

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO VEINTIDÓS CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D. C., julio veintisiete (27) de dos mil veintitrés (2023).

Radicación 11001 0800 008 2022 01375 01

Se procede a proferir sentencia por escrito, en el asunto de la referencia, acorde con lo dispuesto en artículo 14-3 del Decreto 806 de 2020.

ASUNTO A RESOLVER

Decide el Despacho el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2022, por la Superintendencia Financiera de Colombia Delegatura para Funciones Jurisdiccionales, dentro del proceso verbal de protección al consumidor promovido por Setemec S.A.S. contra Banco de Bogotá.

ANTECEDENTES

I. Hechos de la demanda principal¹

1. El representante legal de la sociedad demandante, la que se define como una microempresa de mantenimiento y reparación especializada de grúas para la construcción y vehículos pesados, sostuvo que el 4 de marzo de 2014 realizó la apertura de cuenta corriente en el Banco de Bogotá; respecto de la cual, por exigencia de la misma entidad financiera, se impide la realización de movimientos financieros diarios superiores a \$15.000.000.

Aseveró que el movimiento habitual y más común para el retiro de dinero de la citada cuenta, es mediante cheques, los cuales presenta en la ventanilla, y en cuyo procedimiento se generan trabas y confirmaciones previo al desembolso; pues debido a la edad del representante legal y su actitud precavida, no utiliza canales digitales, electrónicos o virtuales.

¹ Pdf.01 001, Carpeta 2022068455, 001 CuadernoSuperintendencia, 01 PrimeraInstancia

Afirmó que el 30 de julio de 2021 se dio cuenta que la empresa a la que representa fue víctima de delincuentes cibernéticos, ello en razón a que el token que arroja el código de seguridad fue rechazado por el Banco, situación que confirmó mediante comunicación telefónica con los asesores de la convocada por lo que se le sugirió bloquear la cuenta y una vez pudo ir de forma personal a la sucursal bancaria se le informó que fueron reportados dos movimientos de la evocada cuenta corriente: a las 12:07:30 y 12:57:42 por valor de \$45.506.780 y 39.992.000, con destino a la DIAN y a Caribe Mar de la Costa, respectivamente, los que advierte, son fraudulentos.

Aseguró que como ni él, ni nadie de la empresa habían realizado, ni autorizado la transferencia, procedió a presentar el formato de reclamación ante la demandada, previa solicitud del soporte de personalización de servicios, el cual se le asignó en No. 20221167532-000-000 y, además, presentó denuncia ante la Fiscalía General de la Nación por el delito de *hurto por medios informáticos*.

El 23 de agosto de 2021 la entidad financiera demandada, dio respuesta desfavorable a su solicitud, por lo que procedió a presentar una segunda reclamación y solicitó documentación relativa a los registros transaccionales; sin embargo, la respuesta que obtuvo fue evasiva y desfavorable.

Afirmó que la convocada omitió la responsabilidad de **(i)** verificar la identidad del usuario para aceptar la transacción denunciada, **(ii)** de proteger el deber objetivo de diligencia, prudencia, cuidado y custodia; **(iii)** de realizar las confirmaciones y verificaciones previas a las transacciones y notificar la operación en tiempo real; **(iv)** perfilar los movimientos y transacciones de su representado; **(v)** imponer filtros de seguridad a los movimientos financieros; **(vi)** comunicarse con el titular para confirmar la operación; **(vi)** proteger el derecho de reserva del token y las contraseñas **(vii)** informar con inmediatez, prontitud y celeridad que su cuenta fue *saqueada sin su consentimiento*; **(viii)** perfilar las cantidades de dinero que mueve su representada por canales virtuales y **(ix)** poner filtros de seguridad a la información financiera.

Finalmente sostiene que por tales transacciones se *quedó sin capital de trabajo y en bancarrota, con la gravedad que no tiene para el pago de los empleados, ni para el pago de la seguridad social y teme que los trabajadores lo demanden por no pagarles.*

II. Pretensiones de la demanda

A razón de lo anterior, el demandante solicitó que se declare que las dos transacciones realizadas desde su cuenta fueron fraudulentas; y que por tanto, la entidad financiera es responsable por incumplir el deber contractual en la prestación de servicios financieros de forma prudente, segura, diligente, precavida y efectiva; así como por los evocados movimientos al tener una conducta omisiva de imponer medida efectivas de seguridad al producto financiero del demandante, así como no avisar y confirmar las operaciones con su titular, no perfilar las transacciones informáticas, los montos, canales, filtros y registros de seguridad.

Como consecuencia de ello, pide se le condene a aquélla a asumir a título de indemnización el reintegro de los dineros hurtados por valor de \$39.992.000 y \$45.506.708, junto con los intereses moratorios comerciales desde la fecha del hurto hasta que se confirme el pago, así como la indexación de todas las condenas.

Finalmente, que se condene a la demandada en agencias y costas procesales.

III. Actuación procesal de primera instancia

La demanda en compendio se presentó el 30 de marzo de 2022 (pdf.002 y 003) y fue admitida por la Superintendencia Financiera de Colombia Delegatura para Funciones Jurisdiccionales el 25 de abril de 2022 (pdf.014), proveído del que se notificó al demandado el 26 de abril de 2022 (24 de mayo de 2022) tal y como consta en los documentos visibles en pdf. 017 a 019, quien propuso oportunamente las excepciones de mérito nominadas “*culpa exclusiva de la víctima – incumplimiento contractual*”, “*inexistencia de derecho y causa para demandar*”, “*excepción de contrato no cumplido*”, “*débitos regulares*”, “*validez de los mensajes de datos*” y “*genérica*”.

IV. Sentencia de Primera Instancia²

El juez de primer grado, revestido de facultades jurisdiccionales, en audiencia pública celebrada el 28 de septiembre de 2022, luego de hacer una breve reseña de los antecedentes del

² Pdf.21, Minuto 31:00

litigio y la normatividad y jurisprudencia aplicable al caso, en particular lo relativo a la regulación de las cuentas bancarias y la responsabilidad civil de los establecimientos bancarios en sus relaciones contractuales, concluyó que el problema jurídico era determinar si se acreditó la responsabilidad contractual del banco demandado en la realización de los dos pagos que cursaron el 30 de julio de 2021 entre las 12:07 y 12:57 horas, y que fueron objeto de relato en el libelo demandatorio.

Acto seguido, procedió con el análisis de los medios de convicción y acorde con ellos, definió que en el presente asunto hubo una concurrencia de responsabilidades, como quiera que tanto la entidad financiera demandada omitió analizar las actividades inusuales que se presentaron en la cuenta corriente de la sociedad convocada, como lo fue el cambio de parámetros de los topes máximos y el valor de las operaciones por medios virtual, cuando el demandante en un transcurso de seis meses anteriores no había efectuado operaciones ni cercanas a los montos retirados, situación a la que se adiciona que se generaron dos operaciones fallidas, conductas que debieron alertar al Banco para que confirmara las transacciones y/o bloqueara, pero el demandante a su vez incumplió el contrato de cuenta respecto de las obligaciones de custodia de los elementos transaccionales pues las operaciones se validaron con el usuario, clave y autenticación fuerte.

En tal sentido, únicamente estimó probada la excepción de contrato no cumplido, y desestimó las demás exceptivas, declarando a la convocada civilmente responsable por los perjuicios padecidos por la sociedad demandante como consecuencia de las operaciones realizadas el 30 de julio de 2021, condenándola a pagar la suma de \$54.746.990 debidamente indexada desde la data antes mencionada junto con los intereses moratorios a partir del día siguiente a la fecha que se concedió para su pago.

V. Recurso de apelación³

La parte demandada apeló el fallo de primera instancia, solicitando la revocatoria de la providencia, sus reparos se centraron en los siguientes puntos: **(i)** el fallador no estableció o no hizo una valoración adecuada del perfil transaccional, pues en este caso, el Banco no fue el que estableció el tope; sino que lo hizo el mismo

³ Pdf.21, Minuto 01:16:37 a 01:22:04

demandante; transacción que no puede valorarse como sospechosa, máxime cuando ello sucedió por culpa del cliente en la pérdida de los elementos transaccionales; **(ii)** No se valoró la conducta del cliente relativa a no haber parametrizado su portal para recibir alertas, notificaciones, alarmas, mensajes, correos, entre ellos, el cambio de topes y transacciones; **(iii)** No se valoró que el cliente no hubiese informado los problemas con su token de manera inmediata; y **(iv)** la decisión de declarar la responsabilidad del Banco es desacertada atendiendo que no se apreció o se desatendió la conducta del cliente.

En esta instancia la demandada reiteró que el Banco demostró la culpa del cliente en la custodia de los elementos transaccionales cuya confidencialidad es de cargo de aquél, lo que rompe el nexo de causalidad, para lo cual destacó que el actor en su interrogatorio al ver que al parecer un tercero estaba digitando información o la interferencia de un software malicioso, evidencia que inobservó su obligación de cuidar sus elementos transaccionales. Añadió que lo cierto es que no hay norma, ni cláusula contractual que imponga que el banco debe elaborar un perfil de las costumbres transaccionales, más aún, cuando las transacciones son exitosas al suministrarse el usuario primario, la contraseña y la clave dinámica OTP del token, sin que se evidenciara error alguno en los protocolos del Banco, pues las transacciones se encuentran en los topes, mismos que fueron variados por el cliente.

También refirió que el testigo Carlos Andrés Ramírez confirmó que la convocada sí tiene mecanismo de alerta cuando hay accesos denegados, los que deben superar tres intentos.

CONSIDERACIONES

Convéngase en admitir que concurren los requisitos sustanciales para emitir una decisión de fondo válida y no se advierte vicio alguno capaz de invalidar lo actuado, por tanto, no existe impedimento procesal para emitir el fallo que resuelva de fondo el asunto.

Problema jurídico:

Acorde con los reparos expuestos por la parte apelante y el escrito de sustentación presentado en esta instancia, debe dirimirse

si tal como lo aduce el censor, no es viable acoger la pretensión relativa a la responsabilidad contractual bancaria, en la medida que no se demostraron los elementos esenciales para el éxito de las pretensiones ya que la defraudación de la cuenta del demandante obedeció a su propia culpa ; o sí por el contrario, debe refrendarse la decisión de primer grado, por la concurrencia de los mismos.

Marco Normativo y Jurisprudencial

Destáquese que en el asunto, el demandante pretende la declaratoria de responsabilidad bancaria y consecuente condena al pago de los perjuicios que se le causaron, debido a la defraudación por el retiro de dineros depositados en la cuenta corriente de la que es titular.

Bajo ese contexto, para el éxito de la acción indemnizatoria, además de demostrarse la concurrencia del negocio bilateral (apertura de cuenta corriente), es necesario acreditar, la existencia de un perjuicio, la culpa contractual de la demandada y el nexo causal entre ésta y aquél.

Ahora, es oportuno mencionar que según preceptúa el canon 1382 del Código de Comercio *por el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco;* disposición de la que se infiere, que una de las obligaciones que le impone el legislador a las entidades bancarias, es mantener los dineros depositados en este tipo de cuenta, para luego entregárselos al cuentacorrentista.

Así pues, con el objetivo de dar cumplimiento a dicha obligación, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ha establecido que *las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes a fin de que estos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones (art.98).*

Con tal propósito, se delimitó en la Circular Básica Jurídica No. 029 de 2014, en torno a la seguridad y calidad de las

operaciones, que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia,} deben adoptar, algunas medidas como lo son: gestionar la seguridad de la información, disponer que el envío de información confidencial y de los instrumentos para la realización de operaciones a sus clientes se haga en condiciones de seguridad, proteger las claves de acceso a los sistemas de la información, velar porque los niveles de seguridad de los elementos usados en los canales no se vean disminuidos durante toda su vida útil, ofrecer la posibilidad de manejar contraseñas diferentes para los instrumentos o canales, en caso de que éstos lo requieran y/o lo permitan, establecer procedimientos para el bloqueo de canales o de instrumentos para la realización de operaciones, cuando existan situaciones o hechos que lo ameriten o después de un número de intentos de accesos fallidos por parte de un cliente, así como las medidas operativas y de seguridad para la reactivación de los mismos y 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 (art. 2.3.3.), entre otros.

Luego, entonces, corresponde a las entidades bancarias demostrar que acataron los lineamientos de seguridad y que fue el cliente actuó culposamente frente a sus obligaciones para con el banco, a efecto de exonerarse de responsabilidad contractual.

Respecto de la responsabilidad bancaria en el marco de los riesgos que conlleva la ampliación en el uso de las tecnologías de la información, se ha pronunciado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

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.

Es natural y obvio que la implementación de medios como el portal virtual de transacciones, si bien requiere de una inversión para su operación y mantenimiento, genera un lucro para la entidad, en la medida en que atrae un mayor número de clientes y de operaciones bancarias.

No obstante, el uso de este lleva ínsito el riesgo de fraude electrónico, el cual es de la institución financiera precisamente por la función cumplida por las instituciones financieras y el interés general que existe en su ejercicio y la confianza depositada en él, lo que determina una serie de mayores exigencias, cargas y deberes que dichas entidades deben cumplir con todo el rigor; por el provecho que obtiene de las operaciones que realiza; por ser la dueña de la actividad, la que -se reitera- tiene las características de ser profesional, habitual y lucrativa; y además, por ser quien la controla, o al menos, a quien le son los exigibles los deberes de control, seguridad y diligencia en sus actividades, entre ellas la de custodiar dineros provenientes del ahorro privado.

El riesgo, entonces, se materializa con el ofrecimiento a los clientes de una plataforma tecnológica para realizar sus transacciones en línea, la cual puede ser vulnerada por delincuentes cibernéticos a través de diversas acciones, atendida la vulnerabilidad inherente a los sistemas electrónicos (SC18614-2016).

Así, la responsabilidad de las entidades bancarias frente al usuario financiero tiene una connotación especial, y es que se analiza bajo el riesgo profesional, pues son ellas quienes tienen el deber de diligencia de los dineros que se les depositan, por lo que *cualquier desviación constituye un factor de desatención del contrato*⁴, tópico respecto del cual la jurisprudencia ha concluido:

“si llega a producirse una operación de transferencia de fondos que incida en el saldo, cualquier reclamo o inconformidad que muestre el cuentacorrentista puede comprometer la responsabilidad de la entidad bancaria que para exonerarse debe acreditar, por cualquier medio idóneo, que contó con la autorización de aquel” (sent. del 23 de agosto de 1988, resaltado fuera del texto)» (ibídem)» (ibídem). 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.”⁵.

Recientemente, la jurisprudencia ha evaluado la evocada responsabilidad y luego de analizar, no sólo el pronunciamiento

⁴ *Ibidem.*

⁵ *Ibidem.*

antes citado, sino aquél en el que se precisó que la actividad bancaria envuelve una actividad peligrosa y que por tanto debe dirimirse la situación a la luz del artículo 2356 y 2357 del Código Civil, rectificó tal postura y concluyó:

2.4. Del anterior compendio se sigue que el marco teórico empleado para explicar la responsabilidad del banco por el pago de cheques falsos o adulterados, no puede asimilarse con la regulación de la responsabilidad extranegocial derivada del ejercicio de actividades peligrosas, no solo porque el fundamento normativo de ambas es distinto, sino también porque un sector de la jurisprudencia considera que el artículo 2356 del Código Civil consagra un régimen de responsabilidad subjetivo o “por culpa”, lo que impide su filiación con la responsabilidad “por riesgo”, que busca precisamente obviar ese juicio de reproche.

Esta precisión es importante, no solo para deslindar las aplicaciones prácticas de la teoría del riesgo en Colombia, sino para relieves que –en opinión de la Corte– la actividad bancaria no puede calificarse de forma totalizadora como “peligrosa”, y por lo mismo, no resulta procedente construir una teoría general de la responsabilidad de las entidades financieras, valiéndose de sus similitudes, pero perdiendo de vista las divergencias fundamentales que pueden presentarse entre las tantas relaciones jurídicas que aquellas entablan con sus clientes y con terceros. (...)

(...) en tratándose de la inobservancia de sus obligaciones como depositario (o como administrador sucesáneo de esos depósitos, que es lo que sucede en este caso), se justifica plenamente la aplicación de un régimen de responsabilidad objetivo en contra del ente bancario, aun cuando la infracción negocial no se materialice a través del pago de un cheque falsificado o adulterado.

En efecto, el precedente tiene decantado que la solidez de las operaciones de captación masiva de recursos del público entraña enorme trascendencia social, pues la confianza del depositante pende de la inquebrantable promesa de disponer de sus recursos cuando lo estime pertinente, o cuando acaezca el plazo prefijado, si se trata de depósitos a término fijo. Quien entrega al banco una suma de dinero a título de depósito, pues, entiende que esta queda a buen recaudo.

Precisamente para apuntalar la confianza de los cuentahabientes, el ordenamiento reclama que el ejercicio de la actividad bancaria atienda rigurosos parámetros de capital, apalancamiento, liquidez, gobierno corporativo, riesgo de crédito y composición patrimonial, por citar algunas variables, y que además cumpla altos estándares de seguridad en sus canales presenciales (oficinas, corresponsales) y no presenciales (banca móvil, cajeros automáticos, portales virtuales).

Estas imposiciones legales y reglamentarias, proporcionales a los enormes riesgos morales, operativos, de crédito, de seguridad, entre otros, que son connaturales al giro de los negocios bancarios, muestran que las entidades

financieras asumen con la sociedad un compromiso de evitación de esas amenazas, de modo que serán aquellas quienes deban responder si estas se materializan, sin ninguna consideración adicional.

Y es que, en casos como este, la atribución de responsabilidad no puede depender de un juicio subjetivo de reproche. Si aun a pesar de la extrema probidad, diligencia y profesionalismo que es de esperar de un banco, los dineros depositados por sus clientes sufren mengua, no deben ser estos quienes soporten la pérdida, pues más allá de su esfera individual de influencia, carecen de las herramientas para enfrentar esa eventualidad.

El cuentahabiente no custodia el dinero depositado, ni participa de las decisiones operativas del banco. Además, no tiene acceso a la información necesaria para afrontar peligros como los anotados, ni le resulta económicamente razonable hacerlo, pues los costos de esa faena serán, casi invariablemente, superiores a la pérdida que pretende prevenir; en cambio, para el banco la situación es exactamente la opuesta, lo que justifica que sea él quien asuma el riesgo de su operación, de manera objetiva.

(...) 2.6. *Ahora bien, si se analizan las cosas desde la óptica de la naturaleza de las prestaciones del banco, se arribaría a la misma conclusión. Nótese que, al celebrar el contrato de depósito en cuenta corriente o de ahorros –o de administración de estos–, el banco se obliga a permitir a sus clientes la disposición de los saldos depositados en esas cuentas, mediante el giro de cheques (en el caso de la cuenta corriente), retiros con tarjeta débito, transferencias electrónicas, entre otras posibilidades.*

Todos esos canales transaccionales hacen necesario definir un protocolo de autenticación, que le permita al banco establecer, con certeza, el origen de cada orden impartida. Aunque esa carga no se encuentre consagrada en el derecho positivo, ni se incluya expresamente en los reglamentos respectivos, es connatural al negocio jurídico, al menos como se concibe hoy en día. Actualmente, sería inimaginable una relación banco-cuentahabiente en la que no fuera mandatorio «verificar la identidad [del] cliente, entidad o usuario», mediante «algo que se sabe [como las claves personales], algo que se tiene [como los tokens], algo que se es [la biometría]» (Circular Básica Jurídica, Parte I, Título II, Capítulo I, numeral 2.2.5.).

Cuando un tercero burla esos protocolos de autenticación, y –haciéndose pasar por el cuentahabiente– dispone por cualquier medio de los recursos depositados en cuentas de ahorros o corrientes, la obligación de verificación se incumple, pues la carga de que se viene hablando no puede entenderse satisfecha simplemente con los buenos oficios del banco, sino con la efectiva confirmación de la identidad de su cliente.

(...) *En línea con lo explicado previamente, y con la naturaleza de ese tipo de prestaciones, la comentada inobservancia comprometerá la responsabilidad civil del banco, salvo que demuestre el acaecimiento de una causa extraña, que impida que el daño puede imputársele jurídicamente; es decir, la institución*

financiera no puede exonerarse del deber de indemnizar con la simple prueba de haber obrado de manera diligente.

(...) Esa misma estructura puede replicarse en los demás supuestos de fraude bancario, pues realmente solo difieren en el canal transaccional utilizado para perpetrar la apropiación ilícita (y de los mecanismos de autenticación vulnerados). Por ende, también se justifica aplicar analógicamente el régimen de responsabilidad consagrado, de manera general, en el citado canon 1391, que es de naturaleza objetiva, y que, como ya se anotó, únicamente se desvirtúa acreditando que la pérdida no puede atribuirse jurídicamente al incumplimiento de la institución financiera.

2.8. Como colofón, resalta la Corte que prescindir de la calificación de la conducta de la entidad financiera no significa asumir una especie de responsabilidad automática suya, pues aun en los regímenes objetivos es necesario demostrar que el hecho dañoso es atribuible a la conducta del agente. Por ende, en casos como este el banco podrá exonerarse de la carga indemnizatoria que se le endilga, probando que las circunstancias que originaron el desmedro patrimonial (como la alteración de una orden de giro, en este caso) obedecieron a causas que no le son imputables.

Así ocurriría, por ejemplo, cuando el cuentahabiente pierde su tarjeta débito, y en ella tiene escrita su clave transaccional, facilitando que quien la encuentre realice un retiro a través de la red de cajeros automáticos. En esa hipótesis, los controles de autenticación dispuestos por el banco para el referido canal, consistentes en «algo que se tiene» (la tarjeta débito) y «algo que se sabe» (la clave numérica), habrían sido vulnerados por factores atribuibles al cuentahabiente, desde el punto de vista fáctico –pues fue él quien perdió la tarjeta y la clave– y jurídico –en tanto la custodia de esos elementos le correspondía–, lo que impide que surja para el banco cualquier carga de resarcimiento.

Ahora, si quien encontró el aludido plástico acude a una de las sucursales de la entidad financiera y realiza un retiro millonario, sucede que la materialización del ilícito contractual tendría como antecedente material conductas imputables a ambos extremos del contrato de depósito en cuenta corriente o de ahorros, porque a la pérdida de la tarjeta y la clave terminó sumándose la ausencia de protocolos de verificación de identidad, propios de los canales presenciales del banco.

Ante ese panorama, el fallador tendrá que sopesar la relevancia jurídica de esas causas, pudiendo concluir que: (i) ambos estipulantes contribuyeron al resultado dañino –de modo que sus efectos tendrían que ser distribuidos entre ellos, de manera proporcional a su cuota de participación en el evento–; o (ii) que solo uno de esos antecedentes fue determinante en la producción del daño, caso en el cual quien lo produjo habrá de asumir la pérdida íntegramente.

Vale la pena añadir que supuestos como los antes mencionados suelen catalogarse como “culpa exclusiva de la víctima” o “compensación de culpas”,

según el caso, pero realmente no están vinculados con el fenómeno de la culpabilidad, sino con la atribución causal, como se explicó, a espasio, 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** (...)”⁶.

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**”⁷ (...). 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. (SC5176 de 2020).

Caso concreto:

En el *sub lite* se encuentra probado el acuerdo contractual entre la sociedad SETEMEC S.A.S. y el Banco de Bogotá, pues obra en el expediente *referencia bancaria* que da cuenta que la aludida persona jurídica está vinculada a tal entidad financiera mediante el producto cuenta corriente No. 025192394 cuya apertura se realizó el 4 de

⁶ «CSJ SC, 2 de mayo de 2007, rad. 1997-03001-01, citada el 16 de diciembre de 2010, rad. 1989-00042-01, entre otras» (referencia propia del texto citado).

⁷ «CSJ SC, 14 de diciembre de 2006. 1997-03001-01»(referencia propia del texto citado).

marzo de 2014, según informó el demandado a la Superintendencia Financiera, como se observa a folio 123 del pdf. 001; así mismo, la demandada al contestar la demanda afirmó que *es cierto que el demandante es titular de la cuenta corriente No. 025192394 abierta desde el 04/03/2014* y obra en el pdf.017 formulario de vinculación y acuse recibo de dispositivo tokens, usuario y contraseña.

De allí se deduce que la existencia del contrato fue aceptada por ambos extremos procesales; luego se encuentra probado el primer requisito de la responsabilidad.

En segundo lugar, se encuentra demostrado, que el 30 de julio de 2021, respecto de la cuenta bancaria en comento, se realizaron dos transferencias que según el demandante no fueron autorizadas por su titular así:

EMPRESA	USUARIO	FECHA	HORA	CUENTA	VALOR	EXITOSA
Setemec S.A.S.	90070553758	30-07-2021	12:07:30 p.m.	025-19239-4	\$45.506.780	Si
Setemec S.A.S.	90070553758	30-07-2021	12:57:42 p.m.	025-19239-4	\$39.992.000	Si

Se precisa además, que en el fallo de la primera instancia, se declaró civilmente responsable al Banco de Bogotá, respecto de la primera transacción de un 50% y respecto de la segunda en un 80%, y que el porcentaje restante debe asumirlo el demandante, por lo que le corresponde a este Despacho determinar si la demandada, es o no responsable en tal proporción, del daño alegado por la actora a razón de su culpa exclusiva frente al desfaldo en su cuenta corriente.

Zanjado ello, pasará analizarse si el banco demandado incurrió en un comportamiento culposo que tenga el alcance de menguar la responsabilidad del demandante respecto del daño padecido.

Sobre el particular lo primero que debe decirse, es que conforme ha precisado la jurisprudencia, en este tipo de asuntos, el usuario financiero, se encuentra en *una verdadera situación de desventaja probatoria frente a la entidad bancaria; de una parte, porque ignora la operación del sistema, y de la otra, porque va a tener que afrontar las exigencias del sistema procesal para desplegar la labor demostrativa, en el que esta clase de asuntos no tiene aun claramente definida la forma de apreciación de los documentos y experticias informáticas*⁸.

⁸ T.S.B. Sala Civil. M.P. Adriana Saavedra Lozada. Sentencia de 30 de noviembre de 2017.

Bajo este contexto, se destaca que pese a que el demandante afirma que el fraude tuvo ocurrencia por culpa de la Corporación demandante, que no implementó las medidas necesarias para verificar la identidad del usuario, efectuar las confirmaciones pertinentes, previa perfilación de los movimientos, proteger la reserva del token y las contraseñas, y omitir la celeridad en los procedimientos para evitar el desfalco, los medios probatorios documentales que aquél aportó, sólo acreditan lo siguiente:

Que el demandante el mismo día en que ocurrieron los hechos desafortunados, procedió a diligenciar de forma presencial el Formato Único de Reclamos, solicitando se reintegraran los valores antes mencionados lo más pronto posible, documento en el que precisó que las operaciones se realizaron por internet, que en su sentir se trató de un fraude y afirmó no haber autorizado el *uso de su clave y/o tarjeta a terceros* (pdf.001, fl.11).

Así mismo, que en la misma fecha, presentó petición en la que narró que en la fecha en cuestión realizó *un pago por transferencia de \$452.200 a un proveedor (...), más tarde traté de entrar a realizar el pago de la nómina de mis empleados y al ingresar el número del token me lo rechazaba, entonces pedí asesoría telefónica al Banco y me dijeron que tenía bloqueado el token que sería mejor bloquear el portal y la cuenta. Por lo cual procedimos a realizar el bloqueo con la asesoría del empleado del Banco, más tarde a los 15 minutos me llamaron de nuevo del banco para confirmar el bloqueo y la asesora verificó y me dijo que me habían hecho dos retiros (ib, fl. 17 y 19) y que presentó reclamación administrativa ante la misma entidad a las 20:30 p.m.* (pdf.001, fl.26 a 33).

De igual forma acreditó el demandante que los citados sucesos fueron puestos en conocimiento ante la Fiscalía General de la Nación (pdf.001, fl.19 a 22, 58 a 65, 75, 96) y ante la Superintendencia Financiera de Colombia (fl.56, 57, 105 a 106, *ib*), ente que concluyó, que independientemente de que se trate de un fraude, las transacciones cursaron normalmente y están soportadas contablemente en debido forma; delito que deberá ser investigado ante las autoridades competentes.

De igual forma, que las respuestas que obtuvo del Banco demandado fueron adversas a sus pretensiones (fl.66 a 74 y 97 a 104), oportunidad en la que se le aclaró:

- Las transacciones objetadas, que corresponden a pagos de impuestos DIAN, pagos de servicios públicos, realizadas desde la cuenta corriente del Banco de Bogotá aparecen amparadas con el usuario primario autorizado, la clave personal y la clave dinámica generada por el dispositivo Token, mecanismos asociados y autorizados al Portal Negocios ICBS de la sociedad.
- Con base en los registros electrónicos del Banco se pudo establecer que todas las operaciones censuradas fueron realizadas con el cumplimiento de todos los requisitos contractuales pactados a través del respectivo contrato o reglamento firmado para estos efectos, esto es, usuario primario, contraseña, la clave dinámica generada por el dispositivo Token y la validación de una imagen, y en consecuencia de la investigación efectuada no encontramos que el Banco haya incumplido con alguna de sus obligaciones o que los aplicativos hayan presentado fallas.
- De la investigación realizada se pudo establecer que las transacciones fueron efectuadas con usuario primario asignado al señor Noe Sierra.

Es decir, según le manifestó el Banco, *quien las ejecutó conocía plenamente el nombre del usuario, la clave personal requerida para ingresar al Portal y la digitación de la clave dinámica generada por el dispositivo token, entregado por el Banco al cliente y ordenar transacciones, y todos los datos sobre el estado de cada una de las cuentas involucradas ... como consecuencia de un descuido en su obligación de custodia o vulnerabilidad de sus procedimientos, controles, infidelidad o acceso a lugares o sitios fuera de su control alertados por el Banco como inconvenientes o inseguros.*

Tal postura fue reiterada en comunicación de 15 de octubre de 2021 (fl.107 a 114, pdf.001).

Hasta aquí, tal y como se citó en el extracto jurisprudencial antes relacionado, se observa que el actor acreditó las gestiones que realizó para denunciar y obtener el reintegro del dinero que le fue desfalcado, pero ninguno de ellos logra evidenciar el actuar culposo del Banco.

Obsérvese que la sociedad demandante es un consumidor financiero, quien además según se comprueba de sus extractos y anexos log portal, utiliza medios electrónicos con habitualidad, por lo que debido a los riesgos que se pueden presentar, debe tener especial manejo en sus transacciones. En ese sentido, se observa que la sociedad demandante el año 2021 utilizó dos IP fijas, a saber, la No.186.84.88.189 y la No. 186.84.88.202; incluso el navegador utilizado era el mismo, pero para la fecha en que sucedió el desfalcó se hizo uso de otro navegador; de ahí lo que se concluye es que la IP desde la que se hicieron las transacciones fraudulentas, según el historial, ya había sido usada para acceder a la banca, por lo cual la

entidad financiera no podía haberse percatado de la irregularidad denunciada.

Otra situación que también se destaca es que las transacciones electrónicas se efectuaron porque quien las hizo tenía los elementos de autenticación para así proceder, hecho que no es imputable al banco, en tanto su custodia le corresponde exclusivamente al cliente.

Sobre tal punto también se observa que en la solicitud de vinculación, que de forma presencial se estableció como monto máximo por pagos virtuales la suma \$5.000.000 (fl7, pdf.31). Llama especial atención, además, que para el día 2 de agosto de 2021, el soporte de personalización servicios cliente la cuenta No. 025192384 el monto máximo día de transacciones electrónicas – banca móvil e internet - era de \$15.000.000 y \$12.000.000 respectivamente (fl.18, pdf. 001), pero según lo que informó la Defensoría del Consumidor Financiero del Banco de Bogotá, éste cambió a la suma de \$100.000.000 (pdf.125), transacciones que fueron realizadas bajo el nombre de Noe Sierra, con su usuario, clave y token dinámico, luego al haber varias modificaciones sobre el monto ello tampoco podía generar alerta sobre la situación.

Pese a lo anterior, y aunque es cierto que la sociedad demandante mueve contantemente dinero, véase que los suyos son movimientos muy uniformes, que normalmente correspondían al pago de la planilla única, la dispersión de pagos a proveedores y de nómina, así como el pago de cheques por oficina, los cuales no superaban los \$15.000.000 y el monto histórico más alto correspondió a \$23.808.000; pero véase que dicho valor fue pagado mediante cheque. Luego, además del destino de la transacción fraudulenta, su valor debió ser motivo de alerta para que el banco procediera a confirmar las transacciones; véase que sus valores son considerablemente superiores a los hábitos de la sociedad demandante y sus destinatarios también resultan extraños a ellos; máxime cuando previo a se presentaron dos accesos denegados.

Tipo de Transacción	Fecha	Hora	IP	Cuenta Origen	Tipo de Impuesto	No. Formulario	Valor
Pagos - Servicios Públicos y Privados	30/07/2021	12:07:30 p. m	186.84.88.202	CC - 025192394	CARIBEMAR DE LA COSTA	682442019473	\$ 45.506.780
Pagos - Impuestos Dian	30/07/2021	12:57:42 p. m	186.84.88.202	CC - 025192394	Retencion Atitulo De Renta	4910485477677	\$ 39.992.000
						Total	\$ 85.498.780

De ahí se puede concluir que el banco sí incurrió en un comportamiento culposo que tiene el alcance de menguar la responsabilidad de la sociedad demandante respecto del daño patrimonial padecido; pues la falla en el alertamiento de los movimientos financieros fue determinante para que se consumara la defraudación, riesgo latente en el uso de canales bancario por internet.

Ahora del interrogatorio del demandante, se deduce que el representante legal de la sociedad es una persona de 66 años, dedicado a la reparación de maquinaria de obra de construcción; quien ratificó la existencia de la cuenta corriente en comento, la apertura del portal empresarial y corporativo y la entrega de un token, el que aseguró sólo estaba en su custodia; así mismo que él era el usuario primario del mismo, que la destinación de dicha cuenta era para que los clientes depositaran sus pagos, y pagar nómina y acreedores. Así mismo aceptó que realizó modificaciones a los topes máximos de las transacciones, pero no la que ascendía a \$100.000.000. Y se dio cuenta de que pasaba algo extraño el día del desfalco, cuando tratando de ingresar al portal aparecieron dos símbolos – puntos negros – adicionales y ahí hubo rechazo de la transacción, al esperar media hora nuevamente sucede lo mismo y procede a llamar al Banco, sin realizar ninguna investigación adicional sobre el particular, pero que el computador no lo volvió a utilizar (consecutivo 050).

Y nótese que la representante legal del banco demandado precisó que las modificaciones de los topes se podían hacer de manera virtual para el año 2021, sin que existiera ningún tipo de restricción para ello; que tuvo conocimiento de los hechos por la reclamación del cliente como quiera que las transacciones se realizaron de manera exitosa y que cursaron correctamente (*ibídem*).

Por su parte, el testigo Carlos Andres Ramírez Castellanos, Ingeniero de Sistemas y empleado de la entidad financiera convocada en el área de seguridad de Banco, informó que el bloqueo de la cuenta sólo se da cuando hay error en las contraseñas, que en el caso concreto se evidenció que se utilizó el IP habitual, con dos accesos denegados y uno efectivo. Y respecto de los sucesos ocurridos al representante legal el día de los hechos, esto es, la aparición de puntos negros no digitados, precisó que *se puede*

presumir una acción maliciosa en el equipo que está utilizando esa persona, situación que no puede ver el Banco (consecutivo 069).

Así las cosas, se evidencia que además de que dichas transacciones no hacían parte del perfil transaccional del cliente, la misma entidad bancaria aceptó haber dejado de reaccionar oportunamente a su ejecución, pese a que, huelga decir, quien cuenta con las herramientas informáticas para hacer el seguimiento de la utilización de los recursos y asume el riesgo de su custodia, es el banco, en este caso, el Banco de Bogotá.

4. Por lo tanto, verificado que la demandada, a juicio del despacho, sí tuvo responsabilidad, la sentencia impugnada será confirmada. Se impondrá condena en costas de la instancia a la parte apelante, con sujeción a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del C. G. del P.

III. DECISIÓN

En armonía con lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá D.C., RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2022, por la Superintendencia Financiera de Colombia Delegatura para Funciones Jurisdiccionales.

SEGUNDO. Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. Líquidense por la juez *a quo*, teniendo en cuenta como agencias en derecho de la alzada la suma de 1 s.m.m.l.v.

TERCERO. Remítase la actuación al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Jueza

Firmado Por:
Diana Carolina Ariza Tamayo

Juez
Juzgado De Circuito
Civil 022
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **008a2fc463a85da0b7d368a64ec1db5c8cef76bca8e494c14e18f464ebdcaa80**

Documento generado en 27/07/2023 09:58:31 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>