RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá D.C., primero (1°) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

EXPEDIENTE No. 110013199003-**2021-04286-01**

ASUNTO A RESOLVER

Encontrándose que dentro del presente asunto, remitido a este estrado en virtud del recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida en primera instancia por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, se surtió, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, la etapa de sustentación de los reparos contra la providencia por el recurrente, así como su correspondiente traslado, aunado a esto que no existen pruebas adicionales que practicar en este estadio procesal, procede el despacho a emitir **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA** desatando la alzada propuesta, previo los siguientes,

ANTECEDENTES:

MIGUEL ÁNGEL GARCÍA CASTRO, actuando a través de apoderado judicial, formuló demanda verbal, en la modalidad de acción de protección al consumidor, contemplada en el artículo 56 de la Ley 1480 de 2011, en contra de BANCOLOMBIA S.A., en búsqueda de que se ordenara a dicha entidad financiera el reintegro de $52.910.000 que le fueron extraídos de su cuenta de ahorros número 17500002325 de manera fraudulenta, ello el 8 de septiembre de 2021.

Las pretensiones tuvieron como sustrato los siguientes hechos: Señaló que el 7 de septiembre de 2021 acudió a la sucursal Caribe Plaza de la institución bancaria accionada, ubicada en Cartagena, a abrir una cuenta de ahorros. Indicó que, mientras lo hacía, informó a la funcionaria encargada de ello que no tenía acceso a la plataforma web ni a la aplicación móvil del banco, así como solicitó, de igual forma, que le fueran activadas las notificaciones a su celular respecto de los movimientos que se generaran en el producto financiero. Refirió entonces que al día siguiente le fueron consignados a este último $53.098.393 por parte de uno de sus clientes, de lo cual quedó constancia; adicionó que, luego de ello no realizó transacción financiera alguna. No obstante, aseguró que, al día siguiente, al acercarse a un corresponsal bancario de la entidad financiera encartada para retirar $4.000.000, la cajera de este le informó que su tarjeta débito se encontraba bloqueada y que, por tanto, su transacción fue declinada. Así, manifestó que procedió al cambio de clave y que al pedir que le fueran retirados $7.000.000, no se encontró saldo disponible para ello, por lo que le fue reportado que el producto financiero tuvo tres movimientos entre el 8 y 9 de septiembre, a través de los cuales se transfirieron $29.800.000, $22.000.000 y $1.000.000.

Adujo entonces que se comunicó telefónicamente con el banco, quien inició una investigación al respecto, ya que afirmó no haber realizado movimiento alguno con su

cuenta. Ello devino en que se le informara que las transferencias realizadas tuvieron como destino una cuenta bajo titularidad de Jeferson Enrique Tejera, con apertura en Barranquilla, circunstancia comunicada por el subgerente de la oficina donde abrió la suya, quien instauró una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación. De igual manera, le refirió el 10 de septiembre de 2021, que este último producto financiero fue bloqueado por valor de $41.804.551, mientras que se halló que aproximadamente $12.000.000 fueron usados en otros establecimientos de comercio. Sin embargo, aseguró que el 14 de septiembre de 2021 recibió respuesta desfavorable frente a la reclamación que instauró, pese a haberse reconocido el fraude; al mismo tiempo, le fue informado que el dinero retenido en la cuenta de destino de las transferencias ya había sido liberado, por lo que impetró un recurso de reposición contra dicha respuesta, el cual le fue denegado el 21 de septiembre de 2021. Con todo, consideró que las diligencias emprendidas por la institución financiera trasgredieron sus derechos como consumidor financiero, al estimar que no se emprendieron los controles necesarios e idóneos para dar seguridad a sus recursos económicos, resaltando que, pese a que requirió que le fueran notificados los movimientos en su cuenta, ello no sucedió. Añadió entonces que fue diligente con el uso y el cuidado del producto financiero, por lo que atribuyó la culpabilidad del fraude a la entidad bancaria demandada.

Radicado el libelo ante la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, esta lo admitió mediante auto fechado 22 de octubre de 2021, proveído en el que se ordenó notificar al demandado para que, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, hiciera uso de su derecho de contradicción.

De esa manera, BANCOLOMBIA S.A. respondió la acción impetrada, indicando que el demandante, aunque sí solicitó la apertura de la cuenta de ahorros 175-000023-25 el 7 de septiembre de 2021, y pese a que indicó que no tenía acceso a la sucursal virtual del banco, este sí lo realizó reiteradas veces antes de la emisión del producto financiero mencionado, así como también se encontraba registrado para recibir alertas y notificaciones de sus productos financieros, aun cuando las transferencias no se vieran comprendidas en estas. Detalló entonces las transacciones que se realizaron el 8 y 9 de septiembre de 2021, las cuales se hicieron en uso de información de exclusivo conocimiento del demandante, lo que incluyó, tanto la inscripción de varias cuentas, como la transferencia de fondos a estas. Por tanto, se opuso a las pretensiones elevadas a través del libelo.

En consecuencia, planteó como excepciones de mérito las denominadas como “cumplimiento de las obligaciones contractuales y de seguridad por parte de BANCOLOMBIA S.A.”, “culpa exclusiva de la víctima” y “hecho de un tercero”, sustentadas en que, como se adujo anteriormente, las transacciones fueron realizadas usando las credenciales de conocimiento exclusivo del accionante, resaltando que, contrario a lo que inicialmente reportó, sí tenía acceso a la sucursal virtual del banco, al haber poseído previamente otros productos financieros con este. Igualmente, rebatió que existió falta de diligencia por parte del demandante, esto respecto del cuidado de su información personal y de aquella necesaria para ingresar a los canales digitales del banco, lo que, a su juicio, originó y facilitó el fraude. Finalmente, esgrimió que, aun cuando no se halle probada la culpabilidad de la parte actora, es evidente que el desmedro de su patrimonio se generó

por actuaciones de un tercero, lo que, según consideró, lo exime de la responsabilidad endilgada.

Durante el decurso procedimental, el 15 de marzo de 2022 se adelantó la audiencia de que trata el artículo 372 del Código General del Proceso, a través de la cual se ordenó la vinculación de la sociedad FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., como litisconsorte de la parte convocada.

Así las cosas, esta última, al dar contestación a la demanda, reseñó que el accionante posee un producto fiduciario con esa entidad desde 15 de abril de 2014. Adujo entonces que, aunque es una institución totalmente independiente de la sociedad bancaria demandada, se soporta técnicamente en esta, por lo que se acogió a las precisiones que esta realizó a través de su contestación al libelo. Con base en ello, erigió como excepciones de mérito las catalogadas como "la comercialización de los productos de FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. se hace a través de la red BANCOLOMBIA S.A." y "falta de legitimación en la causa por pasiva", esta última soportada en que el producto del cual se denunció el fraude no es administrado por dicha sociedad fiduciaria.

Según lo documentado en el expediente, se dio continuidad a la audiencia de que trata el artículo 372 del estatuto procesal civil el 5 de julio de 2022, diligencia en la que se decretaron sendas pruebas.

Con todo, el 16 de agosto de 2022, durante el trascurso de la audiencia desarrollada bajo los lineamientos previstos en el artículo 373 *ejusdem*, se dictó la sentencia rebatida, mediante la cual se finiquitó la instancia, en la que se declaró probada la excepción "cumplimiento de las obligaciones contractuales y de seguridad por parte de BANCOLOMBIA S.A.", esgrimida por la vinculada FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. y se declaró civil y contractualmente responsable al encartado BANCOLOMBIA S.A. de los hechos fraudulentos esbozados en el libelo, por lo que se le condenó a este a pagar al accionante la suma de $52.910.000.

Partiendo de lo anterior, BANCOLOMBIA S.A. recurrió la providencia. Así, sustentó que el *a quo* interpretó equivocadamente las pruebas recabadas durante el decurso, toda vez que, a su juicio, el interrogatorio de parte practicado al demandante denota la falta de cumplimiento de sus obligaciones como cuentahabiente, sin que tales precisiones hubieran sido valoradas correctamente por el estrado de primer grado. Adicionalmente, ratificó que el hecho tildado como fraudulento fue emprendido por un tercero, circunstancia que estimó, lo exime de la responsabilidad que se le atribuye. Finalmente, arguyó que es culpa exclusiva de la víctima el adelantamiento de las transacciones sobre las que se reclama, ya que esta era la única persona que tenía conocimiento de las credenciales necesarias para ingresar al sistema bancario.

CONSIDERACIONES:

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídico procesal, como son la competencia del juez, demanda en

forma, capacidad para ser parte y comparecer al proceso, concurren en este asunto. Aunado a lo anterior, no se observa causal de nulidad que invalide lo hasta ahora actuado.

1. In limine, debe considerarse que la acción de protección al consumidor se halla contemplada en el capítulo primero del título octavo de la Ley 1480 de 2011, cuya noción, de acuerdo con lo contemplado en el numeral tercero del artículo 56, se define así:

> "ARTÍCULO 56. ACCIONES JURISDICCIONALES. Sin perjuicio de otras formas de protección, las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor son: (…)
>
> 3. <Numeral corregido por el artículo 5 del Decreto 2184 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 18 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor".

Es de anotar entonces que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57 de dicho estatuto, la Superintendencia Financiera de Colombia es competente para conocer de dichas acciones, teniendo en cuenta la remisión normativa que dicho canon realiza al procedimiento contemplado en el artículo 58 subsiguiente, donde se encuentra que dicha entidad reemplaza "al juez de primera o única instancia competente por razón de la cuantía y el territorio", esto, en ejercicio de las facultades que se le han conferido a esta última para ejercer funciones jurisdiccionales, otorgadas por el artículo 24 del Código General del Proceso.

Compréndase entonces que, al concurrir en el presente decurso una entidad financiera, vigilada, consecuencialmente, por el ente supervisor que conoció de la primera instancia de este, así como un consumidor financiero, como lo es el demandante, tales circunstancias se hallan como concordantes con lo previsto en el artículo 57 atrás mencionado, añadiendo a ello que el asunto a dirimir se encuentra enmarcado en los allí referidos, toda vez que el mismo atañe a controversias de orden contractual, surgidas a partir de los consensos realizados entre las partes aquí involucradas.

En ese orden de ideas, habrá de resaltarse que la competencia que posee este despacho para conocer del proceso de marras, al ser este de menor cuantía, ha sido otorgada por lo contemplado en el artículo 33 del estatuto procesal civil, cuyo numeral segundo reza:

> "ARTÍCULO 33. COMPETENCIA FUNCIONAL DE LOS JUECES CIVILES DEL CIRCUITO. Los jueces civiles del circuito conocerán en segunda instancia: (…)
>
> 2. De los procesos atribuidos en primera a las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, cuando el juez desplazado en su competencia sea el juez civil municipal. En estos casos, conocerá el juez civil del circuito de la sede principal de la autoridad administrativa o de la sede regional correspondiente al lugar en donde se adoptó la decisión, según fuere el caso. (…)".

2. Una vez clarificados los asuntos atinentes a la competencia de este estrado para conocer del caso en concreto, este se abordará.

Inicialmente, es necesario tener presente que entre las partes que aquí concurren, el señor MIGUEL ÁNGEL GARCÍA CASTRO y BANCOLOMBIA S.A., se suscribió un contrato bancario de depósito de ahorros, el cual ha sido caracterizado por la Corte Suprema de Justicia así:

> "El contrato de depósito en cuenta de ahorros es una modalidad de los contratos bancarios, de cuya regulación se ocupa el Código de Comercio en sus artículos 1396 a 1398, y por virtud de él, el titular de la cuenta adquiere el derecho a depositar y retirar sumas de dinero durante su vigencia, así como a recibir una remuneración por los valores consignados.
>
> El depositario, que es un establecimiento bancario, recibe en propiedad las sumas depositadas, y fundamentalmente se obliga a reembolsarlas al depositante o a su representante, a quien debe reconocer la remuneración o interés estipulado, siendo responsable, en todo caso, de su restitución.
>
> Los depósitos recibidos en cuenta de ahorros, dice el artículo 1396, estarán representados en un documento idóneo para reflejar el movimiento de la cuenta, y los registros que en él efectúe el banco, constituyen plena prueba de su manejo.
>
> Doctrinariamente se le considera una especie de depósito, el irregular, porque a diferencia de lo que ocurre en el depósito propiamente dicho, o regular, en el que depositario recibe una cosa mueble, con cargo de conservarla y restituirla al depositante, cuando así lo requiera, es decir, asume una obligación de especie o cuerpo cierto, en ésta clase de depósitos el depositario recibe en propiedad los bienes que constituyen su objeto -depósito de dinero-, de los cuales puede disponer consecuentemente, comprometiéndose a devolverle al depositante una cantidad equivalente, a ruego suyo, o en una fecha determinada o determinable"[1].

Entiéndase entonces que, a partir de la suscripción del mentado contrato, ambas partes asumieron, tanto las obligaciones allí plasmadas, como las que por ministerio de la ley se configuran por tal actividad.

Así las cosas, al auscultar el contrato de cuenta de ahorro adosado al plenario, se halla que al depositante y aquí demandante le asistían las siguientes obligaciones:

> "Quien pretenda ser titular de una cuenta de ahorro está obligado a suministrar la información y documentación que el Banco estime necesarios acerca de su actividad económica, profesión u oficio
> relaciones y referencias comerciales, dirección, teléfono y otros; los cuales deberá registrar en los formularios suministrados por el Banco. El depositante se obliga a documentar y/o actualizar la información, de conformidad con lo establecido por las normas relativas a la Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo. Igualmente, se obliga a informar cualquier cambio de dirección o número de teléfono, con el fin de facilitar la comunicación entre el aquél y el Banco, a fin de evitar perjuicios mutuos.
>
> (…) El ahorrador usuario de los canales electrónicos que solicite y a quien se le expida una tarjeta se obliga a conservarla con las debidas seguridades y a mantener en absoluta reserva su número

[1] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de abril de 2005. Exp. 1997-0115-02. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Pp. 17-18.

de identificación personal. Así mismo, no podrá cederla, ni hacerse sustituir por terceros en el ejercicio de los derechos y compromisos que su otorgamiento le imponen.

El ahorrador usuario de los canales electrónicos será responsable ante el Banco y ante terceros de los perjuicios que se ocasionen por el uso indebido que de la tarjeta se hiciere y/o del número de identificación personal".

De la misma manera, por ministerio de la ley, el actor, como consumidor financiero, tenía el deber de realizar ciertas acciones en procura de sus intereses, como aquellas contempladas en el artículo 6 del Ley 1328 de 2009, las que se enumeran a continuación:

"ARTÍCULO 6o. PRÁCTICAS DE PROTECCIÓN PROPIA POR PARTE DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS. Las siguientes constituyen buenas prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros: (…)

b) Informarse sobre los productos o servicios que piensa adquirir o emplear, indagando sobre las condiciones generales de la operación; es decir, los derechos, obligaciones, costos, exclusiones y restricciones aplicables al producto o servicio, exigiendo las explicaciones verbales y escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibiliten la toma de decisiones informadas.

c) Observar las instrucciones y recomendaciones que imparta la entidad vigilada sobre el manejo de productos o servicios financieros.

d) Revisar los términos y condiciones del respectivo contrato y sus anexos, así como conservar las copias que se le suministren de dichos documentos. (…)

PARÁGRAFO 1o. El no ejercicio de las prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros no implica la pérdida o desconocimiento de los derechos que le son propios ante las entidades vigiladas y las autoridades competentes. De igual manera, no exime a las entidades vigiladas de las obligaciones especiales consagradas en la presente ley respecto de los consumidores financieros.

PARÁGRAFO 2o. Los consumidores financieros tendrán el deber de suministrar información cierta, suficiente y oportuna a las entidades vigiladas y a las autoridades competentes en los eventos en que estas lo soliciten para el debido cumplimiento de sus deberes y de actualizar los datos que así lo requieran. Del mismo modo, informarán a la Superintendencia Financiera de Colombia y a las demás autoridades competentes sobre las entidades que suministran productos o servicios financieros sin estar legalmente autorizadas para ello". (Subrayado por este estrado).

Por su parte, la institución financiera adquirió, a partir de la suscripción del contrato reseñado, obligaciones como:

"El Banco, por motivos de seguridad y de control, podrá establecer límites para los retiros realizados en dinero en efectivo, bien fuere en la sucursal donde el Ahorrador tiene su cuenta o en sucursales diferentes a la de la apertura de la cuenta, los cuales serán comunicados por cualquier medio a los depositantes. Lo anterior, sin perjuicio de los montos establecidos por el Banco para canales electrónicos.

(…) Los depósitos y pagos de facturas, mediante cheques, estarán sujetos a verificación y aprobación por parte del Banco y al proceso de canje y compensación. Cuando el Banco encuentre que las sumas introducidas en el Cajero son iguales a las asentadas en el comprobante de depósito o al valor de las facturas, sellará el comprobante de consignación y las facturas de pago y sólo a partir de ese momento se entenderá efectuado el depósito o recibido el dinero para el

pago. Los depósitos y pagos de facturas en dinero en efectivo, afectarán el saldo de la respectiva cuenta al momento de realización de la operación.

(…) El Banco le entregará al ahorrador usuario de los canales electrónicos una tarjeta personal e intransferible, junto con la asignación de un número de identificación personal, con los cuales podrá efectuar las transacciones que estuvieren habilitadas por el Banco. Lo anterior, sin perjuicio de que el
Banco exija para ciertas transacciones, seguridades adicionales, tales como una segunda clave, segundo usuario, certificado digital, token, etc. Igualmente, el Banco podrá permitir el uso de los canales electrónicos mediante la asignación o la habilitación de un número de identificación personal que constituirá la firma electrónica y/o seguridades adicionales, o mediante el uso de TECNOLOGÍA SIN CONTACTO, caso en el cual, sólo se requerirá la validación de la tarjeta personal, no exigiéndose para el perfeccionamiento de la transacción, el número de identificación personal que ha sido previamente asignado y de acuerdo con los términos y condiciones que serán informados a través de
www.grupobancolombia.com.co.
(…) El Banco podrá restringir para cuentas inactivas, en los términos del presente reglamento, la realización de operaciones débito y la disposición de recursos a través de canales electrónicos. El Banco se reserva el derecho de exigir la presentación personal del depositante para habilitar dichas transacciones y la actualización de la información y documentación que soporte la misma".

En adición, BANCOLOMBIA S.A., por virtud de lo contemplado en la Ley 1328 de 2009, debe dar cumplimiento a lo estipulado en su artículo 7, así como también observar lo versado en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, en cuya Parte II, título I, capítulo III, expone, frente a lo que atañe a aquellas obligaciones desprendidas de los depósitos custodiados por entidades como esta, lo siguiente:

"6.2. Instrucciones especiales en materia de seguridad y calidad para la realización de operaciones

Las entidades vigiladas deben observar las disposiciones generales previstas en materia de requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones previstas en numeral 2. del Capítulo I, Título II de la Parte I de esta Circular, con excepción de los siguientes: (…)

6.2.3. La elaboración del perfil de las costumbres transaccionales de los clientes. (…)

6.2.5. La información y capacitación a los clientes sobre las medidas de seguridad, así como la constancia del cumplimiento de esta obligación.

6.2.6. El establecimiento de las condiciones sobre las cuales los clientes van a ser informados en línea acerca de las operaciones realizadas con sus productos. (…)

6.2.9. Ofrecer tarjetas débito que manejen internamente los mecanismos fuertes de autenticación. (…)

Sin perjuicio de lo anterior, las entidades vigiladas, atendiendo el análisis del sistema de administración de riesgo operativo y las medidas de protección al consumidor financiero que se adopten para los productos relacionados en este subnumeral, podrán implementar cualquiera de estas medidas, circunstancia que debe ser informada de manera oportuna y clara a los consumidores financieros".

Conforme lo anterior, es necesario resaltar que el incumplimiento de las obligaciones atrás evocadas deriva en la responsabilidad civil de a quien se le imputa, aspecto que se abordará en el siguiente apartado.

3. Entiéndase primeramente, sobre lo relacionado con la responsabilidad civil emanada de la actividad financiera que, al ser esta ejercida únicamente por establecimientos bancarios y financieros, de los cuales la jurisprudencia precisa que sus servicios se catalogan como públicos, debido a su impacto y utilidad ante la sociedad y que los mismos deben ser desempeñados, por tal razón, con un profesionalismo y probidad superiores a lo común; el alto tribunal estimó que, por ello, se configuraba un régimen de responsabilidad civil de carácter objetivo.

De esa forma, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria precisó en su momento que:

> "Ha sido pródiga la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que la profesión bancaria envuelve una actividad riesgosa, motivo por el cual a quienes la ejercen se les exige la diligencia y cuidado necesarios para este tipo de actividades, lo que genera una presunción de culpa en su contra, diciendo al respecto esta Corte que:
>
> «"Hay una presunción de culpa –dice la Corte- en quien no las satisface (las obligaciones) en el modo y tiempo debidos, porque el incumplimiento es un hecho o una omisión que afecta el derecho ajeno. El deudor puede destruir esa presunción probando que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor, o caso fortuito que sobrevino sin culpa…Pero la culpa proviene de no obrar con la diligencia o cuidado que la ley gradúa según la naturaleza del contrato (arts. 63 y 1604), resulta que el deudor, para exonerarse de responsabilidad no le basta probar el caso fortuito, sino también que empleó la diligencia, o cuidado debido para hacer posible la ejecución de su obligación" (Cas. 7 junio de 1951, LXIX. 688» (CSJ SC de7 de abril de 1967)
>
> En relación a esa presunción de culpa en el caso particular de las entidades bancarias apuntó lo siguiente:
>
> «…deriva del ejercicio y del beneficio que reporta de su especializada actividad financiera, como así lo tiene definido la jurisprudencia cuando asevera que una entidad crediticia es una empresa comercial que dado el movimiento masivo de operaciones, 'asume los riegos inherentes a la organización y ejecución del servicio de caja'" (Cas. Civil 24 de octubre de 1994)» (CSJ SC976-2004 del 3 de agosto de 2004, rad. 7447)"[2].

Con base en lo antedicho, en el compendio de obligaciones que surgen en favor del depositante y que deben ser cumplidas por el depositario, en este caso, por la entidad financiera con la que aquel suscribió el contrato atrás descrito, la alta corporación indicó que, en lo que respecta a su incumplimiento, tal suceso da origen a una responsabilidad civil en favor del cuentahabiente.

No obstante, con el paso del tiempo y el estudio de nuevas teorías referentes al riesgo, se estableció que la mentada responsabilidad únicamente puede ser desvirtuada si la institución bancaria probase una causa extraña que hubiera generado el daño irrogado. Para el efecto, compréndase que:

[2] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC1697-2019. M.P. Margarita Cabello Blanco. Pp. 18-19.

> "[E]ntre las obligaciones que al banco impone el artículo 1382 del Código de Comercio, derivadas del contrato de cuenta corriente, está la de mantener los dineros depositados regularmente para entregarlos en la medida que el cuentacorrentista haga disposición de ellos de acuerdo con las distintas modalidades reconocidas por la ley, por el contrato o por las prácticas bancarias. (...) Ante esos compromisos, el banco debe mantener las precauciones, diligencias y cuidados indispensables para que los actos de movimiento de la cuenta del usuario se alcancen con plena normalidad; por eso, cualquier desviación constituye un factor de desatención del contrato, dado su particular designio. Y lo mismo ocurre tratándose de cuentas de ahorro, porque en ellas el Banco "es responsable por el reembolso de sumas depositadas que haga a persona distinta del titular de la cuenta o de su mandatario" (art. 1398 C. Co.). Claro está, sin desconocer, en ninguno de los dos casos, que la responsabilidad de dicha institución financiera puede atenuarse, moderarse e incluso excluirse en virtud de culpa atribuible al titular de la cuenta"[3]

Ello derivó entonces en que la interpretación respecto del régimen de responsabilidad civil de un banco mutara de la concepción inicial de lo objetivo, a lo referente a las conductas desarrolladas por el cuentahabiente que procuraran un daño a su patrimonio en sí. Veamos:

> "Empero, de manera correlativa ha señalado que esa responsabilidad que se predica de las entidades bancarias no puede establecerse con un carácter objetivo, siendo necesario examinar, en cada caso, tanto la conducta de la entidad bancaria como la del girador, para evaluar la eventual concurrencia de causas, sean anteriores, coincidentes, concomitantes, recíprocas o posteriores, pues con ocasión de una eventual concausalidad en la ocurrencia del daño podría llegar a disminuirse la indemnización, o incluso exonerar a la entidad de toda responsabilidad; escrutinio que habrá de realizarse no a partir de la mera confrontación de conductas sino evaluando la causa jurídica del daño para definir en qué medida una u otra fue la determinante en la ocurrencia del hecho dañoso.
>
> En efecto, esta Corporación en relación con la coparticipación en la ocurrencia del daño ha anotado lo siguiente:
>
> «"(…) para que opere la compensación de culpas de que trata el artículo 2357 del Código civil no basta que la víctima se coloque en posibilidad de concurrir con su actividad a la producción del perjuicio cuyo resarcimiento se persigue, sino que se demuestre que la víctima efectivamente contribuyó con su comportamiento a la producción del daño", pues el criterio jurisprudencial en torno a dicho fenómeno es que para deducir responsabilidad en tales supuestos "la jurisprudencia no ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, sino la actividad que, entre los concurrentes ha desempeñado un papel preponderante y trascendente en la realización del perjuicio. De lo cual resulta que si, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido si no hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpa, que para los efectos de la gradación cuantitativa de la indemnización consagra el artículo 2357 del Código Civil. En la hipótesis indicada solo es responsable, por tanto, la parte que, en últimas, tuvo oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo" (CLII, 109 –Cas. 17 de abril de 1991)» (CSJ SC de 6 de may. de 1998, exp. 4972).
>
> En tiempos más recientes en relación con dicha temática precisó:
>
> «esta Corte –al igual que la mayor parte de la doctrina contemporánea– ha sostenido desde hace varios años que la reducción de la indemnización prevista en el artículo 2357 del Código Civil se valora en términos de "coparticipación causal", es decir que se determina con base en criterios de imputación del hecho y no de "compensación de culpas" como ocurría en el pasado. (CSJ, SC del

[3] Ob. Cit. Exp. 2002-00025-02.

16 de diciembre de 2010. Exp.: 11001-3103-008-1989-00042-01)» (CSJ SC13925-2016 de 30 de sept. de 2015, Rad. 2005-00174-01)".

En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha venido decantándose sobre el particular, estableciendo que:

"(...) el fallador tendrá que sopesar la relevancia jurídica de esas causas (las que lleguen a concurrir, dependiendo del caso), 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.:

«*"(…) así se utilice la expresión 'culpa de la víctima' para designar el fenómeno en cuestión, en el análisis que al respecto se realice no se deben utilizar, de manera absoluta o indiscriminada, los criterios correspondientes al concepto técnico de culpa (…). Esta reflexión ha conducido a considerar, en acercamiento de las dos posturas, que la 'culpa de la víctima' corresponde –más precisamente– a un conjunto heterogéneo de supuestos de hecho, en los que se incluyen no sólo comportamientos culposos en sentido estricto, sino también actuaciones anómalas o irregulares del* ***perjudicado que interfieren causalmente en la producción del daño*** *(...)".*

*Así, al proceder el análisis sobre la causa del daño, el juzgador debe establecer "mediante un cuidadoso estudio de las pruebas****, la incidencia del comportamiento desplegado por cada [parte] alrededor de los hechos que constituyan causa de la reclamación pecuniaria****" (...). Sobre el asunto, afirmó esta Corte: "(…) [E]n tratándose de la concurrencia de causas que se produce cuando en el origen del perjuicio confluyen el hecho ilícito del ofensor y el obrar reprochable de la víctima, deviene fundamental* ***establecer con exactitud la injerencia de este segundo factor en la producción del daño, habida cuenta que una investigación de esta índole viene impuesta por dos principios elementales de lógica jurídica que dominan esta materia, a saber: que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro*** *(G. J. Tomos LXI, pág. 60, LXXVII, pág. 699, y CLXXXVIII, pág. 186, Primer Semestre). Por tanto, se itera, para declarar la concurrencia de consecuencias reparadoras, o de concausas, cuyo efecto práctico es la reducción de la indemnización en proporción a la participación de la víctima,* ***su implicación deberá resultar influyente o destacada en la cadena causal antecedente del resultado lesivo***».

En esos términos, entiéndase rectificada la postura que se expuso en sentencia CSJ SC1697-2019, 14 may"[4].

4. Tomando como base los preceptos jurisprudenciales y normativos atrás evocados, y dándoles plena aplicación respecto del caso bajo examen, este estrado anuncia de antemano que el fallo rebatido deberá ser confirmado, esto conforme se explicará a continuación.

[4] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC5176-2020. 18 de diciembre de 2020. M.P.: Luis Alonso Rico Puerta. Pp. 39-41.

In limine, resulta imperioso destacar que, para el caso en estudio, no se evidenció de manera fehaciente e incontrovertible un incumplimiento por parte del actor y depositante, respecto de las obligaciones originadas a partir de la suscripción del contrato de cuenta de ahorros sobre el que se basa la acción, caso contrario a lo que puede predicarse de la entidad financiera encartada, quien sí los inobservó.

Primeramente, considérese que, aun cuando el representante legal y apoderado judicial de la institución bancaria arguyó que las transacciones tildadas como fraudulentas por la parte demandante se realizaron en pleno uso de las credenciales estipuladas por dicha entidad como método de identificación del cuentahabiente, y que, por tanto, los ingresos realizados a su sucursal virtual personas no se reportaron en ningún momento como fallidos o errados, no puede colegirse de tales afirmaciones que el consumidor financiero incurriera en el incumplimiento de sus obligaciones de cuidado y debida diligencia, máxime si no se demostró de manera alguna que ello hubiera acaecido.

Resáltese entonces, al respecto que, contrario a dicho actuar, y según lo declarado por el demandante, cuyas precisiones no fueron controvertidas ni desvirtuadas, este se interesó en que el banco, a través de sus funcionarios, emitieran o habilitaran nuevas credenciales para su ingreso a la mentada sucursal virtual, estimando su necesidad luego de haber poseído previamente productos financieros que terminaron siendo desactivados, incluso varios años antes, así como también procuró informar sus datos personales, en aras de que, de la misma forma, estos fueran incluidos dentro del sistema de alertas y notificaciones que dicha entidad conformó para enterar a sus usuarios de las transacciones emprendidas con sus productos.

Sin embargo, se denota a partir de lo consignado en el *log* transaccional, así como el *log* del referido sistema, que la petición incoada en ese sentido se ignoró, lo que derivó en que los movimientos indudablemente sospechosos se informaran a otra dirección electrónica y a otro abonado telefónico, ambos desconocidos por el accionante, los cuales se encontraban allí registrados incluso previamente a la mencionada solicitud.
Añádase a lo anterior que, aunque el banco arguyó que los procedimientos dirigidos a verificar la identidad del cuentahabiente frente a los retiros reseñados fueron realizados de manera íntegra, con relación a la utilización del usuario, su clave para el uso de la sucursal virtual personal y el OTP o *token* emanado de la aplicación del banco, que incluso el accionante indicó, no usaba previo a la creación de la cuenta de ahorros base de la acción, lo cierto es que, a partir de las pruebas recaudadas se halló que no se abordaron todos los mecanismos estipulados en la normatividad para ello.

Frente a ello, y recordando las obligaciones plasmadas en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, estipuladas en su parte II, título I, capítulo III, las entidades vigiladas por dicho ente tienen el deber de estudiar los hábitos transaccionales de sus usuarios, y a partir de ello, conformar y definir el perfil transaccional de estos.

En ese sentido, el banco encartado debió conocer con detalle los movimientos habituales que el cuentahabiente realizaba, incluso previo a la apertura de la cuenta de ahorros sobre la que se soporta la acción, máxime si el consumidor financiero, en primer lugar, tenía una

relación comercial de vieja data con esa entidad, así como también que los productos financieros a su nombre, sean las cuentas o el depósito fiduciario que tuviera bajo su titularidad, permanecían para dicha fecha inactivos. Por tanto, avizorando la actividad inusual frente al producto financiero bajo su titularidad, la institución financiera debió bloquear este último con el objetivo de frenar el claro detrimento del cual estaba siendo objeto, así como informar de tales circunstancias a los medios que el mismo cuentahabiente informó para tal fin.

Respecto a lo anterior, se encuentran oportunas las disquisiciones realizadas sobre el particular por parte de la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de esta ciudad, que ha precisado que:

> "Conforme a lo establecido en el capítulo décimo segundo de la Circular Externa de la Superintendencia Financiera del año 2012, relativo a los "Requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones", las entidades tienen el deber de "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" (num. 3.1.13.).
>
> Como se ve, se trata de una obligación cuyos alcances pueden delinearse con claridad: frente a transacciones que repudie el cliente, el Banco que pretenda salirle al paso a la obligación indemnizatoria de manera absoluta tendrá que demostrar que hubo culpa de la víctima al haber permitido que terceros tuvieran acceso a la información necesaria para la realización de operaciones; pero, además, acreditar que dichas operaciones se adecuaban a los hábitos transaccionales del cliente, esto es, y sin pretensiones de exhaustividad: que se hicieron en los días que suele transar, a través de la dirección I.P. normalmente utilizada –cuando de transacciones por internet se trata-, dentro de unas horas más o menos establecidas, en frecuencias que se vuelven asimismo determinables y por unos montos máximos o mínimos que se vuelven de cierto modo usuales, sin perder de vista la naturaleza misma de la transacción que se realiza: retiros de dinero en efectivo, transferencias o pagos, y tratándose de estos últimos, de qué tipos: de servicios públicos, privados, impuestos, etc"[5].

Es necesario anotar entonces que, según lo versado, el perfil transaccional de un usuario del sistema financiero, al denotar sus hábitos al respecto, puede dar cuenta de su identidad, toda vez que:

> "(…) no es una noción puramente formal, una especie de conocimiento que no requiere ningún tipo de investigación –apriorístico- sino que es el resultado del análisis de experiencias a cuya reiteración en el tiempo el ordenamiento quiso darle efectos propios. Así, en línea de principio, el titular de un producto bancario no asume pérdidas por las operaciones que no ha realizado, incluso cuando culposamente ha facilitado que terceros las realicen, cuando las mismas se separen de sus costumbres transaccionales.
>
> Podría decirse, con recurso a la figura, que el perfil transaccional es a las operaciones bancarias lo que la huella dactilar es a cada individuo; es aquel aspecto cuya singularidad permite establecer -por encima de la apariencia que se produce en los eventos en los que terceros superan o se hacen a los mecanismos tradicionales de autenticación (firma, clave personal, token etc.)- la identidad de quien realiza una operación que *prima facie* podría imputarse al cliente"[6]. (Subrayas por este estrado).

[5] Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil. Sentencia del 27 de octubre de 2016. Exp. 2015-00206. M.P: Germán Valenzuela Valbuena. P. 15.
[6] Ibidem. P. 17.

Surge entonces como consecuencia, frente a la verificación del perfil transaccional y, por ende, a la identidad del titular del producto financiero que, al evidenciarse operaciones inusuales, es la institución bancaria quien debe asumir las pérdidas derivadas de ello, esto sin perjuicio de la evaluación de la conducta del tarjetahabiente.

Con base en lo traído a colación, y aplicándolo al caso bajo examen, este estrado encuentra que el banco accionado, contrario a lo que refuta, no realizó una verificación de identidad íntegra del cuentahabiente.

Esto, toda vez que, pese a que los movimientos registrados respecto de la cuenta de ahorros bajo titularidad del demandante fueron indudablemente inusuales, en comparación con la inactividad de sus demás productos financieros y fiduciarios que venía aconteciendo previo el 6 de septiembre de 2021, la entidad financiera no realizó una debida observación de estos frente a los hábitos ya mencionados, y en consecuencia, no bloqueó la cuenta o el medio transaccional para evitar el menoscabo denunciado siendo su deber, ni mucho menos comunicó de tales movimientos al titular del producto conforme lo requirió desde un principio.

Así las cosas, aun cuando puede alegarse erradamente que el incumplimiento de las obligaciones de la titular del producto financiero fue fundamental para el detrimento de su propio patrimonio, ello debe demostrarse conforme lo establece la jurisprudencia, por parte del depositario. Sin embargo, no basta solamente con ello, sino que debe probarse también, de manera fidedigna, el emprendimiento de los buenos oficios de la entidad bancaria para conjurar la situación atípica y, por tanto, lesiva de los intereses de su cliente.

5. Partiendo entonces de lo anterior, y a modo de conclusión, se halla que BANCOLOMBIA S.A., como custodio del depósito que le fuera encomendado, aun cuando arguyó desplegar las medidas necesarias para evitar la sustracción fraudulenta de los dineros del accionante, y pese a que, de la misma forma, refirió que ello era culpa exclusiva suya, al divulgar información de exclusivo conocimiento suyo, no demostró que de manera íntegra ni incontrovertible lo uno ni lo otro.

Esto, en razón a que, a pesar de que se verificaron los medios de identificación del cuentahabiente y a que conformó, como era su deber, su perfil transaccional, no analizó este último al momento de la extracción de los recursos, sino que permitió que esta se desarrollara, sin bloquear el producto financiero, aun cuando los movimientos fueran indudablemente inusuales. A ello, habrá de sumarse que incurrió evidentemente en el incumplimiento de sus deberes contractuales, en lo que refiere a actualizar el sistema de alertas y notificaciones y a emitirlas, aun cuando poseía la información para ello, la cual fue suministrada de manera oportuna por su cliente.

En ese sentido, se halla que la valoración realizada por el *a quo* de tales hechos se encuentra ajustada a los preceptos jurisprudenciales atrás aludidos, por lo que es procedente su confirmación, encontrando que la responsabilidad de que los dineros contenidos en el depósito aludido fueran retirados de forma delictiva recae sobre la institución bancaria accionada, quien no desplegó las medidas necesarias para evitarlo.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de fecha 16 de agosto de 2022, proferido por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo esbozado en precedencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandada y apelante. Para su liquidación, se señala como agencias en derecho la suma de $1.160.000. Realícense en su oportunidad la respectiva liquidación por el a quo, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: En firme, remítanse las presentes diligencias a la dependencia de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firma autógrafa mecánica escaneada
Providencia notificada por estado No. 30 del 4-mar-2024

CARV