

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2023048148-033-000



Fecha: 2023-11-29 20:47 Sec.día1089

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 : 2023048148-033-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 576 576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE
Expediente : 2023-2088
Demandante : SANDRA MILENA JIMENEZ ALZATE

Demandados : BANCO DE BOGOTÁ S.A.

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 prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal y el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia en obtener una pronta decisión.

SENTENCIA

Mediante escrito, la señora **SANDRA MILENA JIMENEZ ALZATE** demandó a **BANCO DE BOGOTÁ S.A.**, a efectos de que se obligue a *“Que se obligue a Banco de Bogotá a reintegre por los recursos que tenía disponibles en mi cuenta de ahorro y que me fueron hurtados por valor de \$7.689.724 (SIETE MILLONES SEICIENTOS OCHEINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS VEINTICUATRO PESOS M/CTE) ya que es de anotar que en el momento en el que se presentó el fraude la entidad no tenía disponibles y en buen estado los canales para la prestación de un oportuno servicio y la red de cajeros en su mayoría no estaba funcionando y la entidad no informa a sus clientes de las dificultades y falas que presentan la red de cajeros puestas a vuestra disposición.”*

Notificada la pasiva, en tiempo presentó escrito de contestación de la demanda y propuso como medios exceptivos los que denominó **“Culpa exclusiva de la víctima”** – **“incumplimiento contractual”**; **“inexistencia de derecho y causa para demandar”**; **“Excepción de contrato no cumplido”**; **“Validez de los mensajes de datos”**; **“Validez de las operaciones realizadas mediante cajeros automáticos y mecanismos electrónicos y de su prueba”**; **“La genérica”**

Sobre las excepciones, se corrió traslado a la parte actora quien no se pronunció al respecto.

CONSIDERACIONES

MARCO LEGAL APLICABLE AL SERVICIO FINANCIERO

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 ese orden, estas entidades que son vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, les corresponde velar por el cumplimiento de las regulaciones especiales en materia de protección del consumidor financiero, tales como los deberes de información, atención y debida diligencia que fueron instituidos como principios orientadores de la actividad en el artículo 3 de la Ley 1328 de 2009, y como obligaciones especiales en el artículo 7 de esa misma ley. Deberes que de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1328 en cita, 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”.

Precisamente en desarrollo del deber de diligencia antes señalado, el literal a) del artículo 3 de la Ley 1328 en cita, señala que *“...Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros”*.

NATURALEZA DEL CONTRATO OBJETO DE ESTUDIO

Al respecto, no se discute que el negocio jurídico fuente de la controversia corresponde a un contrato de depósito en cuenta de ahorros o depósito irregular de dinero, contemplado y regulado en los artículos 1396 a 1398 del Código de Comercio y 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Para lo que interesa al proceso, el artículo 1398 del Código de Comercio prefigura la responsabilidad del Banco, al establecer que: *“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 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.

Téngase en cuenta que la emisión de una tarjeta de débito, obedece a la instrumentalización del contrato de apertura de depósito tipificado en el Código de Comercio, ya que, a través de aquella,

el consumidor financiero puede hacer uso de los dineros puestos en su cuenta de ahorro, 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, como en el caso que nos ocupa.

La controversia ventilada ante este Despacho corresponde al desconocimiento de operaciones realizadas el 19 de diciembre de 2022 por un monto total de \$ 7.689.724 COP que afectaron la cuenta de ahorro de la tarjeta de débito No. *** 3516 de titularidad de la señora **SANDRA MILENA JIMENEZ ALZATE**, quien manifiesta no haber realizado tales operaciones. Ahora bien, frente a la controversia acá planteada, le corresponde entonces a este Despacho establecer si el **BANCO DE BOGOTÁ S.A.** es contractualmente responsable por la autorización de las transacciones anteriormente citadas.

DE LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES

En primera medida revisemos el cumplimiento de las obligaciones de seguridad impuestas a la entidad financiera, las cuales se integran de lo pactado en el contrato y 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”*.

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.).

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.”*

O 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.”*

Por otro lado, de las estipulaciones contractuales en razón a la dinámica para la utilización del producto financiero, se observa que la cliente perdió la custodia del elemento transaccional, circunstancias que como a continuación se analizarán genera implicaciones en el detrimento patrimonial objeto de debate.

Entonces para el caso en concreto, se extrae del material probatorio allegado oportunamente por las partes, que las operaciones cuestionadas cursaron con lectura del CHIP incorporado en el plástico de la tarjeta y CLAVE PERSONAL el 19 de diciembre de 2022, con la tarjeta de débito No. *** 3516 de titularidad de la demandante, elemento transaccional que fue hurtado a la cliente como así lo reconoce y se vislumbra de los videos aportados a derivado 08 del expediente, por lo que prospera la excepción denominada: *“Culpa exclusiva de la víctima – incumplimiento contractual”*

No obstante, lo anterior, se observa del log transaccional que algunas de las transacciones objetadas y efectuadas a través de cajeros y POS no se ajustan al perfil y hábito transaccional del cliente, teniendo en cuenta que esta es una de las obligaciones de seguridad exigibles a la entidad financiera como profesional y en desarrollo de la debida diligencia.

Entonces pese a que la entidad financiera aporta un log de mensajes al celular y correo de la cliente mediante los cuales se comunicaban la realización de las operaciones a la cliente, este no es óbice para que en el evento en que las mismas sean ajenas al perfil, hubiese procedido la entidad a confirmarlas y en su defecto bloquearlas, en los términos de la obligación legal, pues, recordemos que una cosa es informar y otra cosa es confirmar, significado de este último que según la RAE significa: “*Acción y efecto de confirmar. 2. f. Nueva prueba de la verdad y certeza de un suceso, dictamen u otra cosa.*”

Es más, se le reprocha al banco su inactividad o falta de diligencia respecto de las operaciones cuestionadas, hecho que permitió no solo retiros por cajero que no eran usuales por la cliente, además de una compra, justo en el momento de ingreso a la sucursal bancaria, y allí fue la demandante quien solicitó el bloqueo del producto.

Entonces tenemos que, pese a que la señora Sandra fue víctima del denominada “cambiao” y las operaciones objetadas cursaron con los elementos transaccionales, esta no libera de las obligaciones irrestrictas al banco, las cuales como se evidencian del perfil transaccional del cliente, generan un juicio de responsabilidad en su contra, prueba visible a derivado 23, que da cuenta lo inusual de los retiros en cajero y la compra, además, la entidad demandada en el documento denominado *INFORME DE SEGURIDAD SANDRA MILENA JIMENEZ*: “*Las transacciones objetadas y efectuadas a través de cajeros y POS no se ajustan al perfil y hábito transaccional del cliente.*” En consecuencia, el **BANCO DE BOGOTÁ S.A.** debió generar un mecanismo de seguridad y alertamiento para confirmar la autenticidad del titular de la tarjeta al momento de autorizar la transacción y compras presenciales

De lo anterior, se declara no probadas las excepciones “*EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDA*” excepción “*INEXISTENCIA DE DERECHO Y CAUSA PARA DEMANDAR*” *VALIDEZ DE LOS MENSAJES DE DATOS*, y *VALIDEZ DE LAS OPERACIONES REALIZADAS MEDIANTE CAJEROS AUTOMÁTICOS Y MECANISMOS ELECTRÓNICOS Y DE SU PRUEBA.*”

Todas estas situaciones dan cuenta de que se debieron ejecutar las medidas tuitivas que imponen los requerimientos mínimos de seguridad y calidad y activarse los controles de seguridad con el fin de comprobar la autoría de las operaciones lo cual no tuvo lugar. En las circunstancias descritas, para el Despacho, el comportamiento de ambas partes, se muestra determinante del daño analizado, ya que de haber desplegado el actor el descuido de custodia a su tarjeta de débito para evitar dichas acciones fraudulentas de que fue víctima, o el banco haber bloqueado el canal al resultar ajenas al perfil transaccional las operaciones que se llevaban a cabo, y notificado oportunamente los retiros transaccionales, el daño materia de examen no se habría consolidado.

Por lo expuesto, y una vez advertida la concurrencia de culpas en la generación de las transacciones desconocidas, y atendiendo que la reparación del daño está sujeta a reducción, cuando quien lo sufrió se expuso a él imprudentemente (art. 2357 del Código Civil), ante el incumplimiento del demandante en la obligación de custodia y guarda de los elementos transaccionales, y la entidad ante la falta de diligencia e incumplimiento en las obligaciones de seguridad, por lo que se condenará al BANCO DE BOGOTA S.A a asumir el 60% del valor de

las operaciones discutidas, esto es la suma de \$ 4.613.837 CUATRO MILLONES SEISCIENTOS TRECE MIL OCHOCIENTOS TRENTA Y SIETE PESOS.

DECISIÓN

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 NO PROBADA las excepciones de la parte demandada intitulo: *“Inexistencia de derecho y causa para demandar”*; *“Validez de los mensajes de datos”*; *“Validez de las operaciones realizadas mediante cajeros automáticos y mecanismos electrónicos”* y *excepción de contrato no cumplido*, por las razones mencionadas en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción: *“Culpa exclusiva de la víctima – incumplimiento contractual”*; *“”* por las razones mencionadas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Condenar al BANCO BOGOTÁ S.A a pagar la suma de \$ 4.613.837, valor que deberán indexar a la fecha del pago, mediante abono en la cuenta de titularidad de la demandante, ;, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia.

El cumplimiento de la orden que se imparte en esta sentencia deberá ser acreditado por BANCO BOGOTÁ, 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: Sin condena en costas.

Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIANA CAROLINA CAMPOS TOVAR
80020-COORDINADOR DEL GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES DOS

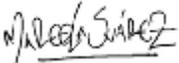
Copia a:

Elaboró:

DIANA CAROLINA CAMPOS TOVAR

Revisó y aprobó:

--JULIANA DEL PILAR STERLING NUÑEZ

<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>30 de noviembre de 2023</u></p> <p> MARCELA SUÁREZ TORRES Secretario</p>