



REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Superfinanciera

Radicación: 2024012807-021-000

Fecha: 2024-08-27 21:48 Sec.día4443

Anexos: No

Trámite::506-FUNCIONES JURISDICCIONALES
Tipo doc::576-576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE
Remitente: 80030-80030-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES
TRES
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 : 2024012807-021-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 576 576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE
Expediente : 2024-1175
Demandante : JORGE ALBERTO BALAGUERA HERNANDEZ

Demandados : BANCO DAVIVIENDA

Encontrándose al despacho el expediente, en aplicación de lo dispuesto en el inciso 2° del párrafo 3° del artículo 390 del Código General del Proceso, en concordancia con el numeral 2° del artículo 278 de la misma codificación, previo a proferir sentencia escrita procede esta Delegatura a pronunciarse sobre las pruebas solicitadas por las partes en la demanda y su contestación:

Se decretan las pruebas documentales allegadas con la demanda y su contestación, a las cuales se les dará el valor que la ley les otorgue.

Ahora bien, frente al interrogatorio de parte solicitado por la parte demandada, no resulta necesario su decreto, por cuanto lo expuesto en la demanda y su contestación, incluidos los anexos allegados como las mencionadas piezas probatorias, reflejan clara y contundentemente los hechos para la verificación materia de litigio.

Así las cosas, toda vez que las pruebas obrantes en el plenario resultan suficientes para resolver de fondo el asunto, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 278 del Código General del Proceso y en desarrollo de los principios de economía procesal y prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de esta Superintendencia procede a proferir la siguiente:



SENTENCIA

I. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

JORGE ALBERTO BALAGUERA HERNANDEZ actuando en nombre propio, promovió demanda en ejercicio de la acción de protección al consumidor en contra de **BANCO DAVIVIENDA S.A**, entidad vigilada por esta Superintendencia, pretendiendo la devolución de los recursos que fueron debitados de su cuenta DAVIPLATA terminada en el No. 9530 a través de una transferencia entre cuentas y un retiro por calor total de \$3.908.000.

La demanda fue admitida y notificada a **BANCO DAVIVIENDA S.A**, quien en término contestó la misma solicitando se declaren probadas las excepciones de mérito que denominó *“HECHO DE LA VÍCTIMA COMO CAUSA EXCLUSIVA DEL DAÑO Y EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO DAVIVINEDA, DILIGENCIA DEL BANCO DAVIVIENDA Y CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES PROFESIONALES, INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO DAVIVIENDA EN LOS HECHOS QUE SUSTENTAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA POR AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD, INCUMPLIMIENTO DEL DEMANDANTE DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y DE SUS DEBERES COMO CONSUMIDOR FINANCIERO, BUENA FE POR PARTE DEL BANCO DAVIVIENDA y EXCEPCIÓN GENÉRICA”*.

De las excepciones formuladas, se corrió traslado a la parte actora quien en el término legal conferido para ello, no se pronunció sobre las excepciones presentadas por la entidad, ni las pruebas aportadas.

II. CONSIDERACIONES

Verificada la existencia de los presupuestos procesales, y siendo competente conforme con los artículos 58 de la Ley 1480 de 2011 y 24 del Código General del Proceso, procede la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, a resolver en derecho la controversia relacionada con la ejecución y cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato celebrado entre **JORGE ALBERTO BALAGUERA HERNANDEZ** con **BANCO DAVIVIENDA S.A**.

Frente a la controversia acá planteada, le corresponde entonces a este Despacho establecer si **BANCO DAVIVIENDA S.A**. es contractualmente responsable por el curso de las operaciones que afectaron el saldo de la cuenta DAVIPLATA terminada en el No. 9530 de titularidad del demandante el 20 de diciembre de 2023 por valor total de \$3.928.000, quien sostiene en su escrito de demanda no haber realizado las mismas, lo que a la luz del artículo 167 del Código General del proceso constituye una **negación indefinida**, que invierte la carga de la prueba, colocando ésta en cabeza de la entidad demandada, lo que guarda consonancia con el ejercicio de la actividad financiera y las medidas tuitivas que a quien la ejerce corresponde desplegar dado el interés público que comporta.

Para efectos de la resolución del citado problema jurídico, ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con lo indicado en la demanda y la contestación a la misma las partes no discuten que la relación contractual soporte de las pretensiones, obedece a un contrato de cuenta de ahorros, regulado en los artículos 1396 a 1398 del Código de Comercio prevé que *“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”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 0115. Sentencia de abril 06 de 2005 M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar).

Resaltándose que a través de la Circular Externa 014 de 2015 se habilitó a las entidades financieras a realizar un trámite simplificado para el ofrecimiento de contratos de cuenta de ahorro mediante, siempre y cuando su apertura *“...5.1.1. (...) la realicen únicamente personas naturales. 5.1.2. Los límites a las operaciones débito, por un monto, no supere en el mes calendario 3 smmlv. 5.1.3. El saldo máximo no exceda, en ningún momento 8 smmlv [y]. 5.1.4. El cliente sólo tenga una cuenta de ahorros con estas características en la respectiva entidad.”* (**negrillas fuera del texto original**), facultando la citada circular a dichos establecimientos en su numeral 5.4.1. para *“Establecer un*



número y monto máximo de transacciones y operaciones permitidas para conservar las características previstas en el presente numeral.”

De igual manera, es de resaltar que el ejercicio de la actividad financiera conlleva implícitamente que la entidad vigilada por esta Superintendencia cumpla con los deberes especiales que le son exigibles y asuma los riesgos inherentes de los diferentes canales que pone a disposición de sus clientes para el manejo de los productos y servicios ofrecidos, los que como se dijo, nacen de la actividad que presta de manera profesional y masiva, aunado al beneficio correlativo que recibe por la prestación de sus servicios. No obstante, aunque es lo cierto que la responsabilidad que se predica de las entidades financieras se analiza bajo la perspectiva de la diligencia y profesionalismo que se impone a aquellas en el ejercicio de su actividad, no lo es menos que ésta puede desaparecer o verse menguada atendiendo a la participación excluyente o concurrente del consumidor financiero en la causación del daño cuya indemnización se persigue.

Súmase a ello que - como lo sostuviera la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 23 de diciembre de 2016, con ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez -, SC18614-2016- Radicación n° 05001-31-03-001-2008-00312-01-: *“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» (destacado por el Despacho).*

A este respecto vale la pena resaltar lo expuesto en reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Luis Alonso Rico Puerta, en sentencia del 18 de diciembre de 2020, en el sentido que: *“el banco podrá exonerarse de la carga indemnizatoria que se le endilga, probando que las circunstancias que originaron el desmedro patrimonial (como la alteración de una orden de giro, en este caso) obedecieron a causas que no le son imputables. Así ocurriría, por ejemplo, cuando el cuentahabiente pierde su tarjeta débito, y en ella tiene escrita su clave transaccional, facilitando que quien la encuentre realice un retiro a través de la red de cajeros automáticos. En esa hipótesis, los controles de autenticación dispuestos por el banco para el referido canal, consistentes en «algo que se tiene» (la tarjeta débito) y «algo que se sabe» (la clave numérica), habrían sido vulnerados por factores atribuibles al cuentahabiente, desde el punto de vista fáctico -pues fue él quien perdió la tarjeta y la clave- y jurídico -en tanto la custodia de esos elementos le correspondía, lo que impide que surja para el banco cualquier carga de resarcimiento.”*

En este orden, corresponde a la entidad financiera, que de manera profesional ejerce la actividad constitucionalmente protegida, acreditar no solo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales sino el incumplimiento, a su vez, de las obligaciones propias del titular de la tarjeta de crédito, o la actuación u omisión culposa del consumidor financiero, que determine la concreción del daño.

Con este propósito, observa esta Delegatura que **BANCO DAVIVIENDA S.A.** señaló como fundamento de las excepciones propuestas en su escrito de contestación de la demanda, que *“que los movimientos desconocidos cursaron de manera exitosa, puesto que para el perfeccionamiento de las operaciones se superaron los mecanismos fuertes de autenticación sin ningún tipo de error en el sistema y con toda la información que debe conocer exclusivamente el demandante, como lo son la Clave estática personal asignada de 4 dígitos, así como el código de confirmación que llega por mensaje de texto al número celular registrado, datos que son de uso exclusivo y personal de cada titular del*



DaviPlata. Toda vez que la información mencionada es de custodia y salvaguarda exclusiva del señor JRGE ALBERTO BALAGUERA y no de mi representada, no habría lugar a que la Delegatura acoja las pretensiones de la demanda, por haberse configurado las excepciones de mérito que se proponen en esta contestación y se demostrarán a lo largo del debate probatorio.”

Adicionalmente, indica que “*se debe de resaltar que la aplicación Daviplata está diseñada para la facilidad en su manejo, pero que así mismo, se encuentra protegida a través de mecanismos fuertes de seguridad, tales como (i) tipo de documento, (ii) número de documento, (iii) clave virtual secreta, y (iv) el código de autenticación OTP remitido al abonado telefónico vinculado al Daviplata para sus diferentes usos. En este orden de ideas, de cara a este medio exceptivo importa analizar detenidamente como el actuar de JORGE ALBERTO BALAGUERA fue la causa del daño que se pretende imputar a mi mandante, toda vez que, si las transferencias objetadas en este proceso fueron exitosas, ello fue por un actuar imputable exclusivamente de su parte”*

Ahora bien, explica la entidad que para el curso de la primera transacción, es decir la transferencia entre cuentas, se requiere ingresar a la aplicación con el numero de cedula con la clave, elegir la opción para pasar plata, el valor y los datos del receptor y confirmar el envío.

Sea el caso poner de presente que para el curso de esta operación, no se requería clave OTP para el curso de la misma.

Ahora bien, para el curso del retiro se requiere el ingreso a la aplicación, la selección del tipo de operación y para poder realizar el retiro, se requiere contar con la clave OTP remitida por la entidad al número celular registrado por el demandante.

Aunado a lo anterior, recuérdese que en la gestión del producto aludido, no solo le corresponde a la entidad financiera el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el respectivo contrato, toda vez que el artículo 3° de la Ley 1328 de 2009 establece que “*...Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros”*

En armonía con lo anterior, se contemplan unos requerimientos mínimos de seguridad y calidad en la prestación de servicios financieros, contenidos en el Capítulo I del Título II de la Parte I de la Circular Básica Jurídica, Circular Externa 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia, que deben asegurar las entidades financieras según el tipo de canal que ponen a disposición de sus clientes, integran las obligaciones contractuales de la entidad financiera. Con estas se busca mitigar los riesgos naturales y propios de la actividad que asumen en su ejercicio profesional y de la que consecuentemente se benefician, sin que – en todo caso – se entiendan dispensadas de adoptar otros mecanismos adicionales que resulten adecuados para minimizar la ocurrencia de situaciones que afecten el normal desarrollo de sus operaciones o representen peligro para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales con los consumidores financieros.

Entre ellas, resulta especialmente relevante para el análisis que ocupa al Despacho, la consistentes en “**2.3.4.12. Obligaciones específicas para tarjetas débito y crédito. 2.3.4.12.12. Adoptar mecanismos de seguridad para la realización de operaciones en ambiente no presente, adicionales a la validación del número de la tarjeta, la fecha de vencimiento y un código de verificación estático, tales como autorización por parte del consumidor financiero desde la app, CVV dinámico, tokenización y 3DSecure, entre otros.”**

Sobre el particular, las partes no discuten que las operaciones cursaron de manera no presencial, pero encuentra el despacho que para el curso de la primera operación desconocidas por la demandante, no se estableció ningún mecanismo de seguridad tipo clave OTP, CVV dinámico, token virtual u otro, que hubiera otorgado mayor robustez a la seguridad del producto y en consecuencia ayudado a que las operaciones controvertidas, no hubieran cursado.



Frente a la segunda operación, si bien fue remitida una clave OTP conforme al Log de mensajes allegado al plenario con la contestación de la demanda, lo cierto es que en el mismo no se observa a donde fue remitida la misma.

Ahora bien, el demandante manifiesta que se enteró de la situación que se estaba presentando con su cuenta Daviplata por un correo electrónico y no mediante mensaje de texto, y a pesar que la entidad manifiesta que solo notifica de las circunstancias propias de la cuenta únicamente a través de mensaje de texto, lo cierto es que dicha afirmación no encuentra soporte alguno en el material probatorio presentado, por lo que este despacho no encuentra soporte suficiente para considerar que las claves OTP hubieran sido remitidas al consumidor financiero.

Por lo que, es del caso poner de presente que la sola afirmación del Banco demandado respecto de la culpa o presunto descuido del acto respecto de la custodia de sus elementos transaccionales, no es suficiente para desvirtuar el argumento en el cual la demandante finca las pretensiones de su demanda, es decir la no realización ni autorización de la operación por parte suya.

Lo anterior, dado que no basta hacer mención a una mera inferencia a causa de un resultado, si no que la misma, debió extenderse a la esfera de lo probado y, por ende, haberse acreditado a través de los diferentes medios probatorios establecidos dentro del ordenamiento jurídico – procesal.

Sin embargo, como ya se indicó, no hay soporte probatorio alguno que permita acreditar que efectivamente el consumidor financiero perdió la custodia de sus elementos transaccionales y por este motivo al no acreditarse por la entidad financiera demandada el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del demandante, y por el contrario, al encontrarse acreditado en el plenario que la BANCO DAVIVIENDA desatendió sus obligaciones al autorizar las dos compras no presenciales sin que se cumplieran con los requisitos de seguridad instruidos por esta Superintendencia para el curso de este tipo de transacciones, resulta evidente la responsabilidad contractual por parte de **BANCO DAVIVIENDA S.A.** conforme se señala en sentencia ya citada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (23 de diciembre de 2016, con ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez, SC18614-2016- Radicación n° 05001-31-03-001-2008-00312-01: *“En otras palabras, si la sustracción no fue el resultado de una actuación culposa del cliente, quiere decir que cualquiera pudo ser víctima, y era un deber inexcusable de la entidad financiera precaverlo”*).

En este orden de ideas, se condenará a **BANCO DAVIVIENDA S.A.** a realizar dentro de los 10 días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia el pago de \$3.928.000 correspondientes a los recursos que fueron debitados de la que afectaron el saldo de la cuenta DAVIPLATA terminada en el No. 9530 de titularidad del demandante el pasado 20 de diciembre de 2023.

Por lo anterior, se declararán no probadas las excepciones de *“HECHO DE LA VÍCTIMA COMO CAUSA EXCLUSIVA DEL DAÑO Y EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO DAVIVINEDA, DILIGENCIA DEL BANCO DAVIVIENDA Y CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES PROFESIONALES, INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO DAVIVIENDA EN LOS HECHOS QUE SUSTENTAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA POR AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD, INCUMPLIMIENTO DEL DEMANDANTE DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y DE SUS DEBERES COMO CONSUMIDOR FINANCIERO, BUENA FE POR PARTE DEL BANCO DAVIVIENDA”* propuestas por **BANCO DAVIVIENDA S.A.**

Respecto de la excepción que la pasiva denominó *“BUENA FE POR PARTE DE BANCO DAVIVIENDA”*, se tendrá sin efectos, en la medida que en el proceso no se debatía la buena fe de la entidad financiera en la realización de las operaciones sino su cumplimiento contractual, por lo que ningún sentido tiene debatir si medió o no la buena fe de la entidad financiera, máxime teniendo en cuenta que conforme lo previsto en el artículo 835 del Código de Comercio se presume la buena fe *“aún la exenta de culpa”*.



Finalmente, téngase que el trámite de la acción de protección al consumidor se caracteriza por ser ágil y expedito, en la medida en que la mayoría de las gestiones de notificación y afines que en principio estarían en cabeza de las partes, la Delegatura adelanta las mismas brindado el apoyo requerido para tal fin, y que es un expediente virtual, por lo que atendiendo a que el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P a cuyo tenor, “*solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”, no habrá condena en costas por no aparecer ellas causadas ni comprobadas, sin que la conducta de la parte demandante conlleve per se ese efecto.

Conforme con lo expuesto 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 no probadas o sin efectos las excepciones de mérito que la pasiva denominó “*HECHO DE LA VÍCTIMA COMO CAUSA EXCLUSIVA DEL DAÑO Y EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO DAVIVINEDA, DILIGENCIA DEL BANCO DAVIVIENDA Y CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES PROFESIONALES, INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO DAVIVIENDA EN LOS HECHOS QUE SUSTENTAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA POR AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD, INCUMPLIMIENTO DEL DEMANDANTE DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y DE SUS DEBERES COMO CONSUMIDOR FINANCIERO, BUENA FE POR PARTE DEL BANCO DAVIVIENDA*”, por las razones indicadas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR contractualmente responsable a **BANCO DAVIVIENDA S.A** en los términos de esta providencia, de los perjuicios sufridos por **JORGE ALBERTO BALAGUERA HERNANDEZ** respecto de las operaciones que cursaron el 20 de diciembre de 2023 con cargo al saldo de la cuenta DAVIPLATA terminada en el No. 9530.

TERCERO: ORDENAR a **BANCO DAVIVIENDA S.A.** a que proceda en un lapso no mayor a diez (10) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de este proveído, a **PAGAR** la suma de \$3.928.000 a **JORGE ALBERTO BALAGUERA HERNANDEZ**.

A partir del día siguiente al acá señalado como plazo de pago, sobre este valor de capital se generarán intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida.

El cumplimiento de la orden que se imparte en esta sentencia deberá ser acreditado por **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, dentro de los CINCO (5) días hábiles siguientes contados a partir de la expiración del plazo otorgado para el mismo, advirtiéndose que el incumplimiento de las órdenes aquí impartidas puede ocasionarle la sanción de que trata el numeral 11 del artículo 58 de la ley 1480 de 2011.

CUARTO: Sin condena en costas

En firme esta decisión, por Secretaría archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



**GERMAN ANDRES ROBLES LAGUNA
PROFESIONAL UNIVERSITARIO**

Copia a:

Elaboró:

GERMAN ANDRES ROBLES LAGUNA

Revisó y aprobó:

GERMAN ANDRES ROBLES LAGUNA

<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>28 de agosto de 2024</u></p> <p> MARCELA SUÁREZ TORRES Secretario</p>