

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



JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., nueve (9) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

EXPEDIENTE No. 110013199-003-**2020-04070-01**

En atención a la solicitud de aclaración impetrada por el extremo actor, respecto del auto datado 18 de abril de 2022, mediante el cual se admitieron los recursos de apelación planteados contra la sentencia que finiquitó la primera instancia y se requirió a las partes para su correspondiente sustentación, se negará lo requerido.

Para el efecto, el libelista deberá tener en cuenta que, más allá de la errada radicación del proceso, en lo que refiere a la incorrecta indicación de la parte demandada en la página de consulta de procesos de la Rama Judicial y en el sistema Siglo XXI, en el estado virtual publicado en su momento sí se hace una correcta alusión del número del proceso aquí abordado, el cual permaneció sin cambio alguno respecto de la primera instancia, al escalar a la segunda en virtud de las alzadas propuestas.

Teniendo en cuenta lo anterior, el apoderado judicial deberá considerar lo versado en el artículo 78 del Código General del Proceso, así como en el numeral décimo del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, en lo que atañe a los deberes de las partes, así como de sus representantes judiciales, entre los que se puede enumerar el hacer un seguimiento continuo a los procesos en los que actúan, y más estimando su rol de apoderado respecto de la demandante, sin que pueda constituirse como óbice para ello un error netamente formal respecto de la referencia errada del extremo pasivo.

En adición, es necesario resaltar que este estrado, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 295 del estatuto procesal civil, así como de lo establecido en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, notificó la admisión de las alzadas interpuestas, así como la obligación de las partes de su sustentación, correctamente, fijando el estado virtual referido en el micrositio dispuesto para este despacho en la página de la Rama Judicial. Con base en ello, carecen de asidero los reparos elevados por el libelista, referentes a la presunta falta de garantía de sus derechos a la publicidad y al debido proceso, toda vez que, contrario a lo que refuta, sí se notificó en debida forma el proveído que busca aclarar.

Ahora bien, no sobra precisar que la providencia sobre la que se pretende la aclaración perseguida, al notificarse mediante estado del 19 de abril de 2022, quedó ejecutoriada el día 22 de ese mes, por lo que la solicitud de aclaración interpuesta superó con creces dicho término, derivando de esa forma en que sea extemporánea.

A partir de lo anterior, y de conformidad con lo expuesto anteriormente, así como lo señalado en el informe secretarial que antecede, el cual hace mención de la ausencia de

sustentación de la alzada tramitada, esta por parte del extremo actor, y partiendo de las acotaciones realizadas al respecto en el auto calendado 18 de abril de 2022, con base en las precisiones contempladas en el tercer inciso del artículo 14 del Decreto 806 de 2020, ahora artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, se declara desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte actora dentro del proceso del epígrafe.

Por secretaría, déjense las constancias a las que haya lugar.

Las partes, estense a lo dispuesto en providencia de la misma fecha, mediante la cual se desata la alzada propuesta por la parte demandada.

NOTIFÍQUESE,



SERGIO IVÁN MESA MACÍAS
JUEZ

Firma autógrafa mecánica escaneada
Providencia notificada por estado No. 16 del 10-feb-2023

(2)



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá D.C., nueve (9) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

EXPEDIENTE No. 110013199003-2020-04070-01

ASUNTO A RESOLVER

Encontrándose que dentro del presente asunto, remitido a este estrado en virtud de los recursos de apelación presentados, tanto por la parte actora (que se ha declarado desierto), como por la demandada, en contra de la sentencia proferida en primera instancia por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, se surtió, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, la etapa de sustentación de los reparos contra la providencia por los recurrentes, así como su correspondiente traslado, aunado a esto que no existen pruebas adicionales que practicar en este estadio procesal, procede el despacho a emitir sentencia de segunda instancia desatando la alzada propuesta, previo los siguientes,

ANTECEDENTES:

GLORIA NANCY OROZCO LOAIZA, actuando a través de apoderado judicial, formuló demanda verbal, en la modalidad de acción de protección al consumidor, contemplada en el artículo 56 de la Ley 1480 de 2011, en contra del BANCO DAVIVIENDA S.A., en búsqueda de que se ordenara a dicha entidad financiera el reintegro de \$66.980.000, que le fueron extraídos de su cuenta de ahorros número 302608518, de manera fraudulenta, ello el 11 de mayo de 2020.

Las pretensiones tuvieron como sustrato los siguientes hechos: Refirió que es titular de la cuenta de ahorros referida y que actualmente reside en Valencia, España, por lo que autorizó para el manejo del mentado producto financiero a su hermana. Indicó entonces que los retiros mensuales realizados del depósito no superaban el millón de pesos. De esa forma, relató que el 11 de mayo de 2020, su hermana, al disponerse a retirar dinero de un cajero automático, tuvo problemas con tal procedimiento, por lo que un tercero desconocido ofreció prestarle ayuda, así como también una empleada de la entidad financiera encartada. Indicó entonces que el 20 de mayo notó que la tarjeta débito que poseía era diferente a la que inicialmente portaba, por lo que acudió ante el banco accionado, encontrando que el depósito había sido vaciado en su totalidad. Con base en ello, la entidad financiera indicó que el hecho delictivo tuvo como origen el descuido de la tarjetahabiente. No obstante, alegó que la institución bancaria debió realizar alertas a los medios electrónicos de la cuentahabiente, así como bloquear su producto financiero ante la actividad sospechosa, por lo que reclamó el reintegro del monto ya aludido.

Radicado el libelo ante la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, esta lo admitió mediante auto fechado 4 de



diciembre de 2020, proveído en el que se ordenó notificar al demandado para que, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, hiciera uso de su derecho de contradicción. De esa manera, el BANCO DAVIVIENDA S.A. respondió la acción impetrada, indicando que la demandante, al mediar un contrato de cuenta de ahorros entre las partes, incumplió con las obligaciones allí contempladas, al ceder el uso de la tarjeta débito originada a partir de la constitución del depósito a su nombre, a su hermana, y al develar la clave de la misma a un tercero. Adicionó entonces que tal incumplimiento se aunó a la falta de la debida diligencia, así como a la inobservancia del deber de custodia y seguridad que debía procurarse respecto del producto financiero, derivando en que las consecuencias denotadas en el libelo se generaran por culpa exclusiva de quien las reclama. Indicó además la imposibilidad de notificar los movimientos bancarios originados en la cuenta de ahorros a su titular, debido a la falta de aporte de datos personales por parte de esta última para el efecto, lo cual, a su juicio, evidencia la falta de debida diligencia y mínimo cuidado requeridos para el manejo de productos de tal índole. Por lo anterior, se opuso contra la totalidad de las pretensiones elevadas en el libelo, arguyendo que no se constituyen los supuestos relacionados con la responsabilidad civil contractual que se alega en el libelo, así como que el daño evidenciado lo procuró la afectada al no acatar las obligaciones legales que le asistían.

En consecuencia, planteó la excepción de mérito denominada como “inexistencia de responsabilidad civil contractual”, sustentada en el presunto incumplimiento de las obligaciones asumidas por la cuentahabiente.

Refirió entonces que, respecto a sus deberes, ha procurado informar lo necesario respecto a la seguridad frente a productos financieros a través de sus canales de atención, así como mediante otras formas de difusión, en lo que respecta a la ayuda por parte de terceros. Agregó a la par, que era deber de la titular del producto financiero mantener actualizados sus datos personales en aras de que el banco reportara las actividades y movimientos de este último, sin que se acatara, incumpliendo además con el mínimo de cuidado, sin que avisara, en su momento, los movimientos sospechosos en su cuenta.

Durante el decurso procedimental, el 8 de octubre y el 17 de noviembre de 2021 se surtieron las audiencias de que tratan los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso, siendo esta última en la cual se profirió la sentencia rebatida, en la que se declaró parcialmente fundada la excepción de mérito propuesta por el banco encartado, y se condenó a este último al pago de \$20.094.000 en favor de la accionante.

Con base en lo antedicho, ambas partes recurrieron la providencia. No obstante, y teniendo en cuenta lo dispuesto en auto de la misma fecha, se declaró desierta la alzada propuesta por la parte actora debido a su falta de sustentación.

Por otro lado, el extremo pasivo sustentó su impugnación ratificando lo esgrimido en la contestación de la demanda, así como objetó, de igual forma, los argumentos del *a quo*, referidos a la falta de habitualidad frente a un producto financiero. Igualmente, rebatió que la parte actora no demostró en ningún momento el incumplimiento de las obligaciones a cargo de esa entidad.



CONSIDERACIONES:

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídico procesal, como son la competencia del juez, demanda en forma, capacidad para ser parte y comparecer al proceso, concurren en este asunto. Aunado a lo anterior, no se observa causal de nulidad que invalide lo hasta ahora actuado.

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

“ARTÍCULO 56. ACCIONES JURISDICCIONALES. Sin perjuicio de otras formas de protección, las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor son: (...)”

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

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

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

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

“ARTÍCULO 33. COMPETENCIA FUNCIONAL DE LOS JUECES CIVILES DEL CIRCUITO. Los jueces civiles del circuito conocerán en segunda instancia: (...)”



JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO

2. De los procesos atribuidos en primera a las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, cuando el juez desplazado en su competencia sea el juez civil municipal. En estos casos, conocerá el juez civil del circuito de la sede principal de la autoridad administrativa o de la sede regional correspondiente al lugar en donde se adoptó la decisión, según fuere el caso. (...).

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

Inicialmente, es necesario tener presente que entre las partes que aquí concurren, la señora GLORIA NANCY OROZCO LOAIZA y el BANCO DAVIVIENDA S.A., se suscribió un contrato bancario de depósito de ahorros, el cual ha sido caracterizado por la Corte Suprema de Justicia así:

“El contrato de depósito en cuenta de ahorros es una modalidad de los contratos bancarios, de cuya regulación se ocupa el Código de Comercio en sus artículos 1396 a 1398, y por virtud de él, el titular de la cuenta adquiere el derecho a depositar y retirar sumas de dinero durante su vigencia, así como a recibir una remuneración por los valores consignados.

El depositario, que es un establecimiento bancario, recibe en propiedad las sumas depositadas, y fundamentalmente se obliga a reembolsarlas al depositante o a su representante, a quien debe reconocer la remuneración o interés estipulado, siendo responsable, en todo caso, de su restitución.

Los depósitos recibidos en cuenta de ahorros, dice el artículo 1396, estarán representados en un documento idóneo para reflejar el movimiento de la cuenta, y los registros que en él efectúe el banco, constituyen plena prueba de su manejo.

Doctrinariamente se le considera una especie de depósito, el irregular, porque a diferencia de lo que ocurre en el depósito propiamente dicho, o regular, en el que depositario recibe una cosa mueble, con cargo de conservarla y restituirla al depositante, cuando así lo requiera, es decir, asume una obligación de especie o cuerpo cierto, en ésta clase de depósitos el depositario recibe en propiedad los bienes que constituyen su objeto -depósito de dinero-, de los cuales puede disponer consecuentemente, comprometiéndose a devolverle al depositante una cantidad equivalente, a ruego suyo, o en una fecha determinada o determinable”¹.

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

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

“(...) i- actualizar, por lo menos una vez al año, la información por él suministrada en el formulario de vinculación o a través de cualquier otro documento o medio; ii- suministrar, cuando lo requiera Davivienda, los documentos e información que soporten, justifiquen y/o expliquen sus transacciones y iii- cumplir, diligentemente, con las obligaciones que le corresponden en virtud de este contrato, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la normatividad aplicable”.

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



JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO

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

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

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

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

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

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

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

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

“(...) suministrar la información clara, comprensible, veraz y oportuna de la cuenta de ahorros a través de los canales como Oficinas, página Web y Call Center, (...) guardar la reserva de la información suministrada por el Ahorrador que tenga el carácter de reservada, de acuerdo con la normatividad vigente, sin perjuicio de poder suministrarla ante el requerimiento de autoridad competente, (...) dar respuesta oportuna a las solicitudes, quejas y reclamos formulados por sus Ahorradores, de acuerdo con el procedimiento y términos establecidos por la ley, (...) cumplir las demás obligaciones que se encuentren dentro de este contrato y las que estén contempladas en la Ley 1328 de 2009”.

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



JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Ha sido pródiga la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que la profesión bancaria envuelve una actividad riesgosa, motivo por el cual a quienes la ejercen se les exige la diligencia y cuidado necesarios para este tipo de actividades, lo que genera una presunción de culpa en su contra, diciendo al respecto esta Corte que:

«Hay una presunción de culpa –dice la Corte- en quien no las satisface (las obligaciones) en el modo y tiempo debidos, porque el incumplimiento es un hecho o una omisión que afecta el derecho ajeno. El deudor puede destruir esa presunción probando que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor, o caso fortuito que sobrevino sin culpa... Pero la culpa proviene de no obrar con la diligencia o cuidado que la ley gradúa según la naturaleza del contrato (arts. 63 y 1604), resulta que el deudor, para exonerarse de responsabilidad no le basta probar el caso fortuito, sino también que



JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO

empleó la diligencia, o cuidado debido para hacer posible la ejecución de su obligación” (Cas. 7 junio de 1951, LXIX. 688» (CSJ SC de 7 de abril de 1967)

En relación a esa presunción de culpa en el caso particular de las entidades bancarias apuntó lo siguiente:

«...deriva del ejercicio y del beneficio que reporta de su especializada actividad financiera, como así lo tiene definido la jurisprudencia cuando asevera que una entidad crediticia es una empresa comercial que dado el movimiento masivo de operaciones, ‘asume los riesgos inherentes a la organización y ejecución del servicio de caja’” (Cas. Civil 24 de octubre de 1994)» (CSJ SC976-2004 del 3 de agosto de 2004, rad. 7447)”².

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

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

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

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

“Empero, de manera correlativa ha señalado que esa responsabilidad que se predica de las entidades bancarias no puede establecerse con un carácter objetivo, siendo necesario examinar, en cada caso, tanto la conducta de la entidad bancaria como la del girador, para evaluar la eventual concurrencia de causas, sean anteriores, coincidentes, concomitantes, recíprocas o posteriores, pues con ocasión de una eventual concausalidad en la ocurrencia del daño podría llegar a disminuirse la indemnización, o incluso exonerar a la entidad de toda responsabilidad; escrutinio que habrá de realizarse no a partir de la mera confrontación de conductas sino evaluando la causa

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

³ Ob. Cit. Exp. 2002-00025-02.



JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO

jurídica del daño para definir en qué medida una u otra fue la determinante en la ocurrencia del hecho dañoso.

En efecto, esta Corporación en relación con la coparticipación en la ocurrencia del daño ha anotado lo siguiente:

«“(…) para que opere la compensación de culpas de que trata el artículo 2357 del Código civil no basta que la víctima se coloque en posibilidad de concurrir con su actividad a la producción del perjuicio cuyo resarcimiento se persigue, sino que se demuestre que la víctima efectivamente contribuyó con su comportamiento a la producción del daño”, pues el criterio jurisprudencial en torno a dicho fenómeno es que para deducir responsabilidad en tales supuestos “la jurisprudencia no ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, sino la actividad que, entre los concurrentes ha desempeñado un papel preponderante y trascendente en la realización del perjuicio. De lo cual resulta que si, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido si no hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpa, que para los efectos de la gradación cuantitativa de la indemnización consagra el artículo 2357 del Código Civil. En la hipótesis indicada solo es responsable, por tanto, la parte que, en últimas, tuvo oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo” (CLII, 109 –Cas. 17 de abril de 1991)» (CSJ SC de 6 de may. de 1998, exp. 4972).

En tiempos más recientes en relación con dicha temática precisó:

«...esta Corte –al igual que la mayor parte de la doctrina contemporánea– ha sostenido desde hace varios años que la reducción de la indemnización prevista en el artículo 2357 del Código Civil se valora en términos de “coparticipación causal”, es decir que se determina con base en criterios de imputación del hecho y no de “compensación de culpas” como ocurría en el pasado. (CSJ, SC del 16 de diciembre de 2010. Exp.: 11001-3103-008-1989-00042-01)» (CSJ SC13925-2016 de 30 de sept. de 2015, Rad. 2005-00174-01)”.

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

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

Vale la pena añadir que supuestos como los antes mencionados suelen catalogarse como “culpa exclusiva de la víctima” o “compensación de culpas”, según el caso, pero realmente no están vinculados con el fenómeno de la culpabilidad, sino con la atribución causal, como se explicó, a espacio, en el fallo CSJ SC2107-2018, 12 jun.:

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



Así, al proceder el análisis sobre la causa del daño, el juzgador debe establecer “mediante un cuidadoso estudio de las pruebas, **la incidencia del comportamiento desplegado por cada [parte] alrededor de los hechos que constituyan causa de la reclamación pecuniaria**” (...). Sobre el asunto, afirmó esta Corte: “(...) [E]n tratándose de la concurrencia de causas que se produce cuando en el origen del perjuicio confluyen el hecho ilícito del ofensor y el obrar reprochable de la víctima, deviene fundamental **establecer con exactitud la inferencia 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 may⁴.

4. Es de resaltar, como se evidencia de los pronunciamientos anteriores, que la concurrencia de culpas, pese a estar tratada en el artículo 2357 del Código Civil que regula la responsabilidad civil extracontractual, tiene plena aplicación en la responsabilidad contractual, pues se trata de un elemento axiológico común y transversal de la responsabilidad civil, cual es el de la culpa (que en la responsabilidad contractual se traduce en la transgresión de una obligación derivada del convenio, por disposición legal o de las propias partes), el cual converge en el concepto de causalidad eficiente en la producción del daño.

En ese orden de ideas, tomando como base los preceptos jurisprudenciales y normativos atrás evocados, este estrado anuncia de antemano que el fallo rebatido deberá ser confirmado, esto conforme se explicará a continuación.

In limine, resulta imperioso destacar que, para el caso en estudio, ambos contratantes incurrieron en un incumplimiento indiscutible de las obligaciones originadas a partir de la suscripción del contrato de cuenta de ahorros, sobre el que se basa la acción.

Primeramente, al estudiar las obligaciones impuestas a la demandante, como titular de la cuenta de ahorros número 302608518, se halló que estas no fueron observadas como se debía. Basta nada más con evidenciar que, en un primer momento, cedió el uso del medio transaccional de la cuenta de ahorros bajo su titularidad a su hermana, sin que existiera documento legal alguno o constancia de su existencia que denotara su decisión y que legitimara a su familiar para ello.

Cabe destacar entonces que, aun cuando la interpretación dada por la accionante y por la testigo frente a dicho acontecimiento está direccionada a que el poder presuntamente otorgado a esta última versaría sobre el uso indiscriminado y a voluntad del instrumento

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



financiero, no existe certeza de ello, ni de la comunicación de lo referido al banco, hecho que precisamente fuera desvirtuado por la mentada entidad financiera a través del certificado emitido por uno de sus representantes legales.

A lo anterior habrá de agregarse la disposición de hecho respecto de la tarjeta débito y del depósito en sí, por parte de la testigo, como pariente de la accionante, que va en contravía de las obligaciones adquiridas por esta última, al signar el contrato financiero aquí debatido, referente a que el depósito era personal e intransferible por parte de su titular, ello sin realizar los trámites necesarios para tales efectos.

Por otro lado, es menester enfatizar en que, no solo las obligaciones anotadas atrás, sino otras referentes al deber de cuidado y debida diligencia no fueron acatadas por el extremo actor. Considérese, frente a ello que, el hecho de recibir y permitir ayuda de terceros para la realización de transacciones financieras se encuentra claramente advertido en el entorno económico y social del ordenamiento nacional, esto debido a su impacto negativo respecto de la seguridad de los usuarios del sistema financiero y a sus consecuencias.

Debe anotarse que, aun cuando la testigo, como tenedora de la tarjeta débito que le fuera cambiada, precisó que no develó la clave numérica para la realización de transacciones con ese medio de pago y que, por lo contrario, estuvo siempre al tanto de los sucesos que derivaron en el hurto de los dineros contenidos en la cuenta de ahorros, tales circunstancias fueron desvirtuadas a través de los medios probatorios recolectados a través del trámite de marras.

En ese sentido, entiéndase que el hecho, demostrado con el *log* transaccional, de que no existieron intentos fallidos por acceder al producto financiero, al usar claves erróneas para ello, demuestra que, aun cuando no fuera voluntad de la testigo el revelar el NIP, finalmente sí lo hizo. Así las cosas, con independencia de las circunstancias en las que ello tuvo lugar, resulta indudable que no existió una debida diligencia ni se tomó en cuenta el deber de cuidado idóneo para salvaguardar, tanto el instrumento financiero que terminó siendo sustraído de la familiar de la demandante, ni los medios de identificación y autenticación relacionados con este, lo que derivó en el impase aquí denunciado y que es objeto de discusión.

Finalmente, y no menos importante, se encuentra que la omisión de la obligación que le asistía a la demandante de realizar una actualización periódica de sus datos personales también se configuró como una causa de lo denunciado en el libelo. Compréndase que, además de erigirse ello como un deber contractual, según el clausulado del consenso suscrito entre las partes, tal situación adquiere gran importancia dentro del asunto debatido, ya que esta también puede catalogarse como el acatamiento de una debida diligencia y de un deber de cuidado.

Esto bajo el entendido de que, al proveer los datos personales requeridos, la accionante permite una comunicación fluida entre ella y la entidad financiera a quien confió sus dineros, deviniendo en que el monitoreo de sus negocios con esta última y el giro normal de los mismos pueda realizarse. Ahora bien, ante la ausencia de tal información, el citado



monitoreo o las alertas que se emitiesen al depositante por parte del banco, resulta indudablemente imposible, por lo cual no podrían atribuirse las fallas de comunicación a quien no dispone de la información o de los medios para realizarlo. Esto, sin detrimento de las demás maniobras o instrumentos que posea la entidad financiera para evitar el perjuicio.

No obstante de lo antedicho, y máxime la inobservancia de las obligaciones a cargo del extremo actor pudiera dar a entender que la responsabilidad civil aquí discutida debe negarse por culpa exclusiva de la víctima, es necesario puntualizar que la entidad financiera convocada también incurrió en el incumplimiento de sus deberes, tal y como se expondrá en el siguiente apartado.

5. De entrada, resulta necesario recordar las obligaciones a cargo del BANCO DAVIVIENDA S.A., respecto del depósito de ahorro bajo titularidad de la demandante, esto evocando lo descrito en el apartado número 2 de las presentes consideraciones.

En ese orden de ideas, entiéndase que el banco, a partir de sus deberes contractuales y de los que por ministerio de la ley le fueron impuestos, dio cumplimiento casi que cabal a estos. Para el efecto, considérese que, conforme lo demostrado, la entidad financiera, al ver las actividades referidas a los retiros considerados como fraudulentos, intentó elevar las alertas correspondientes a la cuentahabiente, las cuales resultaron infructuosas.

Sin embargo, es necesario resaltar que, aunque el banco arguye que los procedimientos dirigidos a verificar la identidad de la tarjetahabiente frente a los retiros reseñados fueron realizados de manera íntegra, con relación a la utilización de la clave para el uso de la tarjeta débito que fue objeto de sustracción y cambio, lo cierto es que, a partir de las pruebas recabadas se halló que no se abordaron todos los mecanismos estipulados en la normatividad para ello.

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

En ese sentido, adquiere gran relevancia lo discutido por la parte actora respecto de este último, ya que, según sus alegaciones, el banco encartado debió conocer con detalle los movimientos habituales que la cuentahabiente, a través de su hermana, realizaba, y que, con base en ello y avizorando la actividad inusual frente al producto financiero bajo su titularidad, debió bloquear este último con el objetivo de frenar el claro detrimento del cual estaba siendo objeto.

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



“Conforme a lo establecido en el capítulo décimo segundo de la Circular Externa de la Superintendencia Financiera del año 2012, relativo a los “Requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones”, las entidades tienen el deber de “Elaborar el perfil de las costumbres transaccionales de cada uno de sus clientes y definir procedimientos para la confirmación oportuna de las operaciones monetarias que no correspondan a sus hábitos” (num. 3.1.13.).

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

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

“(…) no es una noción puramente formal, una especie de conocimiento que no requiere ningún tipo de investigación –apriorístico- sino que es el resultado del análisis de experiencias a cuya reiteración en el tiempo el ordenamiento quiso darle efectos propios. Así, en línea de principio, el titular de un producto bancario no asume pérdidas por las operaciones que no ha realizado, incluso cuando culposamente ha facilitado que terceros las realicen, cuando las mismas se separen de sus costumbres transaccionales.

Podría decirse, con recurso a la figura, que el perfil transaccional es a las operaciones bancarias lo que la huella dactilar es a cada individuo; es aquel aspecto cuya singularidad permite establecer –por encima de la apariencia que se produce en los eventos en los que terceros superan o se hacen a los mecanismos tradicionales de autenticación (firma, clave personal, token etc.)- la identidad de quien realiza una operación que prima facie podría imputarse al cliente”⁶. (Subrayas por este estrado).

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

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

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

⁶ Ibidem. P. 17.



Esto, toda vez que, pese a que los movimientos registrados luego de la sustracción del medio de pago del poder de la tarjetahabiente, fueron indudablemente inusuales, en comparación con los realizados previo al 11 de mayo de 2020, la entidad financiera no realizó una debida observación de estos frente a los hábitos ya mencionados, y en consecuencia, no bloqueó la cuenta o el medio transaccional para evitar el menoscabo denunciado siendo su deber.

Así las cosas, aun cuando puede prodigarse que el incumplimiento de las obligaciones de la titular del producto financiero fue patente e indiscutible, ello no puede eximir de la responsabilidad civil endilgada a la institución bancaria aquí convocada, toda vez que, como bien se precisara en los apartes jurisprudenciales citados, no basta con que esta última demuestre la culpabilidad del cuentahabiente, sino que debe demostrar también, de manera fehaciente, el emprendimiento de sus buenos oficios para conjurar la situación atípica y, por tanto, lesiva de los intereses de su cliente.

6. Tomando como base, entonces, la normatividad y los precedentes jurisprudenciales evocados, y descendiendo al *sub-lite*, es posible encontrar que el fallo proferido por la juzgadora de primer grado se ajusta a tales planteamientos, lo que conlleva a la confirmación de este último.

Rememórese así que el hurto denunciado de los dineros de propiedad de la demandante, al encontrarse depositados en la cuenta número 302608518, fue una consecuencia, en definitiva, del incumplimiento de las obligaciones a su cargo. Esto, al conceder permisos no autorizados por el banco y no documentados además, a su hermana, así como al no desplegar medidas de debida diligencia y de cuidado idóneo para la sustracción del medio transaccional otorgado a partir del mentado depósito, al permitir la ayuda de terceros para realizar operaciones bancarias, derivando en que fuera objeto del cambio de su tarjeta débito; y al develar, pese a que no fuera su voluntad, elementos esenciales para la confirmación de su identidad, como lo es la clave asignada a esta última. Adiciónese a ello que no acató sus deberes como cuentahabiente al no actualizar sus datos personales, lo cual era necesario para la recepción oportuna de alertas frente a movimientos inusuales en su producto financiero.

Agréguese igualmente que el BANCO DAVIVIENDA S.A., como custodio del depósito que le fuera encomendado, aun cuando arguyó desplegar las medidas necesarias para evitar la sustracción fraudulenta de los dineros de la accionante, no demostró que lo hiciera de manera íntegra, ya que, a pesar de que conformó, como era su deber, el perfil transaccional de la cuentahabiente, no lo analizó al momento del hurto, sino que permitió que este se desarrollara, sin bloquear el producto financiero o su medio transaccional, aun cuando los movimientos fueran indudablemente inusuales.

Surge entonces, a partir de lo mencionado, una concurrencia de causas frente al detrimento patrimonial denunciado por la querellante. En ese sentido, se halla que la valoración realizada por el *a quo* de tales hechos se encuentra ajustada a los preceptos jurisprudenciales atrás aludidos, por lo que es procedente su confirmación, encontrando que la responsabilidad de que los dineros contenidos en el depósito aludido fueran



JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO

retirados de forma delictiva recae, en su mayoría, sobre la titular del producto financiero, sin que por ello pueda exonerarse completamente a la institución bancaria accionada, quien tampoco desplegó las medidas necesarias para evitarlo.

Así las cosas, la valoración estimada por la juzgadora de primera instancia en 70% y 30%, respectivamente, se encuentra ajustada a la ley, por lo que es lógica su apreciación frente a declarar como fundada parcialmente la excepción catalogada como “inexistencia de responsabilidad civil contractual” y, a causa de ello, condenar al ente bancario a la reposición de la suma referida en el proveído aquí cuestionado.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de fecha 17 de noviembre de 2021, proferido por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo esbozado en precedencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



SERGIO IVÁN MESA MACÍAS
JUEZ

Firma autógrafa mecánica escaneada
Providencia notificada por estado No. 16 del 10-feb-2023

(2)

CARV