

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2023091261-025-000



Fecha: 2024-02-13 19:10 Sec.día 1967

Anexos: No

Trámite: 506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc: 249-249 SENTENCIA ESCRITA NIEGA

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 : 2023091261-025-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 249 249 SENTENCIA ESCRITA NIEGA
Expediente : 2023-4070
Demandante : NUBIA CONSTANZA OTAVO SIMBAQUEVA
Demandados : BANCO DE BOGOTÁ S.A.
Anexos :

En atención a lo dispuesto en el inciso 2 del párrafo 3 del artículo 390 del Código General del Proceso, y en la medida que se trata de un proceso verbal sumario en el que las pruebas que obran en el expediente son suficientes para resolver el fondo del litigio y no se advierte la necesidad de decretar ni practicar nuevas pruebas, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia procede a proferir la siguiente **sentencia escrita**, en desarrollo de los principios de economía procesal y de la prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal, con base en las pruebas que de manera oportuna fueron solicitadas y allegadas al proceso.

SENTENCIA

Mediante escrito, la señora **NUBIA CONSTANZA OTAVO SIMBAQUEVA** demandó a **BANCO DE BOGOTÁ S.A.**, manifestando:

*“El caso en cuestión se refiere a la emisión fraudulenta e ilegal de una tarjeta de crédito a nombre mi **NUBIA CONSTANZA OTAVO SIMBAQUEVA** identificada con cc **52588264** de donde he sido víctima de una estafa por parte de agencia de viajes **Skyword travel s.a.s** el día 08 de junio del 2023 desde el 08 de junio he estado en contacto con la empresa estafadora solicitando la cancelación de la compra a través de la solicitud de retracto consagrada en el decreto de Retracto que estipula el art 47 de la ley 1780 de 2011 y numerales 9y 10 del artículo 8 del decreto 1499 del 2014, decreto 254 de 2022 respectivamente y he remitido una queja al Banco Bogotá el 10 de junio buscando revertir la transacción fraudulenta mente realizada. (...) En vista de la falta y solución por parte del Banco Bogotá me veo en la necesidad de acudir a la superintendencia financiera de Colombia para solicitar su investigación en este asunto. Espero que la entidad pueda revisar detenidamente*

este caso y tomar las medidas necesarias para proteger los derechos de las víctimas y garantizar la integridad del sistema financiero”.

Notificada la pasiva, en tiempo presentó escrito de contestación de la demanda y propuso medios exceptivos los cuales denominó, “**1. Falta de legitimación en la causa por pasiva; 2. Inexistencia De Incumplimiento Contractual; 3. Ausencia De Los Elementos Estructurales De La Responsabilidad Civil Invocada - Ausencia De Daño; 4. El demandante no puede ir en contra de sus propios actos – Hechos de un tercero – Culpa exclusiva de la demandante; 5. La genérica**”.

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

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.

Sentado lo anterior, téngase que el negocio jurídico fuente de la controversia corresponde a 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 ibídem).

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, como en el caso que nos ocupa.

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”.*

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.

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 débito, 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 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 galgo 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. 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 tendría 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.

Vale la pena añadir que supuestos como los antes mencionados suelen catalogarse como "culpa exclusiva de la víctima" o "compensación de culpas", según el caso, pero realmente no están vinculados con el

fenómeno de la culpabilidad, sino con la atribución causal, como se explicó, a espacio, en el fallo CSJ SC2107-2018, 12 jun”.

Bajo dicho marco normativo y jurisprudencial, procede la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales a resolver en derecho la controversia planteada como ha quedado identificada, con base en las pruebas oportuna y debidamente aportadas al proceso.

En ese sentido, se encuentra que el objeto a resolver en la presente controversia consiste en establecer si existe responsabilidad contractual de **BANCO DE BOGOTA S.A.**, por el procedimiento del otorgamiento de la tarjeta de crédito terminada en el No ******8445** y por las operaciones cursadas el día 8 de junio de 2023 por valor de \$4.160.000 y de \$40.000, de la que es titular la señora **NUBIA CONSTANZA OTAVO SIMBAQUEVA**, y en consecuencia si hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

Para la resolución del anterior problema, téngase que la entidad financiera de oficio aportó a derivado 024 la carpeta contentiva de los soportes que sirvieron para aprobación y apertura del producto financiero que desconoce la parte demandante, operación que se realizó de manera digital, con la aceptación e ingreso de las claves OTP que fueron enviadas al celular de la peticionaria, al igual que la firma del pagaré también de manera digital.

Es importante tener presente que la demandante confesó en su relato que voluntariamente asistió a las instalaciones del comercio **SKYWORLD TRAVEL S.A.S.**, identificada con Nit 901512228-8, y que, de acuerdo con lo manifestado por la pasiva *“permitió la manipulación de su dispositivo celular, el cual, constituye un elemento transaccional bancario, pues a este se remitieron las claves OTP, mediante las cuales se activó adquirió el producto objeto de controversia, y posteriormente realizó la contratación de servicios ofrecidos por ese comercio firmando todos los documentos que dicha sociedad le suministró”.*

Adicionalmente se aclara que la tarjeta fue solicitada de manera digital con los datos personales del cliente; y la clave OTP enviada al celular de la demandante, lo cual es una contraseña de un solo uso, es decir, un código que tiene validez por un corto periodo de tiempo y no puede reutilizarse. El código de la OTP llega directamente al móvil del firmante vía SMS y es así como una vez que se introduce dicho código, la operación se valida y el documento queda firmado correctamente. Esto permite firmar electrónicamente los documentos en pocos segundos desde el dispositivo en este caso puntual el comprobante fue firmado físicamente.

En la siguiente imagen se observan los detalles de la transacción soporte del pago de la transacción:”.



Ahora bien la actora se queja del procedimiento empleado por el Banco de Bogotá S.A. en donde manifiesto sus inconformidades con la el otorgamiento de la tarjeta de crédito a su nombre, situación respecto de la cual el Despacho se permite considerar lo siguiente: revisado en el plenario las pruebas aportadas por el Banco en su contestación de la demanda se encontró que la demandante suscribió digitalmente los documentos de solicitud de crédito, ingresando las claves OTP necesarias para el efecto. Así mismo dentro del expediente se observa el contrato firmado de puño y letra por la demandante, así como los voucher correspondientes a la compra realizada al comercio, lo que prueba efectivamente que se realizó la vinculación del producto y que el mismo se adelantó de acuerdo con los procedimientos establecidos por el Banco, toda vez que se surtieron todos los procedimientos de autenticación de la demandante y los documentos están debidamente suscritos por ella.

Recibimos de		Fecha recibo		Medio de pago	
NUBIA CONSTANZA OTAVO SIMBAQUEVA		07/06/2023		VISA	
CC	82.889.254	BOGOTA			
Dirección		Ciudad			
El valor de		CUATRO MILLONES CIENTO SESENTA MIL		\$4.160.0000	
				Valor	
AV3872		AFILIACION AL PROGRAMA GROUP SKY		\$	\$4.160.0000
				\$	\$4.160.0000
Observaciones:					

SKY
Group
SKY
SKYWORLD TRAVEL
NIT 901.512.228-8
CALLE 94 #14-48 EDIFICIO
MOMPOZT OFICINA 1-1
Teléfono: 3152505508

AV3872

SKYWORLD TRAVEL
901.512.228-8
AUTORIZADO

Frente a lo anterior encuentra el Despacho que la emisión de la tarjeta de crédito fue digital con el lleno de los requisitos contractuales y legales para el efecto y la transacción fue presencial en el establecimiento de comercio y que fue la misma demandante la que entregó sus datos seguros y autorizó las claves OTP con lo cual queda de presente que el Banco demandado no incumplió ninguna de sus obligaciones.

Así las cosas, al no haberse acreditado ningún tipo de incumplimiento contractual de la entidad financiera demandada, el Despacho advierte que tendrá como probadas las excepciones denominadas: ***Inexistencia De Incumplimiento Contractual; 3. Ausencia De Los Elementos Estructurales De La Responsabilidad Civil Invocada - Ausencia De Daño; 4. El demandante no puede ir en contra de sus propios actos – Hechos de un tercero – Culpa exclusiva de la demandante***, de conformidad con lo señalado en las consideraciones precedentes. Y en consecuencia se negarán las pretensiones de la demanda, sin entrar a analizar los demás medios exceptivos conforme lo establece el artículo 282 Ibidem

Finalmente, no se impondrá condena por concepto de costas por no tenerse casadas ni acreditadas de conformidad con el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso.

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

RESUELVE

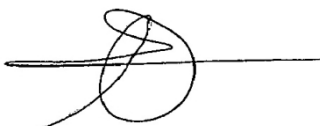
PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de “***Inexistencia De Incumplimiento Contractual; 3. Ausencia De Los Elementos Estructurales De La Responsabilidad Civil Invocada - Ausencia De Daño; 4. El demandante no puede ir en contra de sus propios actos – Hechos de un tercero – Culpa exclusiva de la demandante***” por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR en consecuencia las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas.

Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIANA MARIA ARDILA ZUÑIGA
PROFESIONAL ESPECIALIZADO
80020-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES DOS

Copia a:

Elaboró:

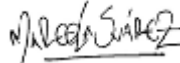
DIANA MARIA ARDILA ZUÑIGA

Revisó y aprobó:

Superintendencia Financiera de Colombia
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES
Notificación por Estado

La providencia anterior se notificó por anotación en estado fijado

Hoy 14 de febrero de 2024



MARCELA SUÁREZ TORRES
Secretario