

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO CUARENTA Y UNO CIVIL DEL CIRCUITO
BOGOTA D.C. Doce de abril de dos mil veintiuno**

REF: EXPEDIENTE No 110010800008 2019 01830 01

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Se procede a dictar sentencia que dirimirá el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia, el día 17 de junio de 2020 que negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

LINK DIGITAL S.A.S, a través de apoderado, formuló demanda en contra de BANCO COOMEVA S.A “BANCOOMEVA”, a fin de obtener sentencia que acceda a las siguientes **PRETENSIONES:**

1. Se declare que BANCOOMEVA incumplió el contrato de apertura de cuenta de ahorros celebrado con LINK DIGITAL mediante el cual se le asigna a esta última la titularidad sobre la cuenta de ahorros número 520302111201, por no custodiar en debida forma los dineros que se le había confiado al Banco y por no aplicar la debida seguridad a la que están obligados los establecimientos bancarios en la custodia de los dineros depositados.
2. Que, dando aplicación a los artículos 42 y 43 de la ley 1480 de 2011, se declare la ineficacia de la cláusula 265 Capítulo II de los términos y condiciones de uso de la oficina virtual empresarial dispuestos por BANCOOMEVA y adheridos por LINK DIGITAL.
3. Que se condene a BANCOOMEVA a reintegrar a favor de LINK DIGITAL la suma de \$51'271.000, suma debidamente indexada desde el 29 de octubre de 2018, hasta la fecha de pago efectivo, por concepto de daño emergente ocasionado como consecuencia del incumplimiento contractual del Demandado.

4. Que se condene a BANCOOMEVA a reconocer a favor de LINK DIGITAL intereses moratorios a la tasa legal máxima permitida, sobre la suma de \$51'271.000 desde el 29 de octubre de 2018, hasta la fecha de pago efectivo como consecuencia del incumplimiento contractual del demandado.

5. Que se condene en costas a BANCOOMEVA.

HECHOS

Las pretensiones que se formulan se sustentan en los hechos que se compendian de la siguiente manera:

LINK DIGITAL hace parte de un conjunto de empresas dedicadas a prestar servicios de marketing, entre las cuales se encuentran TORO LOVE S.A.S. y COMPAÑÍA PIANO S.A.S., entre otras. Estas empresas comparten oficinas, internet y personal administrativo; LINK DIGITAL celebró un contrato de cuenta de ahorros con BANCOOMEVA. Quien asignó a LINK DIGITAL la cuenta de ahorros N° 50302111201; LINK DIGITAL se adhirió a los términos y condiciones de uso o "Reglamento Oficina Virtual Empresarial" del portal virtual propiedad del banco denominado "Banco Virtual", con el fin de manejar y administrar su producto a través de internet; de acuerdo con el extracto bancario de la citada cuenta de ahorros expedido por BANCOOMEVA, el 29 de octubre de 2018 se realizaron 17 transacciones por un valor total de \$51'271.000, transacciones no efectuadas directamente, ni autorizadas por los empleados que manejan los perfiles transaccionales de LINK DIGITAL. De hecho, los beneficiarios de las transacciones relacionadas no tienen ningún vínculo o relación comercial, laboral, o de cualquier otro tipo con la demandante; se pudo acreditar que se utilizó la IP (Propiedad de LINK DIGITAL), y el usuario asignado a LINA ZAMORA GODOY, ex empleada de la demandante, para hacer las transferencias, perfil que por tal razón no era usado por la empresa desde hacía más de seis meses; que las operaciones descritas no se adecúan al perfil transaccional acostumbrado de LINK DIGITAL, teniendo en cuenta que se efectuaron a través de un perfil que no era usado hacía más de seis meses, los horarios en que se desarrollaron y las cantidades retiradas que al analizarlas parecen tener un patrón definido; le sorprende que BANCOOMEVA no haya realizado el bloqueo preventivo de la cuenta; que las empresas TORO LOVE y PIANO también pudieron acreditar la existencia de movimientos no autorizados en sus cuentas de los bancos BANCOLOMBIA y COLPATRIA respectivamente ya que comparten oficinas, internet y personal administrativo con LINK DIGITAL; que las empresas iniciaron las averiguaciones internas dirigidas a determinar el grado de responsabilidad del personal administrativo encargado de manejar las cuentas bancarias de cada una; De igual forma, el 31 de octubre de 2018 se instauró ante

la Fiscalía General de la Nación denuncia penal por el delito de transferencia no consentida de activos valiéndose de manipulación informática o artificio semejante; se presentó ante las entidades bancarias, entre ellas BANCOOMEVA una solicitud de reintegro del dinero sustraído sin consentimiento de las empresas, y dirigido a cuentas destino que no correspondían a proveedores, o empleados de las empresas; que se pudo establecer una vez adelantadas las mencionadas averiguaciones, a través de videos de seguridad y testimonios, presuntamente los computadores estaban siendo controlados de manera remota; que Bancolombia respondió a la reclamación efectuada por PIANO favorablemente devolviendo los fondos sustraídos sin autorización, tras reconocer la existencia de un virus informático o malware (troyano bancario de manipulación remota); que el Banco Colpatria igualmente reintegró los dineros a TORO LOVE, con la reclamación y averiguación preliminar de la entidad; que BANCOOMEVA por su parte informó a LINK DIGITAL el 22 de enero de 2019 la negativa a la solicitud de reintegro, argumentando que la demandante era la responsable de lo ocurrido, por tratarse de la IP utilizada que se encuentra registrada a su nombre; que BANCOOMEVA no logró demostrar que las transacciones fueron efectuadas por la demandante ni que esa entidad bancaria hubiera actuado diligentemente como lo exige la ley en su obligación de garantizar la seguridad de las transacciones que autoriza; que por tanto, BANCOOMEVA incumplió el contrato de cuenta de ahorros suscrita con LINK DIGITAL al no adelantar actuaciones preventivas ante la ejecución de 17 transferencias realizadas el mismo día que básicamente dejaron sin fondos la cuenta, en un lapso corto de tiempo sin existir ninguna alerta ni verificar con el consumidor si efectivamente las transacciones eran realizadas por él.

TRAMITE

La demanda fue admitida por la Delegatura de Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia financiera el 25 de junio de 2019. Notificada la entidad demandada BANCO COOMEVA S.A. "BANCOOMEVA", a través de apoderado contestó en tiempo la demanda oponiéndose a las pretensiones. Propuso como medios de defensa las siguientes excepciones:

1. "Cumplimiento de las obligaciones derivadas del negocio jurídico" Pues el contrato de cuenta de ahorros suscrito con la empresa demandante se ajusta a lo acordado. Las condiciones de manejo de la oficina virtual nunca fueron desconocidas por LINK DIGITAL SAS y los protocolos de seguridad que debía observar para evitar transacciones fraudulentas de terceros.

2. "Ausencia de responsabilidad" Pues la prestación del servicio bancario se prestó conforme a lo esperado, luego no hay una responsabilidad civil derivada del

contrato de depósito en cuenta de ahorros. No se explicó el nexo causal entre el daño y el actuar del banco. El cliente debe adoptar simples reglas de seguridad para mantener a salvo sus contraseñas de acceso y demás elementos que permitan realizar transacciones bancarias por terceros.

3. “Culpa exclusiva de la víctima” Pues la información de reserva del cliente se utilizó sin atender las recomendaciones de controles de seguridad por parte del cliente, mientras que BANCOOMEVA por su actividad financiera, cumple con las disposiciones reglamentarias sobre seguridad de la información, por lo que no resulta razonable endilgarle responsabilidad alguna.

4. “Violación al deber objetivo de cuidado en la custodia de usuarios y contraseñas” Que la posición de la Superintendencia Financiera en este tipo de casos es el aplicar el “in dubio pro consumidor”, por lo que se parte de que las entidades financieras responden por los riesgos en el desarrollo de su actividad, salvo cuando se trate de una situación imputable al cliente. Es decir, los fraudes originados en robo, pérdida o extracción de la clave por negligencia del cliente u otras circunstancias similares son propias del cliente cuando estén bajo la esfera del dominio de este y no de la entidad financiera.

5. “Innominada”

Surtido el traslado de las excepciones, se convocó a las partes para la audiencia de que trata el artículo 372 del Código General del Proceso y ante el fracaso de la etapa de conciliación se practicaron las pruebas solicitadas y decretadas. Se concedió el uso de la palabra a ambas partes para alegar de conclusión.

Audiencia Art. 372 C.G.P.

-Interrogatorio parte actora: GIAMPAOLO DE MARTIS, Gerente de LINK DIGITAL S.A.S., Indicó que para octubre del año 2018 funcionaban 3 empresas en las mismas instalaciones, por lo que un solo grupo de personas realizaban la labor contable y de tesorería de las 3; había un protocolo para pagos con bancos; había 2 personas encargadas que manejaban las claves de acceso y los usuarios; además BANCOOMEVA enviaba una clave para hacer cada transacción; es decir un tercero no podía hacerlo, existían dos usuarios uno en poder de LINA ZAMORA el cual dejó de usarse durante un retiro temporal de ella; que nadie se quedó en custodia de ese usuario y clave; el único usuario que se estaba utilizando cuando se efectuó el fraude, lo utilizaba SANDRA JIMENEZ; una vez sucedido el fraude, llamaron al banco a cancelar la cuenta, eso fue como el 31 de octubre de 2018; se hacían un promedio de 7 transacciones mensuales, por valor de \$8.000.000;

que la cuenta de COOMEVA no era su cuenta principal, sino que la abrieron porque COOMEVA era uno de sus proveedores; que las citadas personas no eran funcionarias de las mencionadas empresas, sino que se les contrató para tal fin; desconoce si este hecho había sido avisado a BANCOOMEVA al momento de abrir la cuenta y recibir el reglamento de la oficina virtual empresarial; nunca hubo 3 personas al tiempo manejando la cuenta de BANCOOMEVA. Cuando se retiró Lina, la manejó Sandra; no sabe quién creó los usuarios y contraseñas; que el representante legal anterior ALEJANDRO BARRERA fue quien firmó el contrato y recibió las instrucciones de manejo; hicieron una investigación interna pero no arrojó ningún resultado en particular. Formularon denuncia penal ante la Fiscalía y ellos se llevaron los discos duros y está el proceso en investigación; que se llevaron como 5 discos duros; el hurto no solo se hizo de la cuenta de BANCOOMEVA sino también de COLPATRIA y de BANCOLOMBIA, pero fue a las otras empresas del grupo "TORO" y "LA ESTACIÓN" ; que las transacciones se hicieron en montos superiores de \$400.000.000; que ambos bancos reembolsaron el dinero y BANCOLOMBIA indicó que efectivamente se hizo desde la IP de la oficina, pero que el hurto había sido a causa de un virus troyano; que el modus operandi fue muy similar, pues se hicieron un gran número de transacciones atípicas, no usuales en ninguna de las compañías en un periodo tan corto de tiempo; que no se sabe nada de la investigación en La Fiscalía; el hurto sucedió un día antes del cierre de mes y no sabe a qué bancos ni a que personas se hicieron las transferencias no autorizadas; hay un video de las cámaras de la empresa que da cuenta que un computador sin ninguna persona, presenta movimientos en la pantalla; cree que era el de Jessica, pero no está seguro; que la señora LINA ZAMORA no tenía acceso remoto a los computadores; no se pidió anulación del usuario de ella a BANCOOMEVA por cuanto su retiro fue temporal; que al día siguiente del hurto se dieron cuenta del hurto; que hoy la empresa que representa tomó un rumbo a parte y funciona en otra dirección, por lo que tienen su propio back office.

-Interrogatorio de ADRIANA RIVAS, representante legal de BANCOOMEVA:

Señaló que para ingresar a la Oficina Virtual del banco, estaban autorizados dos usuarios: Uno era el de Jessica González y el otro de Lina Zamora, pero el uso de cada uno era independiente; que para ingresar cada una utiliza su usuario y clave confidencial de ese usuario; hay clave dinámica enviada por el banco para que se pueda hacer la transacción; que, para cada una de las 17 transacciones, tuvo que haberse emitido los respectivos números por parte del banco; las transacciones se encontraban dentro del perfil transaccional usual de LINK DIGITAL; que el número de autenticación para cada transacción lo da el banco únicamente a los usuarios registrados, a menos que el cliente de aviso de lo contrario previamente; que el destinatario del dinero debe inscribirse también; las 17 transacciones generaron

una alerta por parte del banco; que la sociedad demandante reclamó el 30 de octubre de 2018, es decir al día siguiente de las transacciones; que una vez recibido el reclamo, el banco inició una investigación y así fue como conoció el usuario que se usó para las transacciones; el banco no bloqueó la cuenta ante las transacciones realizadas en un término de dos horas, porque envió mensajes de alerta para autorización del titular sin recibir ninguna objeción; la negativa a la reclamación de la demandante tiene como fundamento que a la oficina virtual se accedió con el usuario y la clave autorizados para transar con LINK DIGITAL y desde su IP y las transacciones cursaron de manera normal, sin recibir el banco ninguna respuesta a los mensajes enviados por cada una de estas; que la única forma de acceder a la oficina virtual es con el usuario autorizado y la clave secreta; que lo sucedido con las 17 transacciones no le pareció al banco ajeno al perfil transaccional pues ya había hecho algo parecido en otra fecha con 3 transacciones seguidas, superiores a \$20.000.000.

LA SENTENCIA APELADA

Historiado el litigio y hallados presentes los presupuestos procesales que le permiten pronunciar sentencia de mérito, la Delegatura con Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, indicó que, revisado el clausulado del contrato de cuenta de ahorros que obra en el expediente, observó la existencia de una cláusula exorbitante en favor de la entidad bancaria, al señalar que el cliente podrá incurrir en responsabilidad civil o penal derivada del mal uso de usuarios y contraseñas, pero esto no implica una exoneración total de responsabilidad para la entidad bancaria, pues el banco está en la obligación de proporcionar mecanismos de seguridad; el que sea un contrato de adhesión es por sí abusivo, por lo que el banco entrega al consumidor unas pautas de uso de su producto financiero, y en tal sentido, el consumidor tiene una carga en el cuidado y uso de los mecanismos, como en este caso, siendo claro que la parte actora no cumplió su deber de informar el cambio del usuario: LINAZAMO; de igual manera la parte actora guardó silencio frente a los mensajes de alerta del banco a cada una de las 17 transacciones realizadas, conforme a lo convenido entre las partes (pag. 33 derivado 008), actuación que contraría lo dispuesto en el Estatuto del Consumidor y la jurisprudencia; que no es cierto que esa delegatura en decisiones anteriores hubiese siempre condenado a las entidades financieras demandadas por la realización de operaciones fraudulentas por mecanismos virtuales, pues en dichas decisiones se dieron circunstancias diferentes; que el banco puede exonerarse totalmente de responsabilidad siempre que pruebe que el daño se causó por causas imputables al consumidor; encontró demostrado que para cualquier transacción el banco cuenta con los mecanismos del establecimiento de un usuario informado al banco, una contraseña secreta y un código OTP (enviado

por mensaje de texto); entonces encontró acreditado que quien desarrolló las operaciones no reconocidas objeto del litigio, contó con acceso, bien al correo electrónico o bien a los mensajes de texto del teléfono móvil registrado en el banco, lo que era indispensable para efectuar cualquier transacción en la banca virtual, por lo que evidencia incumplida la obligación de custodia por la parte demandante respecto de sus elementos transaccionales, situación que se encuentra directamente relacionada con el hecho dañoso pues de haber evitado que un tercero tuviera acceso a los mecanismos transaccionales no se hubieran podido ejecutar las transacciones objeto de reclamo; igualmente se acreditó que todas las operaciones se efectuaron a través del usuario LINAZAMO y desde la IP registrada ante el banco por la sociedad demandante, usuario que se encontraba vigente el 29 de octubre de 2018, fecha de las citadas transacciones; que el equipo de cómputo fue objeto de análisis por parte del CTI de la Fiscalía General de La Nación (derivados 036 y 037); el informe de laboratorio es del 8 04 de 2019 en el que se concluyó: 1. Que se encontraron 14 amenazas entre las cuales se encuentra un programa no deseado llamado "escritorio remoto"; otros dos malware encontrado tipo amenaza de administración remota; es decir que un tercero pudo ejecutar operaciones de manera no presencial lo cual deja ver la culpa o negligencia de la parte demandante; adicionalmente el banco envió mensajes de texto de cada una de las operaciones del 29 de octubre de 2018, (derivados 008 y 032) no obstante, la parte actora no se percató de dichos mensajes a fin de advertir al banco para evitar dichas operaciones no autorizadas. Por ende, está probado que el incumplimiento contractual de la parte actora dio lugar o facilitó una modalidad de fraude informático por parte de un tercero. No obstante, lo anterior no implica que no deba revisarse si la entidad demandada dio o no cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 3° de la Ley 1328 de 2009 observando las entidades vigiladas, las medidas de seguridad y calidad en materia de servicios financieros conforme lo dispone la Circular externa 029 de 2014 adoptando los mecanismos para minimizar el riesgo en el normal desarrollo de las operaciones del consumidor o representen peligro para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, particularmente, el establecimiento de mecanismos para el bloqueo de canales cuando existan situaciones que lo ameriten como en el caso de intentos fallidos por parte de un cliente además de elaborar el perfil transaccional de cada uno de sus clientes, definiendo procedimientos para la confirmación oportuna de las transacciones efectuadas que no correspondan a sus hábitos; en este caso si hubo transacciones incluso por valores superiores a las reclamadas, es decir hasta en un monto de \$465.000.000 en un mismo día, mientras que la mayor transacción de 29 de octubre de 2018 fue por \$21.541.658, lo que significa que todas las operaciones anteriores eran superiores en monto; que las operaciones fraudulentas se encontraban dentro del perfil transaccional de la demandante y el banco demostró haber remitido mensajes de texto confirmatorios

de dichas transacciones; que la afirmación de la parte actora respecto de tener como hecho confeso el comportamiento extraño de uno de los computadores, según quedó registrado en video aportado, solo evidencia que estaba siendo manipulado de forma remota por un tercero, más esto no puede ser imputable a la entidad bancaria demandada sino a la negligencia de la propia demandante. evidenció entonces que las operaciones objeto de litigio se presentaron con los elementos transaccionales que se encontraban en custodia de la parte actora y con incumplimiento de sus obligaciones contractuales sin haberse acreditado incumplimiento contractual alguno por parte del banco demandado, por lo que declara probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, lo que condujo a denegar las pretensiones de la demanda. No condenó en costas a la parte vencida por no estar acreditadas. (Art. 365 C.G.P. Num 8°)

EL RECURSO INTERPUESTO:

La demandante LINK DIGITAL S.A.S. apeló la decisión de primer grado, argumentando indebida valoración probatoria, pues el daño se encuentra acreditado dado que, si bien la parte pasiva allegó comprobantes de inscripción de cuentas de destino de las operaciones fraudulentas, esto no demuestra que las misma hubieran sido oportunamente informadas a LINK DIGITAL a fin de evitar lo ocurrido; que el banco no cumplió con la carga procesal de acreditar su ausencia de responsabilidad conforme lo dispone el artículo 1398 del .C. de Co.; que la posición de la Superintendencia Financiera en este tipo de procesos es que en razón de la especialidad de la actividad comercial de los bancos, son estos quienes cuentan con los elementos y la capacidad para aportar todas las evidencias de su ausencia de responsabilidad en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales con sus usuarios, conforme lo dispone el art. 167 del C.G.P.; que quien alegue la mala fe deberá probarla (Art. 835 del c. de Co.); que “LINK DIGITAL sigue todos los protocolos de seguridad recomendados por el banco, que internamente la empresa maneja un protocolo adicional para reforzar tales recomendaciones según el cual una persona montaba los pagos, y otra lo autorizaba, por lo que era necesario la confluencia de dos personas para hacer una transacción, que la empresa inhabilitó internamente el perfil “LINAZAMO” y que para aumentar la seguridad LINK DIGITAL adoptó una dirección de IP fija. Situaciones, que no fueron desacreditadas por el banco en el proceso”; que BANCOOMEVA no aplicó las medidas de seguridad necesarias para prevenir las transferencias no autorizadas pues no adoptó todas las medidas de seguridad necesarias, esto es, protocolos de seguridad y la creación de un log transaccional, a pesar de haber enviado mensajes posteriores a las transacciones, cuando ya el dinero había salido del patrimonio de la sociedad demandante y esto no mitiga la responsabilidad en aplicar medidas de seguridad; que el banco no informó la

inscripción previa de cuentas como requisito previo a las transacciones como debió hacerlo y aportó al despacho un cuadro interno que contiene la referencia de las cuentas inscritas pero no acreditó haber informado esto a su cliente. Si lo hubiera hecho LINK DIGITAL hubiera alcanzado a alertar al banco pudiendo evitar el daño, pero en cambio solo pudo comunicarse con el banco cuando el daño ya estaba consumado; que hay ausencia de un perfil transaccional adecuado de LINK DIGITAL, siendo obligación de los bancos establecerlo como medida de seguridad en casos de transacciones anómalas. Así lo dispone la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera. Así, el retiro de \$51.271.000 a través de 17 transacciones durante 2 horas, que dejó una cuenta sin fondos que no se utilizaba hace aproximadamente 6 meses, se considera por el juzgador como normal por el simple hecho de haber efectuado en otra oportunidad transacciones por montos mayores. Esta interpretación no corresponde a un perfil transaccional y por tanto el banco no adoptó las medidas oportunas para evitar el daño o minimizarlo; que es inaceptable que BANCOOMEVA no hubiera hecho una inspección a la IP fija o al computador del cual se hicieron las transacciones y aun así el Juez decidió que por el hecho de haberse efectuado las transacciones desde el perfil autorizado por LINK DIGITAL ante el banco, es un hecho imputable al consumidor sin exigir una investigación juiciosa por parte del banco; que es así como operan los malwares que se usan para suplantar identidad, pues reproducen IP, usuarios y contraseñas para burlar la seguridad de los bancos, lo que no puede ser imputado a la demandante y que se acredita a través del examen pericial que efectuó la fiscalía del computador, que venía presentando movimientos extraños; que se ha acreditado la ausencia de culpa de LINK DIGITAL pues el no haber informado al banco el retiro de LINA ZAMORA, titular del usuario LINAZAMO no puede usarse en su contra. Además la empresa tomó medidas internas como inhabilitar dicho usuario y otras medidas de seguridad para garantizar el uso del portal virtual del banco; que la responsabilidad del banco sí está demostrada en el proceso al aportar contrato de adhesión de cuenta de ahorros y así lo declararon las partes en audiencia; que en suma está demostrado que se sustrajeron dineros de la sociedad demandante sin su autorización, debido al incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de BANCOOMEVA, por lo cual solicita se revoque la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES

Fluye de la demanda, que la acción encausada por LINK DIGITAL SA.S. contra BANCOOMEVA S.A., se orienta a obtener la indemnización de los perjuicios derivados de 17 transferencias electrónicas efectuadas el 29 de octubre de 2018 de manera irregular desde la cuenta de ahorros No 50302111201, asignada por el Banco a LINK DIGITAL, por un total de \$51'271.000.

La responsabilidad bancaria frente a sus cuentahabientes y ahorradores ha sido considerada por la jurisprudencia patria como de resultado, basada en que la actividad financiera es una actividad de riesgo, *“Precisamente, por ese riesgo social que su ejercicio lleva implícito, las entidades bancarias se hallan obligadas a observar reglas fundamentales de prudencia, control y adecuada organización, tendientes a obviar el surgimiento de daños para sí y su clientela. Cuando no proceden de tal forma, su responsabilidad se compromete, pero puede desvirtuarse o aminorarse, si se demuestra una causa extraña, tipificada en el caso fortuito o la fuerza mayor, el hecho de un tercero o de la víctima, cuando los mismos han determinado el resultado lesivo y tienen la connotación de imprevisibles e irresistibles”*¹.

Es por ello que la diligencia exigible a las instituciones financieras no es apenas la que se espera de un buen padre de familia, referida por tanto a los negocios propios, sino la que corresponde a un profesional que deriva provecho económico de un servicio que compromete el ahorro privado y en el que existe un interés público, pues como tradicionalmente se ha considerado, 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.

A voces del artículo 335 de nuestra Constitución Política, la actividad bancaria constituye un servicio público, esencial para el desarrollo económico, de interés general, dirigida a la captación de recursos provenientes del público, a su aprovechamiento e inversión y está supeditada a la autorización, intervención y vigilancia del Estado, en cuya labor, adquieren obligaciones debido al alto riesgo social que esa actividad conlleva, obligaciones, que, en suma, se concretan en la especial diligencia que deben observar en desarrollo de las actividades mercantiles constitutivas de su objeto social y, dentro de ellos, el ejercicio de controles y adopción de procedimientos dirigidos a la debida y completa identificación de sus clientes y de quienes utilizan el servicio público para realizar operaciones financieras, tendiente a impedir o minimizar los riesgos que su omisión puede provocar.

Empero, Cuando tales instituciones desatienden sus deberes de diligencia y cuidado, comprometen su responsabilidad, pues como lo tiene decantado la jurisprudencia, la exigencia de deberes especiales de diligencia al sistema financiero, tiene fundamento en que las instituciones bancarias son depositarias de la confianza pública e implica riesgo social, dada la intermediación financiera

¹ C.S.J., sentencia, 25 de abril de 2018, Rad. No. 08001-31-03-003-2006-00251-01

que realiza -de gran importancia para el desarrollo económico-, su desempeño impone una indiscutible profesionalidad, idoneidad y experiencia, riesgo social que lleva implícita la obligación de observar reglas fundamentales de prudencia, control y adecuada organización, tendientes a obviar el surgimiento de daños para sí y su clientela, pues como lo recordó la Sala en CSJ SC 16496-2016, «(...) *la responsabilidad del banco 'deriva del ejercicio y del beneficio que reporta de su especializada actividad financiera, como así lo tiene definido la jurisprudencia cuando asevera que una entidad crediticia es una empresa comercial que dado el movimiento masivo de operaciones, 'asume los riesgos inherentes a la organización y ejecución del servicio de caja' (...)*».

Respecto de la responsabilidad que tienen los bancos, como profesionales de la actividad financiera, la Corte, en sentencia SC18614-2016, concluyó:

«(...) el régimen de responsabilidad de los Bancos por la defraudación con el uso de instrumentos espurios para disponer de los fondos depositados en cuentas, se ha fundado en vertientes de la teoría del riesgo: En una primera época, la del 'riesgo creado' en virtud de la cual quien en desarrollo de una actividad genere un peligro o contingencia, debe indemnizar los perjuicios que de aquel deriven para terceros, con independencia de si ha actuado de manera diligente o culposa, o de si ha obtenido o un provecho; después se dio aplicación a la teoría del 'riesgo provecho' que carga con la obligación resarcitoria a quien ejerza la actividad que genera un riesgo o peligro y, además, saca de la misma una utilidad o percibe lucro, sin que importe que su conducta haya sido diligente o imprudente; por último, se acudió a la teoría del 'riesgo profesional' que es una derivación de la anterior, empleada también en otras áreas del derecho como, por ejemplo, en materia de accidentes y enfermedades laborales. En esta última, la obligación de asumir los riesgos inherentes al ejercicio de la actividad se basa en el profesionalismo que esta requiere.

(...)

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 cargos o cumplimiento de estándares de seguridad, 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 ellos quienes deban asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos.

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). De todo lo anterior deriva, necesariamente que en la materia impera un ‘modelo particular de responsabilidad profesional del banco» (CSJ SC-201, 15 Dic. 2006, Rad. 2002-00025-01).

Dicha responsabilidad se hace extensiva y se torna más rigurosa en transacciones electrónicas, dado que las entidades financieras como depositarias de la confianza de los usuarios, debe extremar medidas para prevenir y remediar el fraude electrónico, pues siendo un servicio ofrecido, regulado y manejado por las entidades bancarias, son ellas responsables de tal fraude, precisamente por ser un riesgo creado por la respectiva entidad, en el afán de establecer llamativas ofertas para la captación de clientes y recursos.

“De la exposición que precede, queda claro que en el caso de defraudación por transacciones electrónicas, dado que tal contingencia o riesgo es inherente a la actividad bancaria la cual es profesional, habitual y lucrativa, cuya realización requiere de altos estándares de diligencia, seguridad, control, confiabilidad y profesionalismo, que también tienen que ser atendidos en materia de seguridad de la información que sea transmitida por esa vía, siendo innegable e ineludible su obligación de garantizar la seguridad de las transacciones que autoriza por cualquiera de los medios ofrecidos al público y con independencia de si los dineros sustraídos provienen de cuentas de ahorro o de cuentas corrientes.

De ahí que atendiendo la naturaleza de la actividad y de los riesgos que involucra o genera su ejercicio y el funcionamiento de los servicios que ofrece; el interés público que en ella existe; el profesionalismo exigido a la entidad y el provecho que de sus operaciones obtiene, los riesgos de pérdida por transacciones electrónicas corren por su cuenta, y por lo tanto, deben asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos a través de reparar los perjuicios causados, y no los usuarios que han confiado en la seguridad que les ofrecen los establecimientos bancarios en la custodia de sus dineros, cuya obligación es apenas la de mantener en reserva sus claves de acceso al portal transaccional.

Desde luego que consumada la defraudación, el Banco para exonerarse de responsabilidad, debe probar que esta ocurrió por culpa del cuentahabiente o de sus dependientes, que con su actuar dieron lugar al retiro de dinero de la cuenta,

transferencias u otras operaciones que comprometieron sus recursos, pues amén de que es este quien tiene el control de mecanismo que le permiten hacer seguimiento informático a las operaciones a través de controles implantados en los software especializados con los que cuentan, la culpa incumbe demostrarla a quien la alegue (art. 835 C.Co.), pues se presume la buena fe «aún la exenta de culpa»².

Acorde con lo dicho, la culpa del cuentahabiente en la defraudación debe ser alegada y demostrada por el banco, sin que ni por asomo deba considerarse que corresponde al cliente demostrar la culpa de la entidad o su ausencia de culpa en la defraudación. No puede el operador judicial ligeramente invertir la carga de la prueba, ni admitir tímidas explicaciones del banco para exonerarlo de su obligación de vigilancia y cuidado en transacciones de tal linaje.

La existencia de las transferencias electrónicas génesis de esta controversia, no fue remitido a duda por la parte demandada, quien, por el contrario, admite su existencia, haberlas conocidas en su oportunidad, a tal punto que el representante legal del banco en el interrogatorio de parte que absolvió afirmó que las 17 transacciones generaron una alerta por parte del banco, sin haber recibido respuesta de la demandante.

A ello se suma que conforme que el equipo de cómputo fue objeto de análisis por parte del CTI de la Fiscalía General de La Nación (derivados 036 y 037), y se emitió informe de laboratorio calendado 8 04 de 2019 en el que se concluyó: 1. Que se encontraron 14 amenazas entre las cuales se encuentra un programa no deseado llamado “escritorio remoto”; otros dos malware encontrado tipo amenaza de administración remota, lo que deja en evidencia que las transacciones efectuadas acreditó que todas las operaciones se efectuaron a través del usuario LINAZAMO y desde la IP registrada ante el banco por la sociedad demandante, pero de manera remota.

De otra parte, el Defensor del Consumidor Financiero de BANCOOMEVA, en respuesta a la reclamación que formuló la sociedad demandante, de calenda 19 de febrero de 2019, señaló que:

“2. Las transacciones motivo de su reclamo, corresponden a unos operaciones efectuadas a través de la plataforma de la Oficina Virtual del Banco y de acuerdo al proceso de investigación y verificación realizado, se logró establecer que el ingreso o la Oficina Virtual se realizó con los esquemas y protocolos de seguridad establecidos por el Banco, todo vez que se efectuó con el usuario y contraseña

² C.S.J., sentencia, 19 de diciembre de 2016, Rad. No. 05001-31-03-001-2008-00312-01

registradas por la Directora Financiera y Administrativo de lo empresa la señora Lina Dahiam Zamora Godoy; datos que reposan bajo la absoluto confidencialidad y conocimiento del cliente titular y que son indispensables poro el éxito de operaciones transaccionales a través de este canal.

3. Asimismo, se identificó que el 29/10/2018 aparece la IP: 186. 155.225. 98 como lo UNICA usada para realizar las 17 transacciones reclamados como fraude. En esta transacción utilizaron el usuario "LINAZAMO" de la señora LINA DAHIAM ZAMORA GODOY c.c.1.030.543.006 asignada y autorizada para transar en la empresa LINK DIGITAL S.A.S.

4. En la Base única de "Clientes de Bancoomeva presentaba los datos" de la Señora LINA ZAMORA con el usuario "LINAZAMO", como el autorizado poro recibir comunicaciones. Esta persona fue presentada a Bancoomeva. como la Directora Financiera y Administrativa de la empresa. El celular a reportar fue el: 313-8533430 y el correo: contabilidad@grupolaestocion.com. La aplicación Monitor Plus envió a estas personas autorizadas los alertas y notificaciones de las transacciones reclamadas. 5. La trazabilidad histórica de transacciones de OVBE registró él envió de lo mensajería OTP y los mensajes de MONITOR@COOMEVA.COM.CO al correo: contabilidad@grupolaestacion.com. y al número celular 313- 8533430.

Es de aclarar que esto mensajería, no fue recibida en otro teléfono o correo, ya que, así fue la solicitud ante el banco por porte del representante legal de la empresa LINK DIGITAL S.A.S.”.

Las afirmaciones y conclusiones del citado informe no fueron controvertidas por ninguna de las partes, y tampoco existe prueba que las desvirtúe o ponga en tela de juicio, por lo que, para fines de este proceso, es procedente su valoración, de la que emerge que las transacciones motivo de reclamo se hizo desde la dirección IP inscrita ante el banco demandado, con el usuario y la clave también reportada en el banco. A ello se suma que los reportes de las transacciones y las alertas de ellas fueron remitidas al número celular y al correo electrónico reportados ante la entidad bancaria demandada.

Ahora bien; admitiendo hipotéticamente que la dirección IP registrada en el banco, fue operada en forma remota como lo señala el informe de la Fiscalía, no por ello puede decirse que el banco demandado faltó al deber de vigilancia y cuidado o que incumplió cargas o estándares de seguridad, diligencia, o de implementación de mecanismos de control y verificación de las transacciones e incluso de seguridad de la confiabilidad de la información, sino que, por el contrario, deja en evidencia la culpa de la demandada en la adopción de medidas para proteger sus equipos de cómputo y la información financiera, tales como números de cuentas,

nombre de usuarios, contraseñas y medios digitales de comunicación entre la empresa y el banco.

No existe prueba técnica, dictamen o informe alguno que acredite las circunstancias en que se dio el uso remoto de la dirección IP de la demandante, como que fue ajeno al personal de la empresa, a equipos de la demandante, y que, por lo mismo, fue vulnerada la seguridad de la empresa.

Se plantea por la demandante que la señora LINA DAHIAM ZAMORA GODOY, autorizada ante el banco demandado por LINK DIGITAL S.A.S., titular del usuario "LINAZAMO", se encontraba temporalmente ausente de la empresa, situación que, igualmente desdice de los protocolos de seguridad de la demandante en torno a su información financiera, particularmente si se tiene en cuenta que dicha señora funge como representante financiera de la demandante, quien reportó el celular número 313-8533430, a donde se hicieron las alertas transaccionales.

No aparece probado el tiempo durante el cual dicha empleada estuvo ausente de la empresa, la causa de ausencia, y lo más importante, que su separación transitoria implicaba no tener acceso a las transacciones a que estaba autorizada, que no tenía el celular en su poder o que tampoco tenía acceso al correo electrónico reportado ante el banco.

Admitiendo bajo hipótesis que al estar ausente de la empresa dicha señora, le estaba prohibido acceder a la gestión financiera de la sociedad demandante, resulta incontestable que LINK DIGITAL S.A.S., faltó al deber de cuidar o conservar su información financiera; de proteger su patrimonio y sus equipos informáticos, dado que no informó al banco tal ausencia, ni mucho menos canceló temporal o definitivamente el usuario "LINAZAMO", sus claves, ni el celular al que se hacían los reportes de transacciones y alertas de dicho usuario.

El uso remoto de los equipos de la demandante, por sí solo no puede concebirse como causa de la responsabilidad del banco demandado, dado que, tampoco se encuentra idóneamente demostrado que la manipulación de equipos bajo tal modalidad (remoto), podía o debía ser detectado por la demandada, como mediana inteligencia o cuidado. Por el contrario, acudiendo la literatura electrónica vigente, se establece la existencia de procedimientos y programas para evitar tal manipulación.

Pero al margen de ello, lo cierto es que no existe fundamento para considerar que la parte demandada es responsable del ilícito que se le atribuye, por cuanto no aparece demostrado hecho o conducta alguna que acredite la falta a sus deberes

en la actividad financiera que ejerce, pues las transacciones génesis de esta acci3n, fueron generadas desde la IP reportada al banco, con usuarios y claves previamente informadas al banco, y el banco dio aviso de ellas al celular y correo electr3nico igualmente reportados a la entidad, sin que la demandante diera aviso oportuno a la entidad bancaria del presunto uso remoto de sus equipos, o del robo o acceso indebido a la informaci3n financiera de la empresa, y solo, un día después de tales hecho, se dio aviso al banco de las presuntas anomalías en las 17 transacciones realizadas.

En consecuencia, es claro que no existi3 en la sentencia apelada, la indebida valoraci3n probatoria que pregonaba la demandante, dado que el acervo probatorio recopilado, se orienta a demostrar la falta de diligencia y cuidado de la sociedad demandante, en la protecci3n de su informaci3n financiera y de los equipos de c3mputo de donde despliega tal actividad, todo lo cual impide el éxito de las pretensiones de la demanda, y como la sentencia apelada comporta esa decisi3n, debe ser confirmada condenando a la apelante en costas de segunda instancia.

DECISI3N

Acorde con lo esbozado, el JUZGADO CUARENTA Y UNO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: Confirmar la sentencia apelada, esto es, la proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia, el día 17 de junio de 2020, neg3 las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas, de la segunda instancia, a la parte demandante. Liquidense con base en la suma de \$1.000.000, como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE



JANETH JAZMINA BRITTO RIVERO

JUEZ

M.A.E.