incierta o dudosa...”* (Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Sentencia del 9 de junio de 2010, M.P. Ariel Salazar Ramírez)

Finalmente, no se impondrá condena por concepto de costas al no tenerse causadas ni acreditadas de conformidad con el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso y por haber salido avante las pretensiones de manera parcial, de conformidad con el numeral 5º *Ibidem*.

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: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por la demandada.

SEGUNDO: DECLARAR contractualmente responsable a **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.** en los términos de esta providencia, de los perjuicios sufridos por el señor **JAIME ARIAS VÉLEZ** respecto de las transacciones no reconocidas realizadas el 25 de agosto de 2022, con cargo cupo del crédito rotativo terminado en ***2046 y la cuenta corriente terminada en ****2038 de su titularidad en un valor de \$2.300.000.

TERCERO: CONDENAR a **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.** a que proceda en un lapso no mayor a **VEINTE (20)** días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de este proveído a **(i)** realizar la reversión de la utilización efectuada el 25 de agosto de 2022 con cargo al cupo del crédito rotativo terminado en ***2046 de titularidad del señor **JAIME ARIAS VELEZ** junto con los intereses corrientes, moratorios y demás emolumentos generados a raíz de dicha operación; **(ii)** reintegrar al señor **JAIME ARIAS VÉLEZ** las sumas que hayan sido pagadas por él para cubrir la utilización del crédito rotativo ***2046 del 25 de agosto de 2022; **(iii)** reintegrar al señor **JAIME ARIAS VÉLEZ** la suma de \$800.000 que corresponde a los recursos depositados en la cuenta corriente terminada en ***2038 y que hubiesen sido afectados a raíz de las operaciones objeto de controversia y; **(iv)** actualizar la información negativa del señor **JAIME ARIAS VÉLEZ** que se haya reportado en las Centrales de Información y que corresponda al crédito rotativo ***2046, en los términos de esta decisión.

El cumplimiento de la orden que se imparte en esta sentencia deberá ser acreditado por **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**, dentro de los **DIEZ (10)** días hábiles siguientes contados a partir de la expiración del

plazo otorgado para el mismo, advirtiéndose que el incumplimiento de las órdenes aquí impartidas puede ocasionarle la sanción de que trata el numeral 11 del artículo 58 de la ley 1480 de 2011.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas.

Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DANIELA DEL PILAR JAIME RIVERA
PROFESIONAL ESPECIALIZADO

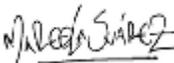
Copia a:

Elaboró:

LAURA VALENTINA PEREZ RUIZ

Revisó y aprobó:

--DANIELA DEL PILAR JAIME RIVERA

<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>19 de diciembre de 2023</u></p> <p> MARCELA SUÁREZ TORRES Secretario</p>