

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2023077766-024-000



Fecha: 2023-10-18 18:41 Sec.día 1443

Anexos: Sí

Trámite: 506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc: 249-249 SENTENCIA ESCRITA NIEGA

Remitente: 80020-80020-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 : 2023077766-024-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 249 249 SENTENCIA ESCRITA NIEGA
Expediente : 2023-3365
Demandante : ANDREA CATHERINE CARDENAS ESPINOSA
Demandados : BANCO DAVIVIENDA
Anexos : E1

En atención a lo dispuesto en audiencia anterior, de cara al numeral 2º del artículo 278 del Código General del Proceso y en la medida que las pruebas obrantes al expediente resultan suficientes para resolver el fondo del litigio sin que se evidencie la necesidad de decretar ni practicar alguna de oficio, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia profiere la siguiente **sentencia escrita**, lo anterior en desarrollo de los principios de economía procesal,

SENTENCIA

Mediante escrito presentado ante esta entidad, la señora **ANDREA CATHERINE CARDENAS ESPINOSA** demandó a **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, pretendiendo: “1. Que se obligue a Daviplata a reintegrar los \$580 mil pesos colombianos que fueron hurtados de mi cuenta debido a los débiles filtros de seguridad brindados por esa entidad. 2. Que se obligue a Daviplata a devolver los \$\$20.400 pesos de saldo que quedaron en la cuenta luego del robo. 3. Que se obligue a Daviplata a dar cierre definitivo a mi cuenta con número 3043375252”. (Derivado 000).

Notificada la pasiva, en tiempo presentó escrito de contestación de la demanda y propuso como medios exceptivos los que denominó “**HECHO DE LA VÍCTIMA COMO CAUSA EXCLUSIVA DEL DAÑO Y EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO DAVIVIENDA INCUMPLIMIENTO DEL CONSUMIDOR FINANCIERO DE SUS OBLIGACIONES LEGALES Y CONTRACTUALES DILIGENCIA DEL BANCO DAVIVIENDA Y CUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES PROFESIONALES PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL POR PARTE DE DAVIVIENDA**” (Derivados 011 y 012)

Sobre las excepciones, se corrió traslado a la parte actora quien no se pronunció frente a lo expuesto en

la contestación de la demanda.

Encuentra la Delegatura que el contrato objeto de estudio gira en torno a un contrato de Cuenta de Ahorros tipificado en el artículo 1398 del Código de Comercio que dispone: *“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 financiero 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.

Es del caso mencionar que el artículo 335 de la Constitución Política establece que toda la actividad financiera es de *“interés público”*, en la medida en que maneja, aprovecha e invierte recursos captados del público y por ello, requiere de previa autorización del Estado para su ejercicio, naturaleza que exige de las entidades que la ejercen, mayor diligencia y profesionalismo en el desarrollo de la misma, toda vez que como prestadoras del servicio poseen un amplio margen de control de las operaciones, contando con sistemas de información y de transacción de carácter técnico, servicios por los cuales reciben una retribución por parte de los clientes, generando un régimen especial en sus relaciones contractuales.

Súmase a ello que como lo sostuvo la H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC18614-2016 del 19 de diciembre de 2016, radicación: 05001-31-03-001-2008-00312-01., 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 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 (...).”

Aunado a ellos ha reiterado la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC5176-del 18 de diciembre de 2020 del magistrado ponente Luis Alonso Rico Puerta, la Corte Suprema de Justicia estableció:

(...)

si se analizan las cosas desde la óptica de la naturaleza de las prestaciones del banco, se arribaría a la misma conclusión. Nótese que, al celebrar el contrato de depósito en cuenta corriente o de ahorros -o de administración de estos-, el banco se obliga a permitir a sus clientes la disposición de los saldos depositados en esas cuentas, mediante el giro de cheques (en el caso de la cuenta corriente), retiros con tarjeta débito, transferencias electrónicas, entre otras posibilidades. Todos esos canales transaccionales hacen necesario definir un protocolo de autenticación, que le permita al banco establecer, con certeza, el origen de cada orden impartida. Aunque esa carga no se encuentre consagrada en el derecho positivo, ni se incluya expresamente en los reglamentos respectivos, es connatural al negocio jurídico, al menos como se concibe hoy en día. Actualmente,

sería inimaginable una relación banco-cuentahabiente en la que no fuera mandatorio «verificar la identidad [del] cliente, entidad o usuario», mediante «algo que se sabe [como las claves personales], algo que se tiene [como los tokens], algo que se es [la biometría]» (Circular Básica Jurídica, Parte I, Título II, Capítulo I, numeral 2.2.5.).

Cuando un tercero burla esos protocolos de autenticación, y -haciéndose pasar por el cuentahabiente dispone por cualquier medio de los recursos depositados en cuentas de ahorros o corrientes, la obligación de verificación se incumple, pues la carga de que se viene hablando no puede entenderse satisfecha simplemente con los buenos oficios del banco, sino con la efectiva confirmación de la identidad de su cliente. Acorde con la clasificación atribuida a Demogue, la prestación accesoria de la entidad financiera constituye un deber "de resultado", no solo por la distribución del riesgo de la operación -tema sobre el que ya se detuvo la Corte-, sino también por las características especiales de la relación entre el consumidor financiero y la entidad donde tiene depositado sus recursos, que lleva ínsita la garantía de salvaguarda de los dineros captados del público. En línea con lo explicado previamente, y con la naturaleza de ese tipo de prestaciones, la comentada inobservancia comprometerá la responsabilidad civil del banco, salvo que demuestre el acaecimiento de una causa extraña, que impida que el daño puede imputársele jurídicamente; es decir, la institución financiera no puede exonerarse del deber de indemnizar con la simple prueba de haber obrado de manera diligente.

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

Como colofón, resalta la Corte que prescindir de la calificación de la conducta de la entidad financiera no significa asumir una especie de responsabilidad automática suya, pues aun en los regímenes objetivos es necesario demostrar que el hecho dañoso es atribuible a la conducta del agente. Por ende, en casos como este el banco podrá exonerarse de la carga indemnizatoria que se le endilga, probando que las circunstancias que originaron el desmedro patrimonial (como la alteración de una orden de giro, en este caso) obedecieron a causas que no le son imputables. Así ocurriría, por ejemplo, cuando el cuenta habiente pierde su tarjeta débito, y en ella tiene escrita su clave transaccional, facilitando que quien la encuentre realice un retiro a través de la red de cajeros automáticos. En esa hipótesis, los controles de autenticación dispuestos por el (...)

banco para el referido canal, consistentes en galgo que se tiene» (la tarjeta débito) y «algo que se sabe» (la clave numérica), habrían sido vulnerados por factores atribuibles al cuentahabiente, desde el punto de vista fáctico -pues fue él quien perdió la tarjeta y la clave- y jurídico -en tanto la custodia de esos elementos le correspondía-, lo que impide que surja para el banco cualquier carga de resarcimiento. Ahora, si quien encontró el aludido plástico acude a una de las sucursales de la entidad financiera y realiza un retiro millonario, sucede que la materialización del ilícito contractual tendría como antecedente material conductas imputables a ambos extremos del contrato de depósito en cuenta corriente o de ahorros, porque a la pérdida de la tarjeta y la clave terminó sumándose la ausencia de protocolos de verificación de identidad, propios de los canales presenciales del banco.

Ante ese panorama, el fallador tendrá que sopesar la relevancia jurídica de esas causas, pudiendo concluir que: (i) ambos estipulantes contribuyeron al resultado dañino -de modo que sus efectos tendrían que ser distribuidos entre ellos, de manera proporcional a su cuota de participación en el

evento-; o (ii) que solo uno de esos antecedentes fue determinante en la producción del daño, caso en el cual quien lo produjo habrá de asumir la pérdida íntegramente”.

Sin embargo, si bien el ejercicio de la actividad financiera genera un régimen especial de responsabilidad, bajo la perspectiva de la anunciada diligencia y profesionalismo en sus relaciones contractuales, lo anterior no significa que el consumidor financiero esté autorizado, ni le sea permitido, incumplir, descuidar, desatender o desconocer, las obligaciones que paralelamente le asisten, máxime que aquello que se encuentra en juego es su propio patrimonio.

A este respecto, vale señalar que el artículo 6° de la citada Ley 1328, prevé como buena práctica de protección propia del consumidor financiero: **(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 y siempre y cuando ellas, no correspondan a cláusulas abusivas que limiten o restrinjan los derechos del consumidor.

Téngase en cuenta que la misma Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SC16496-2016 proferida el 16 de noviembre de 2016 dentro de la Radicación n°. 76001 31 03 002 1996 13623 01 con ponencia de la entonces Magistrada MARGARITA CABELLO BLANCO, señaló lo siguiente: *“Empero, esa exigencia (el deber de seguridad y protección), no solo aplica a la entidad bancaria; el cuentacorrentista, en lo que a él corresponde, asume, por igual, el compromiso de sujetar su conducta a los mínimos de seguridad que le dejen a salvo, sea a él o a la entidad, de cualquier ilícito, vr. gr., custodiar debidamente los elementos recibidos del banco (chequera, tarjetas, etc.), para el retiro de los bienes depositados y, en especial, los dineros consignados o proveer la información necesaria para neutralizar cualquier intento de fraude. (...)*

En síntesis, a uno y otro contratante le sobreviene el compromiso de velar por la seguridad o protección, según el rol que cada uno desempeñe, de elementos o actuaciones cuyo descuido, potencialmente, resultarían dañadas o dañinas”.

Bajo este escenario, corresponde a la Delegatura valorar de manera conjunta el material probatorio allegado al plenario, a efectos de establecer si se acredita el incumplimiento de las obligaciones contractuales del banco y/o de la actora en la realización de la operación reclamada.

En este punto cabe señalar que la demandante señaló en su demanda *“El lunes 12 de junio de 2023 a las 7:40pm, me encontraba en Caminos de San Lorenzo, en el norte de Bogotá. Un hombre de tez blanca, cabello y barba castaño claro, contextura media y estatura de 1,70 metros, aproximadamente, vestido con jean y chaqueta deportiva naranja con verde, se me acercó y me hurtó el celular, el cual estaba desbloqueado” (...)* solo al llegar a mi casa pude acceder a mi computador, mediante el cual BLOQUEÉ LA CUENTA DE DAVIPLATA. También me dí cuenta de que habían cambiado las contraseñas de GOOGLE, INSTAGRAM, FACEBOOK Y DAVIPLATA. En ese momento pude bloquear la cuenta de DAVIPLATA ingresando muchas veces una clave incorrecta. (...) me enviaron una notificación de Daviplata a las 8:26pm indicándome que mi clave se había cambiado exitosamente, es decir que los ladrones pudieron cambiar mi clave de Daviplata únicamente por medio de un código enviado por mensaje de texto (...).”

De lo manifestado por la activa se observa que perdió su elemento transaccional, v.gr. su celular, el cual estaba desbloqueado y en el que tenía el aplicativo de Daviplata. También se observa que el aviso del hurto al banco se dio por parte de la usuaria casi dos horas después de los hechos delictivos, tiempo suficiente para que los facinerosos cometieran el ilícito. En efecto, terceros ingresaron al celular desbloqueado y a la app del banco, solicitando cambio de clave y con la clave OTP enviada por el banco al celular de la usuaria, logran su cometido.

Se debe hacer énfasis en que el retiro realizado desde la app Daviplata de la demandante, además de haber contado con todos los elementos seguros para el efecto, estaba dentro de su perfil transaccional, ya que en oportunidades anteriores había realizado operaciones similares en canal y valor, por lo que la entidad financiera no podía más que cumplir la orden que estaba dando su cliente, sin poder suponer que estaba siendo objeto de hurto.

Ahora bien, en relación con el perfil transaccional de la cliente, las entidades financieras tienen dentro de sus deberes (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 un número de intentos fallidos por parte de un cliente...”* (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.).

Por lo que se encuentra que, al haberse construido hábito transaccional respecto de operaciones por montos superiores a la discutida con antelación a la que desconoce la actora, el banco no estaba en la obligación de confirmar o bloquear las operaciones objeto del litigio, y por ende, otra aprobada en la presente actuación ningún incumplimiento contractual hoy del banco demanda, y por ende, no puede endilgarse responsabilidad alguna de la entidad financiera, razón por la cual se advierte qué se declararan probadas las excepciones que la parte demandada denominó: **HECHO DE LA VÍCTIMA COMO CAUSA EXCLUSIVA DEL DAÑO Y EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO DAVIVIENDA INCUMPLIMIENTO DEL CONSUMIDOR FINANCIERO DE SUS OBLIGACIONES LEGALES Y CONTRACTUALES DILIGENCIA DEL BANCO DAVIVIENDA Y CUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES PROFESIONALES**, y en consecuencia se negarán las pretensiones de la demanda.

Por otra parte, en relación con la devolución de los \$20.400 pesos m/cte que dice la demandante que tenía en su cuenta daviplata al momento de los hechos delictivos, manifiesta la entidad financiera que a la fecha no ha habido causales que hayan impedido a la usuaria financiera hacer uso de sus recursos.

En cuanto a la solicitud de cancelación de la cuenta daviplata 3043375252 de titularidad de la demandante, señala Banco Davivenda S.A. que una vez dicha cuenta carezca de fondos, podrá la usuaria proceder a solicitar su cancelación.

Finalmente, no se impondrá condena por concepto de costas por haberse accedido parcialmente a las pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso.

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 que la parte demandada intituló: *“HECHO DE LA VÍCTIMA COMO CAUSA EXCLUSIVA DEL DAÑO Y EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO DAVIVIENDA, “INCUMPLIMIENTO DEL CONSUMIDOR FINANCIERO DE SUS OBLIGACIONES LEGALES Y CONTRACTUALES”, “DILIGENCIA DEL BANCO DAVIVIENDA Y CUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES PROFESIONALES”*, de conformidad con los señalado en la parte motiva de la presente providencia

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: SIN condena en costas.

Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIANA MARIA ARDILA ZUÑIGA
PROFESIONAL ESPECIALIZADO
80020-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES DOS

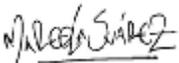
Copia a:

Elaboró:

DIANA MARIA ARDILA ZUÑIGA

Revisó y aprobó:

DIANA MARIA ARDILA ZUÑIGA

<p>Superintendencia Financiera de Colombia DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES Notificación por Estado</p>
<p>La providencia anterior se notificó por anotación en estado fijado Hoy <u>19 de octubre de 2023</u></p> <p> MARCELA SUÁREZ TORRES Secretario</p>