

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO ONCE CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil veinte (2020)

*Exp. Rad. No*     110010800000820190084801  
*Clase:*            Verbal  
*Demandante:*    Fredy Abelino Hamon Díaz  
*Demandados:*   Bancolombia S.A.  
*Providencia:*    Sentencia de segunda instancia

**I. OBJETO DE DECISIÓN**

Se resuelve el recurso de **apelación** interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, frente a la **SENTENCIA** proferida el 10 de enero de 2020 por parte de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales- Grupo de Trabajo de Defensa del Consumidor de la Superintendencia Financiera, por escrito, en uso de la facultad conferida por el numeral 5° del artículo 373 del Código General del Proceso.

**II. ANTECEDENTES**

1. El ciudadano Freddy Abelino Hamon Díaz, actuando por conducto de apoderado judicial, presentó acción de protección al consumidor financiero contra Bancolombia S.A., pretendiendo, en compendio, (i) declarar civil y contractualmente responsable a Bancolombia por los pagos realizados con la tarjeta E-prepago desde el día 26 de julio de 2016 al 10 de diciembre de 2018, con cargo a la cuenta de ahorros No. 22131957762, y que suman un total de \$35'810.000, (ii) ordenar al banco el reintegro de la suma anteriormente mencionada así como el pago de los intereses legales causados desde la realización de las transacciones y hasta que ocurra el reintegro de los dineros y, (iii) condenar a Bancolombia a pagar la suma de

\$2'484.348 por concepto de daño moral y la cantidad de \$7'000.000 por concepto de daño emergente.

2. Sirvieron como edificación fáctica de las anteriores pretensiones, los hechos que a continuación se sintetizan:

- El señor Freddy Hamon Díaz celebró un contrato de depósito de cuenta de ahorros con Bancolombia en el año 2013, número de la cuenta 22131957762. Para el manejo del producto se le entregó una tarjeta débito y se puso a su disposición la sucursal virtual y demás canales transaccionales.

- Desde que abrió la cuenta ha custodiado su tarjeta y ha mantenido en estricta reserva su número de identificación personal, usuario y claves transaccionales, pues, conoce y siempre ha acatado las medidas de seguridad y sugerencias del banco.

- Antes del 26 de julio de 2016, la cuenta de ahorros no presentó transacciones monetarias compras o pagos, por canales diferentes a cheques de gerencia y unos pagos con tarjeta débito, tampoco transacciones monetarias por canales virtuales.

- De acuerdo con el perfil transaccional del demandante, al 26 de julio de 2016 no acostumbraba utilizar la sucursal virtual personas para hacer transacciones monetarias.

- En la citada calenda, alguien solicitó la tarjeta virtual E-prepago presuntamente utilizando el usuario y clave del demandante, sin embargo, al momento de la solicitud, ni después, el banco confirmó la adquisición de dicho producto con el cliente.

- La cláusula tercera del reglamento de la tarjeta virtual dice que tendrá una duración máxima de un año, sin embargo, al vencimiento de dicho término, la entidad financiera no canceló el producto ni contactó al demandante para indagar sobre el mismo.
  
- Se hicieron aproximadamente 160 transacciones con la tarjeta entre el 26 de julio de 2016 y el 10 de diciembre de 2018, las cuales no fueron confirmadas con el cliente por parte del banco.
  
- Bancolombia nunca le envió al extremo activo un extracto de cuenta o reporte anual de costos o algún tipo de alerta que le indicara los movimientos y transacciones realizadas, aunado a que el cliente no autorizó las operaciones de la referida tarjeta virtual.
  
- El promedio de transacciones hechas mediante la tarjeta E-prepago hasta el 15 de noviembre de 2016, no superaban los \$450.000, sin embargo, ese día se realizó una transacción por la suma de \$1'000.000, claramente por fuera del perfil transaccional de la referida tarjeta y de cualquier otro medio de pago.
  
- Solo hasta el 25 de noviembre de 2017, el banco implementó el uso de clave dinámica para la tarjeta virtual, y señaló que las claves dinámicas con las que realizaron las transacciones entre el 25 de noviembre de 2017 al 29 de noviembre de 2018, se enviaron al celular 3115760464 y correo electrónico [freddy2319@gmail.com](mailto:freddy2319@gmail.com) del señor Freddy Hamon; sin embargo, en el citado correo electrónico no se recibió ninguna clave, ni se evidenciaron en dicho teléfono mensajes de texto de Bancolombia.
  
- A finales de noviembre de 2018, el cliente solicitó un cheque de gerencia en el banco, y la entidad le informó que no tenía fondos suficientes para esa transacción, razón por la cual radicó telefónicamente un requerimiento y, al ser informado sobre lo acontecido, desconoció las

transacciones hechas con la tarjeta virtual y solicitó una explicación de cómo se adquirió el producto.

- El 11 de diciembre del mismo año, el banco le informó que la generación de la tarjeta se hizo a través de sucursal virtual personas, y que para su activación un tercero accedió a su información de usuario y clave, por lo que se procedió con la desactivación del producto.

- El 20 de diciembre de 2018, el demandante presentó reclamación ante el banco solicitando la devolución del dinero, petición que fue resuelta negativamente el 10 de enero de 2019.

- Desde el 26 de julio de 2016 al 10 de diciembre de 2018, Bancolombia desembolsó un total de \$35'810.000 y debe responder por ese valor.

### **III. ACTUACIÓN PROCESAL**

1. La demanda fue admitida por la Superintendencia Financiera de Colombia el 27 de mayo de 2019.

2. Bancolombia contestó la demanda y propuso las excepciones que denominó *“la culpa del demandante y su incidencia en la generación del daño-causal de exoneración de responsabilidad de Bancolombia”*, *“Bancolombia tomó todas las medidas de seguridad para el correcto funcionamiento de los mecanismos de autenticación creados por el demandante”*, *“las transacciones reclamadas por el demandante hacen parte de su perfil transaccional”*, *“incumplimiento de las buenas prácticas de protección propia por parte del consumidor financiero”*, *“culpa exclusiva de la víctima”*, *“cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Bancolombia S.A.-inexistencia de responsabilidad civil contractual”*, *“los clientes de Bancolombia reciben permanente recomendaciones de seguridad, el demandante no puede alegar que no fue informado de las*

*mismas” y “la tarjeta E-prepago fue entregada virtualmente al titular y con ello se consintió en el deber de custodia y cuidado de la misma”.*

Los citados medios exceptivos se sustentaron, básicamente, en que (i) el producto E-prepago puede ser solicitado por cualquier cliente que tenga una cuenta de ahorro o corriente y tenga activa la segunda clave; (ii) las transacciones objeto de reclamo ocurrieron con normalidad y por esa razón no se generó alerta; (iii) en la investigación interna realizada por el banco se pudo establecer que las transacciones, hasta el día 15 de octubre de 2017 fueron realizadas con usuario, primera clave y segunda clave originales, y las efectuadas desde el día 25 de noviembre de 2017 con usuario, primera clave y clave dinámica originales; (iv) las claves dinámicas fueron enviadas al celular y correo electrónico del demandante; (v) el demandante nunca informó su inconformidad o desconocimiento de las transacciones; (vi) para este tipo de operaciones no se requiere la confirmación de la operación, esta es validada con la correcta digitación de las claves; y (vii) la persona que efectuó la operación conocía perfectamente los datos del usuario, de lo contrario no habría sido posible que cursaran de manera normal.

Asimismo, se informó, de un lado, que la tarjeta E-prepago se renueva automáticamente cada año y el cliente no mostró inconformidad y, de otro, que éste no estaba inscrito para recibir los extractos al correo electrónico.

**3.** El 10 de enero de 2020, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia profirió sentencia, declaró probada la excepción titulada *“las transacciones reclamadas por el demandante hacen parte de su perfil transaccional”* y denegó las pretensiones de la demanda. Finalmente, no condenó en costas a la parte vencida.

**4.** Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación y, una vez admitido, esta sede judicial citó a

la audiencia de sustentación y fallo a que se refiere el artículo 327 del Código General del Proceso. En desarrollo de la misma, se anunció que la sentencia de segunda instancia se proferiría de forma escrita, conforme a lo establecido en el inciso 2° del numeral 5° del artículo 373 *ibídem*, y se anticipó el sentido del fallo, con una breve exposición de sus fundamentos.

#### **IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Tras hacer referencia a la actividad bancaria y al contrato de depósito de cuenta de ahorro, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales- Grupo de Trabajo de Defensa del Consumidor de la Superintendencia Financiera, indicó que los riesgos de las operaciones electrónicas corren por cuenta de las entidades financieras, y que la obligación del cliente es mantener la custodia de sus claves, sin embargo, consumada la defraudación, el banco puede exonerarse de asumir el mencionado riesgo, acreditando que ocurrió por culpa del cuentahabiente o de sus dependientes.

Precisó que, toda vez que el demandante negó haber realizado las operaciones, ello constituye una negación indefinida y lo releva de probar su dicho y, por tanto, la carga se traslada al banco. No obstante, afirmó que Bancolombia puso a disposición del cliente los medios de seguridad, aunado a que el usuario tuvo una conducta pasiva y negligente, pues luego de dos años y cinco meses aseveró no haber realizado las transacciones.

Concluyó que, pese a que el accionante sostuvo no haber efectuado las transacciones y que, antes de la realización de las mismas, sus movimientos monetarios no se realizaban por internet, las operaciones fueron habituales, frecuentes y sucesivas, cumplieron todos los pasos de autenticación y seguridad y, por ende, se integraron al hábito transaccional, sumado a que el usuario debió conocer los movimientos de su cuenta de ahorros, pues, como lo dijo en su interrogatorio, sí realizaba

operaciones de manera presencial en oficinas, principalmente depósitos, retiros en cajeros y datáfonos en establecimientos de comercio.

Con base en lo anterior, declaró probada la excepción titulada “*las transacciones reclamadas por el demandante hacen parte de su perfil transaccional*”, negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas.

## **V. REPAROS DE LA PARTE RECURRENTE**

El apoderado judicial de la parte actora sostuvo que en el mismo informe técnico aportado por Bancolombia, se indicó que la transaccionalidad habitual del cliente para la fecha en que fue solicitada la tarjeta E-prepago, se limitaba a la consulta de saldos y movimientos por el canal de internet, y que para esa fecha no se había realizado ninguna operación monetaria por ese canal; por lo tanto, el banco tenía la obligación de confirmar con el cliente la activación de ese producto financiero. Así, la Delegatura omitió valorar el contenido de dicho informe y se limitó a señalar que el perfil transaccional puede ser objeto de actualización y variación en el tiempo, desconociendo que Bancolombia estaba obligado a confirmar las operaciones que desde ese momento se empezaron a realizar y que no eran habituales.

Por otra parte, en el hecho 22 de la demanda se indicó que el actor no recibió ninguna clave dinámica ni a su correo ni a su celular entre el 25 de noviembre de 2017 hasta el 29 de noviembre de 2018 y, como respuesta a ese hecho, la demandada se limitó a señalar que no le consta y que se atenía a lo probado en el trámite. Entonces, es claro que si se hubiese declarado probado este hecho, se concluye que Bancolombia o no cumplió con sus medidas de seguridad o las claves no fueron enviadas al cliente.

Tampoco se tuvo en cuenta la certificación de la empresa de telefonía Claro, que da cuenta de que al celular del accionante no se enviaron claves dinámicas. Dicha prueba fue solicitada y la Delegatura ordenó al banco aportar la prueba del envío y recepción de las claves dinámicas, sin embargo, Bancolombia señaló que no las tenía, no obstante ello, se dio por probado su envío y recepción sin estar ello acreditado. En consecuencia, el banco no pudo desvirtuar la negación indefinida del demandante respecto de que él no hizo las operaciones. Asimismo, Bancolombia confesó que sólo hasta el 25 de noviembre de 2017, implementó el mecanismo de OTP, por lo que anterior a esa calenda no acató las recomendaciones de seguridad de la Superintendencia Financiera de Colombia y dejó al cliente vulnerable a los delitos informáticos.

Finalmente cuestiona que la primera instancia aseveró que el autor del hurto no cumplió con los parámetros normales de un fraude, es decir, sustraer la mayor cantidad de dinero de la cuenta de la víctima, sino que, en su lugar, retiró pequeñas sumas de manera repetida, desbordando su competencia con tal afirmación y desconociendo una realidad que, como tal, está tipificada como delito.

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **1. Presupuestos procesales.**

Parte esta instancia por admitir la presencia de los presupuestos procesales, pues, en efecto, la competencia para conocer del asunto, tanto en primera como en segunda instancia, no merece reparo alguno ante la materialización de todos y cada uno de los factores que la integran; la demanda reúne las exigencias formales y, de igual modo, la capacidad para ser parte, así como la procesal, se evidencian aquí sin objeción. No se avizora la presencia de alguna irregularidad que haga necesario retrotraer lo actuado.

## **2. La actividad bancaria y la asunción de riesgos.**

La actividad bancaria es de carácter profesional, habitual y lucrativa, por lo que su realización requiere de altos estándares de diligencia, seguridad, confiabilidad y control por parte de quien presta el servicio y, por tanto, el banco tiene la obligación de garantizar la seguridad de las transacciones que autoriza por cualquiera de los medios ofrecidos al público, entre ellos, a través de portal transaccional.

Al ritmo que las tecnologías de la información han ampliado enormemente las posibilidades de comunicación y dinamizan las relaciones comerciales, el tratamiento automatizado de datos incrementa los riesgos de ocurrencia de hechos ilícitos que ocasionan daño a los haberes patrimoniales de los clientes de las entidades financieras. Y, en ese sentido, se ha dicho que la *“difusión de la informática en todos los ámbitos de la vida social ha determinado que se le utilice como instrumento para la comisión de actividades que lesionan intereses jurídicos y entrañan el consiguiente peligro social...”*. Así lo indicó la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, agregando, entre otras, que,

*“La circunstancia de que internet sea una red abierta y pública, hace que esté caracterizada por una inherente inseguridad, pues eventualmente cualquier transferencia de datos puede ser monitoreada por terceros, lo que incrementa la potencialidad de pérdidas y defraudaciones, cuyos patrones de operación, por lo menos en lo que atañe a la banca electrónica, cambian constantemente y se manifiestan a través de la alteración de registros encaminada a la apropiación de fondos; la suplantación de la identidad de los usuarios, y la simulación de operaciones, compras y préstamos.*

*Sin embargo, no es posible ignorar que se trata de riesgos que son propios de la actividad asumida por las entidades y corporaciones que participan en el e-commerce, entre ellas los Bancos, de la cual obtienen grandes beneficios económicos, pues son estos los que para disminuir costos y obtener mejores rendimientos, han puesto al servicio de sus clientes los recursos informáticos y los sistemas de comunicaciones a través de la red, en una estrategia de ampliación de la oferta y cobertura de productos y servicios financieros”<sup>1</sup>.*

---

<sup>1</sup> Sentencia SC18614-2016 del 19 de diciembre, Rad. N° 05001-31-03-001-2008-00312-01 M.P. Ariel Salazar Ramírez

Por lo anterior, los riesgos de pérdida por transacciones electrónicas están en cabeza de la entidad financiera y, por consiguiente, deben asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos, 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.

Empero, el banco puede exonerarse de responsabilidad probando que el presunto fraude ocurrió por culpa del consumidor financiero, que con su actuar dio lugar al retiro o transferencia de dineros, dado que tiene el control de mecanismos que le permiten hacer seguimiento informático a las operaciones realizadas, por lo que la culpa incumbe demostrarla a quien la alegue, pues se presume la buena fe “aún la exenta de culpa” [Art. 835 C.Co.]<sup>2</sup>.

A las entidades financieras les corresponde “*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*” [artículo 3° Ley 1328 de 2009]. Al respecto, la Circular Básica Jurídica N° 007 de 1996 de la Superintendencia Bancaria -hoy Financiera-, contempla los requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones, dentro de los cuales se destaca la obligación de identificar los hábitos, patrones, prácticas y costumbres en el uso de los productos por parte del consumidor; insumo con el cual ha de elaborarse un perfil transaccional que permita la confirmación oportuna de las operaciones que no guarden correspondencia con sus rutinas [num. 3.1.13 ib.].

---

<sup>2</sup> *Ibidem*

En ese sentido, se ha indicado que la seguridad es uno de los deberes significativos en la relación banco–cliente, pues la obligación de seguridad es aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o en sus bienes, sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, ser impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato a través de su integración sobre la base del principio de buena fe.

En consecuencia, no se admite la prueba de la diligencia del banco o el cumplimiento de los estándares de seguridad para exonerarse de su responsabilidad, pues para ello requiere la prueba de que el fraude se produjo por culpa del cuentahabiente o de sus dependientes [custodia instrumentos de pago]. Por tanto, el régimen de responsabilidad es objetiva, y la defensa del demandado se sitúa en el terreno de la causalidad [fuerza mayor o caso fortuito, el hecho exclusivo de un tercero o el hecho de la víctima].

Por último, en cuanto a los presupuestos axiológicos de la acción, el consumidor financiero que pretenda que una entidad vigilada lo indemnice por los perjuicios que aduce le ha causado, debe probar: (i) que la entidad con la que celebró el contrato incumplió alguna de las obligaciones que le eran exigibles; (ii) la existencia y monto de los perjuicios; y, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el incumplimiento de la entidad y los perjuicios patrimoniales reclamados.

### **3. Análisis del caso concreto**

De acuerdo con lo expuesto en el acápite que antecede y la situación fáctica puesta de presente en el *sub examine*, se hace necesario establecer si la entidad financiera demandada [Bancolombia S.A.] logró acreditar que la sustracción del dinero de la cuenta de ahorros cuyo titular

es el demandante [Freddy Abelino Hamon Díaz], realizada a través de la modalidad de fraude electrónico, se produjo por culpa de cuentahabiente y, por tanto, está exonerada de responsabilidad.

Determinado lo anterior, se analizará si la decisión de la Delegada para Asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, en el sentido de declarar probada la excepción de *“las transacciones reclamadas por el demandante hacen parte de su perfil transaccional”*, fue acertada y, por tanto, se impone su confirmación en sede de segunda instancia.

**3.1.** Para efecto de lo anterior, se torna necesario hacer referencia a lo que se encuentra acreditado en el *sub judice*, con relevancia para decidir el asunto, así:

**3.1.1.** Entre el demandante Fredy Abelino Hamon Díaz y Bancolombia S.A. se celebró, en el año 2013, un contrato de depósito de cuenta de ahorros [22131957762], en virtud del cual se le entregó al primero de los citados una tarjeta débito. El cliente suministró a la entidad bancaria como datos de contacto, su número de celular 3115760464 y el correo electrónico freddyd2319@gmail.com

**3.1.2.** El 26 de julio de 2016, a través de la sucursal virtual personas se activó el producto Tarjeta E-prepago para la referida cuenta de ahorros, mediante la primera clave [utilizada en el cajero] digitando el número de cédula del cliente. Para el uso del producto se asignó una segunda clave por parte de quien activo el producto.

**3.1.3.** Con la precitada tarjeta se hicieron aproximadamente 160 transacciones entre el 26 de julio de 2016 y el 10 de diciembre de 2018 por un valor total de \$35'810.000,00. Antes de dicha calenda, el cuentahabiente sólo realizaba consultas de saldos a través de los canales virtuales, como así se consignó en el informe interno presentado por el Banco.

**3.1.4.** En el mes noviembre de 2017, es decir, dieciséis meses después de habilitarse la tarjeta E-prepago, Bancolombia implementó el mecanismo de la clave dinámica [OTP]<sup>3</sup>, como mecanismo de autenticación de las transacciones realizadas con aquella.

**3.1.5.** Desde el 26 de julio de 2016, las transacciones se realizaron utilizando la primera clave y la segunda clave generada por la persona que activó el producto y, a partir del 25 de noviembre de 2017 y hasta el 29 de noviembre de 2018, con el usuario, primera clave y clave dinámica.

**3.1.6.** El perfil transaccional del cliente respecto de su cuenta de ahorro y previo al hurto de las sumas aquí reclamadas, consistía en efectuar pagos con cheques de gerencia, retiros y pagos con la tarjeta débito. No realizaba compras por internet.

**3.1.7.** El cliente no recibía extractos de su cuenta de ahorros, según Bancolombia no se le enviaban a través de correo electrónico toda vez que éste no se inscribió para tales efectos.

**3.1.8.** La activación del citado producto no generó alerta por parte del banco, tampoco fue confirmada con el cliente, pese a que era la primera vez que se utilizaba dicho producto, tal y como se consignó en el informe interno realizado por el banco y que se allegó al plenario.

**3.1.9.** El vencimiento de la Tarjeta E-prepago era de un año, renovable, que implicaba la cancelación del número anterior y la generación de uno nuevo. Al vencimiento del primer año del producto [26 de julio de 2017], no se consultó al cliente sobre la renovación de la tarjeta, ni se acreditó haberle informado sobre el particular.

---

<sup>3</sup> El código “OTP (One Time Password), en combinación con un segundo factor de autenticación”, es un código temporal para realizar operaciones bancarias

**3.1.10.** El usuario no recibía correos electrónicos ni mensajes de texto que informaran los movimientos de la cuenta de ahorros, y no se acreditó el envío de las claves dinámicas requeridas para las operaciones con la Tarjeta E-prepago, a su correo electrónico y/o al número del celular.

**3.1.11.** El señor Freddy Abelino Hamon Díaz, cuando se le reportó insuficiencia de fondos para el pago de un cheque [en virtud a la compra de un apartamento], indagó y requirió a la entidad sobre el particular; requerimiento que fue atendido por Bancolombia el 11 de diciembre de 2018. El 20 de diciembre, presentó reclamación directa ante Bancolombia, solicitando la devolución de las sumas debitadas a través de la tarjeta E-prepago, la cual fue resuelta negativamente el 10 de enero de 2019.

**3.1.12.** Los extractos comenzaron a llegar al correo del accionante y tuvo conocimiento de la sucursal virtual personas y la clave dinámica, con posterioridad a la reclamación por las operaciones.

**3.2.** De lo anotado en precedencia emerge con claridad que la entidad bancaria demandada, de una parte, no acreditó que la sustracción de los dineros de la cuenta de ahorros del demandante a través de la tarjeta virtual E-prepago haya sido culpa del cuentahabiente y, de otra, que haya sido diligente en cuanto a las medidas de seguridad que le eran exigibles frente al servicio que a través de internet presta, atendiendo la actividad profesional y especializada que ejerce.

**3.2.1.** Lo primero que se advierte es que la activación de la mencionada tarjeta E-prepago, debió ser confirmada por Bancolombia, toda vez que, tal como da cuenta el informe técnico que allegó la misma entidad bancaria al proceso, antes de la activación de dicho producto financiero, el cliente [demandante] sólo empleaba la sucursal virtual personas para consultar saldos y movimientos, sin hacer ningún tipo de operación monetaria.

El perfil transaccional del cuentahabiente ponía de manifiesto que, desde que éste abrió su cuenta de ahorros con el banco [2013], no efectuaba transacciones o movimientos monetarios a través de internet, no hacía compras por este medio y, además, era la primera vez que se realizaba la activación de un producto a través de la citada sucursal virtual. El perfil transaccional, se ha dicho, 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 a 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)- la identidad de quien realiza una operación que prima facie podría imputarse al cliente”<sup>4</sup> [destaca el despacho]*

La Circular Básica Jurídica N° 007 de 1996 de la entonces Superintendencia Bancaria -hoy Superintendencia Financiera-, establece los requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones, dentro de los cuales se destaca la obligación de identificar los hábitos, patrones, prácticas y costumbres en el uso de los productos por parte del consumidor; insumo con el cual, como ya se indicó, ha de elaborarse un perfil transaccional que permita la confirmación oportuna de las operaciones que no guarden correspondencia con sus rutinas.

Así las cosas, si la entidad bancaria hubiese tenido en cuenta que la costumbre del cliente en el manejo de su cuenta de ahorros no era efectuar operaciones monetarias en la sucursal virtual personas, habría hecho la confirmación con el cliente, con lo cual, seguramente las operaciones que desconoce haber efectuado el cliente, no hubieran tenido lugar.

---

<sup>4</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sentencia del 27 de octubre de 2016. Expediente: 11001319900120150020601

Resulta claro, entonces, que por no haber tenido en cuenta el perfil transaccional del cliente antes de la activación del producto y, por tanto, haberla confirmado con éste, se permitió que terceros hubiesen accedido al servicio virtual y, por este medio, sustraer de la cuenta de ahorros los dineros a espaldas de su titular.

En ese sentido, se destaca, fue desacertada la decisión de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, cuando encontró probada la excepción *“Las transacciones reclamadas por el demandante hacen parte de su perfil transaccional”*, con base en el “log transaccional” construido **a partir de la activación del producto financiero**, bajo el argumento que las operaciones del cliente fueron habituales, frecuentes, sucesivas y cumplieron con todos los pasos de autenticación y seguridad, omitiendo que **el fraude tuvo su génesis precisamente en aquel momento**, y que la llamada segunda clave la colocó quien activó el producto.

En ese orden de ideas, el perfil transaccional que debió tenerse en cuenta por parte de Bancolombia S.A. cuando se activó la tarjeta E-prepago era el construido con antelación, y no el que se formó a partir de su activación, lo cual habría llevado a advertir que ésta así como las operaciones que el mismo día hicieron con ella, no hacían parte de la costumbre transaccional del cliente y, por consiguiente, debieron ser validadas o confirmadas con éste, lo cual, se itera, no aconteció.

**3.2.2.** Bancolombia confesó, a través de su representante legal, que sólo hasta noviembre de 2017 implementó el mecanismo de OTP, lo que pone en evidencia que antes de dicha calenda no fueron acatadas las recomendaciones de seguridad de la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual, frente a tal mecanismo, señaló:

*“El código “OTP (One Time Password), en combinación con un segundo factor de autenticación”, es uno de los mecanismos fuertes de autenticación previsto en el numeral 2.2.6.3. del Capítulo I, Título II de la Parte I de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), consistente en un código temporal que llega al celular del consumidor financiero a través de mensaje de texto SMS, para que de manera segura pueda realizar sus operaciones bancarias (retiros, consultas, pagos y transferencias) a través de Internet o de la aplicación para teléfonos móviles (APP)”<sup>5</sup>*

En ese orden, pese a que la Circular Externa 029 de 2014 estableció como mecanismo fuerte de autenticación el código OTP, lo cierto es que la accionada solo aplicó el mismo tres años después, exponiendo entonces al usuario del sistema financiero a los fraudes electrónicos, sin que obre en estas diligencias razón que justifique la tardanza en su implementación, cuando las entidades financieras que ofrezcan la realización de operaciones por internet, como las del caso *sub judice*, deben ofrecer a sus clientes mecanismos fuertes de autenticación<sup>6</sup>.

**3.2.3.** Omitió la Delegada de la Superintendencia, asimismo, tener en cuenta que Bancolombia, no probó que, cuando implementó la clave dinámica para autenticación de transacciones con la tarjeta E-prepago [16 meses después de haberse activado y utilizado el producto financiero], hubiese avisado al cuentahabiente sobre ésta.

Sobre este tópico, y tal como lo refirió este Despacho al momento de anticipar el sentido del fallo en el asunto que nos ocupa, en el hecho 22 de la demanda se indicó que el actor nunca recibió ninguna clave dinámica entre el 25 de noviembre de 2017 y hasta el 29 de noviembre de 2018, y frente a tal manifestación la entidad se limitó a indicar que se atenía a lo que se probara, lo que, en línea de principio, hace presumir cierto lo allí afirmado, conforme al artículo 97 del Código General del Proceso, esto es, que el señor Hamon Díaz, en efecto, nunca recibió la misma en su teléfono [a través de mensaje de texto], la cual era necesaria para efectuar las transacciones, ni tampoco se vieron éstas reflejadas en su correo

---

<sup>5</sup> Concepto 2018085479-002 del 17 de julio de 2018

<sup>6</sup> Circular Externa 8 de 2018

electrónico. En el interrogatorio que bajo la gravedad del juramento rindió el demandante, fue enfático en reafirmar lo anterior, esto es, que no recibió a su correo electrónico y/o número de celular ninguna clave dinámica.

La Delegatura decretó como prueba de oficio, y a cargo del banco, la constancia de envío de las claves dinámicas utilizadas, frente a lo cual, la entidad financiera señaló que, luego de realizar una búsqueda exhaustiva del documento, no se logró ubicar. Al ser indagado sobre el particular el representante del Banco, en la audiencia de instrucción y juzgamiento, contestó: *“si bien el archivo existe no se pudo ubicó [sic] a la persona dueña de la librería donde existía el archivo y no labora en el banco actualmente”*.<sup>7</sup>

Aflora con claridad que, si la carga de la prueba de acreditar el envío de las claves dinámicas al cliente estaba radicada en cabeza de Bancolombia S.A. y no lo probó, debía soportar las consecuencias procesales que tal inactividad acarrea, sin embargo, ello no fue tenido en cuenta por la primera instancia, como tampoco lo fue, la certificación que sobre el particular expidió la empresa de telefonía Claro y que fue oportunamente aportada por la parte demandante.

**3.2.4.** En relación con la modalidad del fraude, cuya existencia cuestionó la Delegada, como así se colige del audio que contiene la sentencia<sup>8</sup>, tal como lo cuestionó la parte recurrente, dicha manifestación no consulta las reglas de la experiencia, pues, con modalidades como la aquí utilizada, lo que se busca es precisamente no generar alertas y poder, así, extraer de manera continua y sucesiva beneficios del producto [tarjeta E-prepago], esto es, la realización paulatina de compras, como ciertamente se verificó.

---

<sup>7</sup> Minuto 31:50

<sup>8</sup> Donde literalmente dijo: *“conforme a la regla de la experiencia resulta contrario a una situación de fraude no solamente esta regularidad en estos movimientos mensuales que se presentaban en esta cuenta sino que el tercero deje a disposición saldos importantes en la cuenta ... lo que hace una persona que quiere defraudar a un cuentahabiente es que si tiene la oportunidad de obtener la información y los medios que se lo permiten pues saca el mayor provecho de la cuenta y esto no ocurrió no se advierte en este caso”*;

La tarjeta E-prepago, conforme lo expuso el representante legal de la entidad financiera, consiste en que “(...) *la cuenta de ahorros tiene un saldo y el cliente solicita la expedición de una tarjeta de crédito, sin que lo sea en estricto sentido, pues con su mismo saldo de su cuenta, se le hace una recarga a ese producto, entonces no genera intereses ni deuda. Se creó debido a que muchas personas no tienen acceso a una tarjeta de crédito para realizar compras*”.

Por consiguiente, si la finalidad que se buscaba con la activación del producto por parte de un tercero, era realizar compras con los dineros que reposan en la cuenta de ahorros del actor, no consulta las reglas de la experiencia que el delincuente extraiga en una sola oportunidad el mayor beneficio [como sí puede ocurrir con otro tipo de fraudes], cuando es claro que el suplantador cumplió el objetivo de obtener la mayor ventaja posible del producto que activó, y blindar de normalidad y cotidianidad las transacciones, como en efecto sucedió, donde gracias a ello pudo utilizar la tarjeta E-prepago sin restricción y, por tanto tiempo, sin ser descubierto.

**3.3.** De cuanto se ha expuesto, resulta claro que las conclusiones a las que llegó la Superintendencia Financiera a través de su Delegada en el *sub examine*, fueron desacertadas y, en tal virtud, la excepción de mérito que declaró probada estaba llamada al fracaso, toda vez que, se itera, partió de un análisis errado.

Adicional a ello se observa que, no obstante que la funcionaria advirtió en su fallo sobre el efecto procesal de la negación indefinida que efectuó el accionante en torno al tema de la clave dinámica, así como la asunción de los riesgos en las operaciones electrónicas y la necesidad de probar la culpa del cuentahabiente o sus dependientes, y no haberse cumplido con la carga procesal que en tal sentido correspondía, dirimió el asunto a favor de la entidad. Se impone, entonces, la revocatoria de la sentencia.

Sin embargo, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 282 del Código General del Proceso, cuando el superior considera infundada la excepción que encontró probada el *a quo*, resolverá sobre las otras, a ello se procede a continuación, no sin antes advertir, de una parte, que en los argumentos expuestos con antelación en desarrollo de la presente providencia quedaron resueltas la gran mayoría y, de otra, que ninguna de las excepciones planteadas por el extremo pasivo tiene vocación de prosperidad. Se compendiarán para su análisis, atendiendo la similitud de los argumentos en ellas esbozados.

**3.3.1.** *“La culpa del demandante y su incidencia en la generación del daño-causal de exoneración de responsabilidad de Bancolombia”, “incumplimiento de las buenas prácticas de protección propia por parte del consumidor financiero” y “culpa exclusiva de la víctima”, las cuales se sustentaron, en síntesis, en que el cliente no ejerció un control diligente en el manejo de su producto financiero, pues, durante dos años y cinco meses se realizaron transacciones con el producto E-prepago, sin que durante dicho lapso hubiese efectuado ninguna reclamación, y constituyó un perfil transaccional para este tipo de operaciones. Por tanto, como el daño se generó por su culpa, es él quien debe asumir la responsabilidad. Desde el pórtico se advierte, cómo podía el señor Freddy Abelino efectuar reclamación sobre una situación que no conocía, primero, porque la entidad financiera nunca confirmó con él la activación del producto y, segundo, porque las transacciones o movimientos de su cuenta no se le reportaban [al correo electrónico o al teléfono que desde un comienzo suministró], ni se le remitían los extractos bancarios. Cuando se enteró de la anomalía, en noviembre de 2018, inmediatamente lo reportó, indagó con el Banco e hizo las reclamaciones pertinentes.*

Y en cuanto al perfil transaccional, como ya se indicó, no se tuvo en cuenta el que realmente correspondía, esto es, el anterior a la activación de la tarjeta E-prepago, y no el que se generó a partir de ésta. El usuario

financiero suscribió el contrato de depósito de cuenta de ahorros en el año 2013 y hasta el 26 de julio de 2016, su perfil transaccional consistía en consultas de saldos y movimientos por el canal internet, no realizaba transacciones ni compras por internet, efectuaba pagos con cheques de gerencia, retiros y pagos con la tarjeta débito.

Así las cosas, la activación de un nuevo producto cuyo objeto era realizar compras por internet, debió ser constatada o verificada por parte de la entidad bancaria. Se trató, entonces, de una omisión de la entidad cuyos riesgos no puede trasladar al usuario, máxime cuando no se probó la culpa de éste y que la buena fe se presume.

**3.3.2.** *“La tarjeta E-prepago fue entregada virtualmente al titular y con ello se consintió en el deber de custodia y cuidado de la misma”*. Sustentada en que el demandante omitió cumplir con ese deber, y por negligencia o por exceso de confianza descuidó sus claves originales que son de uso exclusivo; además, las operaciones que dice desconocer fueron exitosas.

Baste decir que en el *sub judice* no se discutió que la tarjeta E-prepago no haya sido entregada y usada, solo que no fue activada y utilizada por el demandante Freddy Abelino Hamon Díaz, como así lo enfatizó bajo la gravedad del juramento y, por tanto, éste no podía custodiar lo que no sabía que existía.

Por ende, señalar que el usuario financiero fue negligente en la custodia de un producto respecto del cual siempre ha manifestado que no activó, sin que se aporte prueba o exista al menos un indicio grave en tal sentido sino una simple suposición, resulta desacertado, máxime cuando, como aquí se dilucidó, la activación del producto que dio lugar a la sustracción de los dineros de la cuenta de ahorros del cliente, sólo requirió la primera clave, pues la segunda clave fue creada por quien activó la tarjeta a través del portal transaccional y, posteriormente, con el uso de claves dinámicas,

las cuales, se itera, no fueron enviadas al cliente o al menos no se acreditó lo contrario por parte de la entidad.

**3.3.3.** *“Bancolombia tomó todas las medidas de seguridad para el correcto funcionamiento de los mecanismos de autenticación creados por el demandante” y “cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Bancolombia S.A.-inexistencia de responsabilidad civil contractual”*

Expuso la entidad financiera, tras hacer referencia a los controles con los que cuenta para las transacciones virtuales, que adoptó todas las medidas de seguridad que la tecnología le permite para la correcta identificación del cliente en los distintos canales transaccionales que se le brindan para la utilización de sus productos financieros y, por tanto, no puede ser responsable de las operaciones reclamadas.

Ya se consignó dentro de esta providencia, de una parte, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° Ley 1328 de 2009, a las entidades financieras les corresponde observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros y, de otra, que en tratándose de fraudes cibernéticos o informáticos, no basta la demostración de la diligencia o cumplimiento de estándares de seguridad por parte del banco para exonerarse de responsabilidad, se requiere que se pruebe que el fraude se produjo por culpa del cuentahabiente o de sus dependientes.

Se ha insistido por la jurisprudencia y la doctrina que la seguridad es uno de los deberes significativos en la relación banco–cliente y, concretamente, cuando se trata de un servicio bancario a través de un portal de internet, las medidas de precaución deben ser de alto nivel, de tal suerte que se puedan garantizar las transacciones electrónicas con plena seguridad, siendo necesario para ello, emplear los instrumentos o

mecanismos electrónicos adecuados, y así evitar la defraudación por medios virtuales o minimizar su ocurrencia [autenticación de los usuarios, la trazabilidad de las transacciones, el sistema de alertas por movimientos sospechosos o ajenos al perfil transaccional del cliente y el bloqueo de cuentas destinatarias en transferencias irregulares, de ser el caso, entre otras].

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, cuando las defraudaciones a través de transacciones electrónicas ocurren, los bancos deben asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos. Concretamente dijo la citada Corporación que:

*“Siendo la bancaria y la de intermediación financiera, actividades en las que -como atrás se dijo- existe un interés público y son realizadas por expertos que asumen un deber de custodia de dineros ajenos, siéndole exigibles, según lo previsto por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) y las Circulares Básica Contable y Financiera (100 de 1995) y Básica Jurídica (007 de 1996) unos altos y especiales cargas o cumplimiento de estándares de seguridad<sup>9</sup>, diligencia, implementación de mecanismos de control y verificación de las transacciones e incluso de seguridad de la confiabilidad de la información y preservación de la confiabilidad, es natural que la asunción de tales riesgos no les corresponda a los clientes que han encomendado el cuidado de parte de su patrimonio a tales profesionales, de ahí que sea[n] ellos quienes deban asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos. [subrayas fuera del texto original]*

*En ese orden de ideas, «a la hora de apreciar la conducta de uno de tales establecimientos -ha dicho la Corte- es necesario tener presente que se trata de un comerciante experto en la intermediación financiera, como que es su oficio, que maneja recursos ajenos con fines lucrativos y en el que se encuentra depositada la confianza colectiva» (CSJ SC-076, 3 Ago. 2004, Rad. 7447) y por tales razones se le exige «obrar de manera cuidadosa, diligente y oportuna en ejercicio de sus conocimientos profesionales y especializados en materia bancaria» para impedir que sean quebrantados los derechos patrimoniales de titulares de las cuentas de ahorro y corrientes de cuya apertura y manejo se encarga (CSJ SC, 3 Feb. 2009, Rad. 2003-00282-01)<sup>10</sup>.*

<sup>9</sup> Entre ellos la NTC-ISO/IEC 27001 aprobada el 22 de marzo de 2006, que recopila los requisitos exigidos para la implementación, revisión, mantenimiento y mejora del sistema de gestión de la seguridad de la información a fin de «asegurar controles de seguridad suficientes y proporcionales que protejan los activos de información y brinden confianza a las partes interesadas»

<sup>10</sup> Sentencia SC18614-2016 del 19 de diciembre, Rad. N° 05001-31-03-001-2008-00312-01 M.P. Ariel Salazar Ramírez

La activación del producto tarjeta E-prepago, según lo manifestó el representante legal del banco en su interrogatorio, se hacía ingresando a la sucursal virtual personas con el usuario asignado y la primera clave, que es la que se utiliza en el cajero, se selecciona el citado producto y se activa el mismo, momento en el cual se solicita una segunda clave. Actualmente, y desde noviembre de 2017 se requiere clave dinámica.

Así las cosas, si en el *sub examine* Bancolombia S.A. (i) no tuvo en cuenta el perfil transaccional del cliente al momento de la activación del producto financiero, (ii) no confirmó con éste dicha activación; (iii) no enviaba al usuario extractos bancarios ni notificaciones de las operaciones realizadas con la cuenta de ahorros [pese a contar con su número de teléfono y correo electrónico], (iv) implementó un mecanismo de autenticación de las transacciones realizadas con la tarjeta virtual, 16 meses después de activarse la del demandante, y (v) no demostró el [supuesto] envío de las claves dinámicas al correo electrónico y/o número de celular del cliente, cómo puede afirmarse, válidamente, que tomó todas las medidas de seguridad para el correcto funcionamiento de los mecanismos de autenticación y cumplió con las obligaciones contractuales inherentes a la profesión que ejerce, y en la que “se encuentra depositada la confianza colectiva”?

Súmase a lo anotado que, como lo informó el mismo representante del Banco, la tarjeta E-prepago tenía un vencimiento de un año, renovable, donde se cancela el número anterior y se genera uno nuevo, sin embargo, al momento de acaecer dicho término, la entidad financiera tampoco confirmó con el cliente la continuación del producto. Se hizo énfasis en que las transacciones fueron exitosas, pues no se registró ningún error al momento de utilizar las claves y, además, que el producto no requería validación.

Evidente emerge que Bancolombia S.A. no contaba con un mecanismo fuerte de autenticación al momento de activarse el producto, que sus sistemas no se ajustaban a los avances de la tecnología y la informática, que impone a entidades, como las financieras, adoptar mecanismos de control que se acompasen con las nuevas tendencias. Las operaciones realizadas antes de noviembre de 2017 pusieron en evidencia la falencia del sistema, cuando era obligación del banco disponer de los mecanismos necesarios para garantizar al consumidor financiero la prestación de un servicio con altos estándares de diligencia, seguridad, control, confiabilidad y profesionalismo.

De lo anotado se concluye que Bancolombia S.A., incumplió con la obligación contractual de custodiar las sumas de dinero que el señor Hamon Díaz depositó en sus arcas, las cuales le fueron extraídas de su cuenta de ahorros a través del uso de la tarjeta E-prepago, y de brindar la seguridad en torno a que el dinero que le fue confiado estaba realmente protegido, razón por la cual se impidió que el usuario tuviera a su disposición los recursos económicos cuando los requirió.

**3.3.4.** *“Los clientes de Bancolombia reciben permanente recomendaciones de seguridad, el demandante no puede alegar que no fue informado de las mismas”.*

Se afirmó por parte de Bancolombia que las recomendaciones de seguridad que hace a sus clientes se encuentran en su página web y la sucursal virtual personas, así como en las sucursales físicas de la entidad financiera, y que también pueden ser conocidas mediante prensa y medios de comunicación y, por ello, el demandante no puede señalar que no fue informado sobre cómo protegerse, pues, es una obligación de “autoprotección” que, como consumidor financiero, debe tener.

Al absolver su interrogatorio, el señor Hamon Díaz manifestó que revisaba los cajeros al momento de hacer retiros, los datafonos, tapaba el teclado cuando iba al banco a recibir los cheques de gerencia y nadie tenía acceso a sus claves; que no imprimía el recibo por costumbre que le heredó a su papá.

Para despachar de manera desfavorable la exceptiva en comento, baste reiterar que la carga de acreditar que las transacciones que se hicieron a través del portal dispuesto por el Banco para ello, y que el cliente desconce, tuvieron lugar por culpa de éste, estaba radicada en la entidad financiera, la cual no cumplió con la misma y, por tanto, debe soportar las consecuencias de una decisión que le resulta adversa.

Aunado a lo anterior, se insiste, el uso de la sucursal virtual para realizar operaciones monetarias no hacía parte de su perfil transaccional, razón por la cual, aunque Bancolombia despliegue un trabajo educativo y preventivo en el uso de sus canales, lo cierto es que ello no lo exime de responsabilidad cuando los mismos son vulnerados.

**3.4.** Para concluir, toda vez que las excepciones planteadas por Bancolombia S.A. no tienen vocación de prosperidad, como ya se había anunciado, se revocará la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se accederá a la declaración de responsabilidad pretendida, con las consecuentes condenas y perjuicios reclamados que resulten procedentes de cara a lo probado en el pleanrio.

### **3.5. Condenas y perjuicios**

Tal y como se indicó en el acápite de los antecedentes, el demandante pretende que se condene a Bancolombia a reintegrar la suma de \$35'810.000,00 que le fue fraudulentamente sustraída de su cuenta de ahorros, y pagar los intereses legales causados desde la realización de

las transacciones y hasta que se verifique el reintegro total del dinero; asimismo, a cancelarle la suma de \$2'484.348,00 por concepto de daño moral contractual y la cantidad de \$7'000.000,00 por concepto de daño emergente.

**3.5.1.** Tomando en consideración que dentro del plenario quedó debidamente acreditado la sustracción de la suma de \$35'810.000,00 de la cuenta de ahorros del demandante, a través de las operaciones realizadas mediante la tarjeta E-prepago, ocurridas entre el 26 de julio de 2016 al 29 de noviembre de 2018, y que con ello se causó un evidente detrimento patrimonial a quien confió en la seguridad que el Banco le prestaría, resulta apenas lógico que la entidad reintegre al cliente la referida cantidad.

Ahora bien, en aplicación a los principios de equidad y reparación integral, la anterior suma de dinero debe ser indexada<sup>11</sup>, atendiendo ello a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pues, *“tal reajuste no puede ser considerado simplemente restitutorio o reparador, sino como un factor compensatorio, con el que se mantiene el poder adquisitivo de la moneda, cuando por el transcurso del tiempo, ésta se devalúa”*<sup>12</sup>.

No sobra advertir que, para que opere la referida indexación o corrección monetaria, no se requiere que la misma haya sido solicitada, como así lo ha reconocido la ya citada Corporación:

*“En todo caso, la naturaleza de la indexación no es resarcitoria ni hace parte del objeto de la pretensión, sino que es una simple variación de las condiciones externas del perjuicio, debido a la depreciación que sufre el dinero en el tiempo por la incidencia de ciertos factores de la economía; por lo que el juez está facultado para decretarla aún de oficio, pues lo contrario supondría la aceptación de una situación inequitativa en contra del acreedor.”*<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Como así lo ha reconocido la misma Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-114-99 y C-487-00

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil, Sentencia SC 6185-2014, del 16 de mayo de 2014, Rad. N° 08001-31-03-011-2008-00263-01 M.P. Ruth Marina Díaz Rueda

<sup>13</sup> CSJ SC, 18 Dic. 2012, Rad. 2004-00172

Así las cosas, para la indexación del dinero que debe reintegrar la entidad bancaria al accionante, se aplicará la fórmula que para tales efectos utilizan tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado:

$$VR = VH * IPC \text{ final} / IPC \text{ inicial}$$

Donde:

VR: Corresponde al valor a reintegrar.

VH: Monto cuya devolución se ordenó inicialmente.

I.P.C: Índice de Precios al Consumidor

De la misma manera, se accederá a ordenar el pago de los intereses legales que petitionó el apoderado judicial del demandante, pues, *“siempre que se trate de intereses puros dicho concepto no resulta incompatible con la actualización monetaria, por tener causas diferentes; y, contrario sensu, serán incompatibles cuando los intereses comerciales corrientes o de mora lleven ínsito el factor de corrección monetaria o de indexación por la desvalorización o devaluación de la moneda ante el fenómeno inflacionario, tal y como así lo explicó la Sala en Sentencia de 10 de mayo de 2001, Exp. 12.719”*<sup>14</sup>

**3.5.2.** En relación con los \$2'484.348,00 reclamados por concepto de daño moral, se advierte que, a pesar que en la demanda se realizó juramento estimatorio, éste no podrá ser tenido como prueba de dicho monto, ya que se trata de perjuicio extrapatrimonial que, como tal, no se incluye en el artículo 206 del Código General del Proceso y, por tanto, debía ser acreditado por la parte interesada a través de cualquiera de los medios probatorios establecidos por el legislador, lo cual, se destaca, no se verificó en el *sub judice*; obsérvese cómo, ni siquiera se hizo referencia a hechos concretos que den cuenta de la existencia del daño reclamado.

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 14 de abril de 2010 Rad. N° 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214). Ver además, CE Sección Segunda, Sentencia 20001233300020140031302 (26332017), Agosto 16 de 2018.

No puede perderse de vista que la obligación de reparación integral del daño exige, como presupuesto habilitante, la demostración de los perjuicios, como así lo contextualizó el máximo órgano en la jurisdicción civil, en la sentencia SC2107 del 12 de junio de 2018,<sup>15</sup> en la cual trajo a colación el siguiente texto:

*“[...] máxime si se trata del perjuicio, pues como tiene dicho la Corte dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria”<sup>16</sup>* [se destaca].

En tal sentido, como no basta la simple afirmación de haber sufrido un perjuicio sino que hay que probarlo, no se podrá efectuar condena por dicho concepto, pues, se itera, es necesario que se acredite su materialización, lo cual brilla por su ausencia en el asunto que nos convoca.

**3.5.3.** En cuanto al reconocimiento del daño emergente en cuantía \$7'000.000,00, el cual se sustentó en los honorarios de abogado que se afirmó tuvo que asumir el demandante para instaurar la presente acción, tampoco se accederá a tal pretensión, toda vez que, se destaca, éste rubro constituye un gasto inherente al adelantamiento de la acción civil y se enmarcan en el concepto de agencias en derecho dentro de la condena en costas procesales, que le corresponde asumir a quien salga vencido en el proceso.

**4.** Para concluir, se revocará la sentencia proferida en audiencia el 10 de enero de 2020 por parte de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales - Grupo de Trabajo de Defensa del Consumidor de la Superintendencia Financiera, en la cual se declaró probada la excepción de mérito

---

<sup>15</sup> Radicación: 11001-31-03-032-2011-00736-01 MP: Luis Armando Tolosa Villabona

<sup>16</sup> CSJ SC. Sentencia de 18 de diciembre de 2007, rad. 2002-00222-01.

denominada *“las transacciones reclamadas por el demandante hacen parte de su perfil transaccional”*, denegó las pretensiones de la demanda y no condenó en costas a la parte demandante, aquí recurrente.

Por consiguiente, se declarara civil y contractualmente responsable a Bancolombia S.A. por el fraude electrónico de conllevó a la sustracción de las suma de dinero de la cuenta de ahorros del cliente Freddy Abelino Hamon Díaz y, en consecuencia, se condenará a restituir a éste la suma de \$35'810.000.00, indexada, y a pagar los intereses legales que correspondan desde la fecha en que se efectuaron las transacciones, hasta cuando se verifique su pago total, el cual, se advierte deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, so pena del pago de intereses moratorios.

Finalmente, se condenará en costas de primera y segunda instancia a la entidad bancaria. Las primeras serán fijadas por la primera instancia, y liquidadas de manera concentrada con las agencias en derecho que aquí se señalarán, conforme lo prevé el artículo 366 del Código General del Proceso.

## **V. DECISIÓN**

Por lo expuesto, el **JUZGADO ONCE (11) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida en audiencia el 10 de enero de 2020 por parte de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales - Grupo de Trabajo de Defensa del Consumidor- de la Superintendencia Financiera, dentro de la acción promovida por Freddy Abelino Hamon

Díaz contra Bancolombia S.A., conforme a las razones consignadas en esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** imprósperas las excepciones de mérito tituladas “*la culpa del demandante y su incidencia en la generación del daño-causal de exoneración de responsabilidad de Bancolombia*”, “*Bancolombia tomó todas las medidas de seguridad para el correcto funcionamiento de los mecanismos de autenticación creados por el demandante*”, “*las transacciones reclamadas por el demandante hacen parte de su perfil transaccional*”, “*incumplimiento de las buenas prácticas de protección propia por parte del consumidor financiero*”, “*culpa exclusiva de la víctima*”, “*cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Bancolombia S.A.-inexistencia de responsabilidad civil contractual*”, “*los clientes de Bancolombia reciben permanente recomendaciones de seguridad, el demandante no puede alegar que no fue informada de las mismas*” y “*la tarjeta E-prepago fue entregada virtualmente al titular y con ello se consintió en el deber de custodia y cuidado de la misma*”, propuestas por la entidad financiera demandada dentro del asunto de la referencia.

**TERCERO: DECLARAR** que Bancolombia incumplió el contrato de depósito en cuenta de ahorros N° 22131957762 suscrito con el demandante Freddy Abelino Hamon Díaz y, por tanto, es civil y contractualmente responsable por el fraude electrónico que generó la sustracción de la suma de \$35'810.000.oo. de la referida cuenta.

**CUARTO: CONDENAR**, en consecuencia, a Bancolombia S.A., a reintegrar al señor Fredy Abelino Hamon Díaz la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ MIL PESOS [\$35'810.000.oo], indexada al momento del pago, así como a pagar los intereses legales que correspondan desde la fecha en que se efectuaron las transacciones, hasta cuando se verifique su pago total, suma que deberá ser indexada

en la forma dispuesta en el numeral 3.5.1. de la presente sentencia, esto es, aplicando la fórmula allí indicada.

**PARÁGRAFO: SE ADVIERTE** que el pago ordenado deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, so pena del pago de intereses moratorios a cargo de la entidad financiera.

**QUINTO: NEGAR** las pretensiones de la demanda en relación con los perjuicios por concepto de daño moral contractual y daño emergente, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEXTO: CONDENAR** en costas en primera y segunda instancia a Bancolombia S.A. a favor del demandante Freddy Abelino Hamon Díaz las cuales deberán ser liquidadas en sede de primera instancia conforme al artículo 363 del Código General del Proceso, teniendo como agencias en derecho fijadas en esta instancia, la suma de \$2.000.000,00

**SÉPTIMO: ORDENAR** la devolución de estas diligencias a la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales- Grupo de Trabajo de Defensa del Consumidor de la Superintendencia Financiera. Secretaría proceda de conformidad con lo aquí dispuesto.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**

  
**MARÍA EUGENIA SANTA GARCÍA**

**Jueza**

**JUZGADO ONCE CIVIL DEL CIRCUITO**  
Bogotá, D. C.

**NOTIFICACIÓN POR ESTADO:** La providencia anterior es notificada por anotación en **ESTADO N° 083** hoy 26 de agosto de 2020.

**LUIS ORLANDO BUSTOS DOMÍNGUEZ**  
Secretario