

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2019173276-014-000

Fecha: 2020-06-09 15:30 Sec.día51885

Anexos: No
Trámite::506-FUNCIONES JURISDICCIONALES
Tipo doc::249-SENTENCIA ANTICIPADA NIEGA
Remitente: 80020-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES DOS
Destinatario::80000-80000-DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-.

Número de Radicación : 2019173276-014-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 249 SENTENCIA ANTICIPADA NIEGA
Expediente : 2019-3937
Demandante : ANA MILEIDY CHAPARRO JIMENEZ
Demandados : BANCO DAVIVIENDA
Anexos :

En atención a lo dispuesto en el inciso 2 del parágrafo 3 del artículo 390 del Código General del Proceso, y en la medida que se trata de un proceso verbal sumario en el que las pruebas que obran en el expediente son suficientes para resolver el fondo del litigio y no se advierte la necesidad de decretar ni practicar nuevas pruebas, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia procede a proferir la siguiente **sentencia escrita**, en desarrollo de los principios de economía procesal y de la prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal, con base en las pruebas que de manera oportuna fueron solicitadas y allegadas al proceso.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

La señora **ANA MILEIDY CHAPARRO JIMENEZ** promovió acción de protección al consumidor contra **BANCO DAVIVIENDA S.A.** exponiendo que el 27 de noviembre de 2019 recibió unos mensajes de texto en su teléfono celular, que daban cuenta de la realización de retiros en cajeros automáticos con cargo a los recursos depositados en su cuenta de ahorros, en cuantía de \$1'600.000, mientras ella se encontraba en su lugar de trabajo. Pone de presente que la tarjeta débito se encontraba en su poder, por lo que las operaciones debieron realizarse con una tarjeta diferente a la suya o mediante “*duplicación o clonación*” del chip con el que contaba el plástico y que en horas de la mañana había realizado un retiro por \$20.000 y que, enterada de la situación, procedió a comunicarse con el Banco vía chat y de manera telefónica. Además del reintegro de los recursos así debitados de su cuenta de ahorros, solicita que se adjunten imágenes de cajeros, para demostrar que no fue ella quien hizo las operaciones (derivado 0).



La demanda se admitió y fue debidamente notificada al **BANCO DAVIVIENDA S.A.** que en tiempo la contestó, proponiendo las excepciones que denominó *“HECHO DE LA VÍCTIMA COMO CAUSA EXCLUSIVA DEL DAÑO”, “INCUMPLIMIENTO DEL TARJETAHABIENTE DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y DEBERES COMO CONSUMIDOR FINANCIERO”, “CUMPLIMIENTO DEL BANCO DAVIVIENDA DE SUS OBLIGACIONES LEGALES Y CONTRACTUALES”, “LOS RETIROS OBJETADOS POR EL DEMANDANTE HACEN PARTE DE SU PERFIL TRANSACCIONAL”* y *“PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL POR PARTE DE BANCO DAVIVIENDA”* fundadas básicamente en que las transacciones cursaron con la información transaccional de la demandante, *“sin que exista un solo elemento que permita determinar que por una actuación u omisión del Banco se realizaron las transacciones que este objeta”* (derivado 11). De estas defensas se corrió traslado a la demandante (derivado 12), sin pronunciamiento de su parte sobre el particular (derivado 13).

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con los artículos 57 de la Ley 1480 de 2011 y 24 del Código General del Proceso, la Superintendencia Financiera de Colombia cuenta con las facultades propias de un juez para decidir de manera definitiva *“las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.”*, en ejercicio de la Acción de Protección al Consumidor prevista en el artículo 56 de la Ley 1480 de 2011, expresión del artículo 78 constitucional.

Como no se discute en este caso la existencia del contrato de depósito en cuenta de ahorros que vincula a las partes **ANA MILEIDY CHAPARRO JIMENEZ** y **BANCO DAVIVIENDA S.A.** (pues las partes coinciden en aludir a la cuenta de ahorros terminada en 3067, respecto de la cual consta en el *“Análisis del caso”* adelantado por el Departamento de Atención de Fraudes del Banco en diciembre de 2019 y con ocasión de la reclamación directa formulada por la aquí demandante, que la cuenta fue abierta el 5 de junio de 2017 y que, para entonces, se encontraba vigente, así como en los extractos de noviembre y diciembre de 2019 y en el log transaccional respectivo (derivado 11); corresponde a esta Delegatura establecer si existe un incumplimiento contractual atribuible a **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, en la realización de 3 retiros efectuados con cargo a los recursos depositados en la precitada cuenta de ahorros el 27 de noviembre de 2019 entre las 12:51 y las 13:06, en cuantía total reclamada de \$1'600.000.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1398 del Código de Comercio: *“Todo Banco es responsable por el reembolso de sumas depositadas que haga a persona distinta del titular de la cuenta o su mandatario”*. De esta manera, el establecimiento de crédito cumple las obligaciones a su cargo a condición de que la entrega de las sumas depositadas se realice al titular de la cuenta, su mandatario o a la persona que el cuentahabiente autorice, evento que configura un auténtico pago, en caso contrario se encuentra comprometida la responsabilidad de la entidad, como se reclama en la presente acción, o en contravención a las autorizaciones o instrucciones que al efecto se han extendido por parte de esta Superintendencia y que la entidad bancaria debe acatar o implementar para preservar el interés de los ahorradores y público en general y que por disposición de la Ley 1328 de 2009 se encuentran incorporadas a la relación contractual.

Súmase a ello que – como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 23 de diciembre de 2016, con ponencia del magistrado ARIEL SALAZAR RAMÍREZ – *“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 él 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 permite 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».

La anterior conclusión hace evidente que si bien se trata de un régimen especial de responsabilidad, la misma no tiene carácter objetivo, en la medida que el ejercicio probatorio por parte de la entidad financiera puede desvirtuar la misma, trasladándola al consumidor cuando se acredita su culpa o el incumplimiento contractual. En este sentido, al Banco le corresponde demostrar: *(i)* de un lado, el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas y *(ii)* que en cabeza de la demandante – consumidora financiera – se desplegó una conducta culposa u omisiva que de manera directa o indirecta diera lugar a la realización de la operación que por vía jurisdiccional reclama o, que simplemente el perjuicio reclamado no existe.

Así las cosas, en torno al estándar de conducta propio de las entidades financieras, la ejecución de las operaciones que les corresponden debe estar precedida y acompañada por un conjunto de medidas tuitivas, de precaución e información dispuestas para salvaguardar el interés público que la actividad financiera comporta, exigibles en el ámbito contractual por virtud de lo establecido en los artículos 38 de la Ley 153 de 1887, 871 del Código de Comercio y el Título 1 de la Ley 1328 de 2009, y que son correlato del derecho de los usuarios a recibir productos y servicios con estándares de seguridad y calidad (literales a del artículo 5° y b artículo 7° de la citada Ley 1328), conjunto de derechos vigente “*durante todos los momentos de su relación con la entidad vigilada*”, como de manera expresa consagra el artículo 5° *ibídem*.

Es así como se contemplan en el Capítulo I, Título II de la Circular Básica Jurídica No. 029 de 2014 de esta Superintendencia como requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones y que resultan de especial relevancia para resolver el problema jurídico que el caso plantea, los siguientes: *(i)* “**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, *(ii)* “**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**” (numerales 2.3.3.1.12 y 2.3.3.1.13).

Y si bien el ejercicio de la actividad financiera genera un régimen especial de responsabilidad en sus relaciones contractuales, esto no significa que el consumidor financiero esté autorizado, ni le sea permitido, incumplir o desatender las obligaciones a su cargo, máxime si se tiene en cuenta que lo que se está en juego es su propio patrimonio, **evidenciándose un deber de doble vía**. A este respecto, cabe señalar que el artículo 6° de la Ley 1328 de 2009, prevé como buenas prácticas de protección propias del consumidor financiero: *(i)* hacer buen uso de la cuenta, *(ii)* revisar “*los términos y condiciones del respectivo contrato y sus anexos*” y, *(iii)* “*observar las instrucciones y recomendaciones que imparta la entidad vigilada sobre el manejo de productos o servicios financieros*”, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones especiales pactadas en el respectivo contrato, siempre y cuando ellas no correspondan a que limiten o restrinjan los derechos del consumidor o exoneren, limiten o atenúen la responsabilidad de la entidad financiera (literal d y párrafo del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009).

Así las cosas y pese a la férrea manifestación de la señora CHAPARRO JIMENEZ de contar en su poder con el plástico para el momento en que se realizaron las operaciones, tal aseveración se encuentra desvirtuada con la documental aportada por el Banco, que da cuenta del primer contacto que la cliente además reconoce haber tenido para poner en conocimiento esta situación (en su demanda y en las grabaciones de las llamadas que se produjeron a continuación a la línea de atención al cliente del Banco

– derivado 11) y es el soporte de la sesión de chat creado a partir de la 1:14 de ese 27 de noviembre de 2019, a través del cual interactúa con Angela Miranda, asesora de la entidad financiera. A la pregunta “¿Me indica usted tiene en estos momentos su tarjeta débito?” Contestó: “No señora”. “Está en la casa”. Le pregunta la asesora: “¿Ningún familiar pudo haber realizado este retiro? Estoy atenta a su respuesta” inmediatamente después de lo cual y sin haber respondido al interrogante, figura en el registro que “el cliente se desconectó” (Derivado 11).

Lo anterior evidencia que en ese momento de la relación contractual falló la obligación a su cargo, relacionada con el deber de cuidado y custodia de su tarjeta débito pues, contrariamente a lo manifestado en la demanda, el plástico no se encontraba en su poder para el momento en que se iniciaron las comunicaciones con el Banco (inicialmente por vía chat y luego por teléfono) para reclamar por la realización de las operaciones que manifiesta no haber realizado ni autorizado, incumplimiento que le coloca en la posición de riesgo que se constituye en fuente del daño que ahora reclama. Y no cabe duda a esta Delegatura, a partir de lo demostrado en relación con la pérdida de la custodia del plástico, que también la clave transaccional fue desatendida, pues no de otra forma se explica que las operaciones hubieran cursado sin estar precedidas de alguna otra que hubiera resultado rechazada o declinada por cualquier razón, como consta en el log transaccional aportado a la actuación y se recoge en el “Análisis del Caso” al que ya se aludió (derivado 11).

Ahora bien, analizadas las fotografías de excelente calidad aportadas en color e insertas en el referido informe de seguridad, ciertamente se advierte que fue una persona del sexo masculino quien realizó los retiros, por lo menos en cuanto hace al cajero ubicado en Ciudad Jardín, pero ello permite corroborar que ese tercero, contaba con el plástico y la clave cuya custodia correspondía a la señora CHAPARRO JIMENEZ lo que le permitió efectuar los retiros de los que se duele la demandante. Téngase en cuenta al respecto, que las partes tampoco discuten que el plástico respectivo incorporaba la tecnología CHIP, como se pone de presente en el referido “Análisis del Caso”, en los siguientes términos: “Es importante aclarar que nuestros registros informáticos evidencian que las compras y los retiros reclamados se llevaron a cabo mediante tecnología CHIP (Modo de Entrada 051), lo que le permite certificar al Banco que la transacción se procesó con el medio transaccional auténtico entregado al cliente para el manejo de su cuenta de ahorros y clave asignada por el titular”, lo que igualmente permite descartar la tesis de la realización de las operaciones con una tarjeta diferente a la de la demandante o mediante “duplicación o clonación” del chip con el que contaba el plástico, que se esboza en la demanda. Por lo expuesto, la excepción denominada “INCUMPLIMIENTO DEL TARJETAHABIENTE DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y DEBERES COMO CONSUMIDOR FINANCIERO”, se encuentra llamada a prosperar.

Sin embargo, en orden a verificar el cumplimiento del Banco de sus obligaciones contractuales correlativas, se revisaron por el Despacho los extractos del periodo antes referido y el log transaccional (derivado 11), en los que se aprecia que la titular de la cuenta acostumbraba a transar en cajeros automáticos ubicados en diferentes lugares de la ciudad de Bogotá, haciendo varios retiros en un día, en sumas inclusive superiores a las que motivan la demanda (como ejemplo se cita la realizada el 5 de noviembre de 2019 por \$700.000, suma que supera las de los 3 retiros cuestionados), por lo que estos tres retiros no pueden considerarse ajenos a su perfil transaccional.

Tampoco se aprecian situaciones inusuales, pues si bien de acuerdo al log transaccional allegado, en la casilla denominada declinadas, del Excel contentivo del mismo, se aprecia que entre el segundo y tercer retiro desconocido mediaron registro de operaciones no monetarias como excede máximo diario permitido, excede tope saldo daviplata y rechazada por fondos insuficientes, tales eventos no eran ajenos al comportamiento en el manejo de la cuenta, según esta misma documental, pues a título de ejemplo el 23 de septiembre del mismo año, se registraron tres reportes por rechazo por fondos insuficientes y en tal virtud, no ameritaban la alerta o bloqueo preventivo de la cuenta, mismo que se produjo cuando la cliente se comunicó telefónicamente con el Banco, advertida por los mensajes de texto que reconoce desde la

demanda haber recibido, con los que tuvo conocimiento de las operaciones que son materia de este proceso. Corolario de lo anterior, igualmente prosperan las excepciones de “*CUMPLIMIENTO DEL BANCO DAVIVIENDA DE SUS OBLIGACIONES LEGALES Y CONTRACTUALES*” y “*LOS RETIROS OBJETADOS POR EL DEMANDANTE HACEN PARTE DE SU PERFIL TRANSACCIONAL*”, que enervan las pretensiones de la demanda y relevan a la Delegatura del análisis de las restantes, conforme lo establece el artículo 282 del Código General del Proceso.

Finalmente, en relación con las costas del proceso y siendo que no aparecen causadas, por virtud de lo previsto por el artículo 365 del Código General del Proceso, esta Delegatura se abstendrá de imponer condena por este concepto.

Conforme con las consideraciones expuestas, la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas “*CUMPLIMIENTO DEL BANCO DAVIVIENDA DE SUS OBLIGACIONES LEGALES Y CONTRACTUALES*” y “*LOS RETIROS OBJETADOS POR EL DEMANDANTE HACEN PARTE DE SU PERFIL TRANSACCIONAL*”, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: NEGAR en consecuencia las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas.

Cumplido lo anterior, por Secretaría archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



EDUARD JAVIER MORA TELLEZ

80020-COORDINADOR DEL GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES DOS
GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES DOS

Copia a:

Elaboró:

CLAUDIA MARCELA GOMEZ VASQUEZ

Revisó y aprobó:

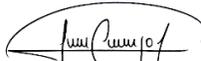
EDUARD JAVIER MORA TELLEZ

Superintendencia Financiera de Colombia
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES
Notificación por Estado



La providencia anterior se notificó por anotación en estado fijado

Hoy 10 de junio de 2020



JEISSON RENÉ CAMARGO ARIZA
Secretario

