

345.

JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO

MELGAR TOLIMA, JULIO OCHO (8) DE DOS MIL VEINTIDOS (2022).-

PROCESO	C. 1 VERBAL DE RESPONSABILIDAD
RADICACIÓN Nº.	73449-31-03-002-2021-00091-00
DEMANDANTE	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALA
DEMANDADO	BANCO DAVIVIENDA S.A.

Declárase legalmente contestada la demanda por parte de BANCO DAVIVIENDA S.A.

De los medios exceptivos de merito propuestos a su nombre, se corre traslado a la parte demandante por el término de cinco días, para que se pronuncie y pida las pruebas que estime pertinentes.-

Digitalizado el expediente, remítasele a la bandeja electrónica de las partes aquí intervinientes.-

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.



FANNY VELASQUEZ BARON

Juez.-

JUZGADO 2 CIVIL CIRCUITO MELGAR-TOLIMA	
SECRETARIA	
La providencia anterior se notifica por estado fijado en la secretaria a la hora de las 8:00 A.M.	
No. <u>42</u>	De hoy DE 2022
SECRETARIO	11 JUL 2022
HENRY QUIROGA RODRIGUEZ	

Señores

JUZGADO SEGUNDO (2º) CIVIL DEL CIRCUITO DE MELGAR-TOLIMA

E. S. D.

Proceso: Verbal
Radicado: 2021-00091-00
Demandante: Municipio Carmen de Apicalá
Demandado: BANCO DAVIVIENDA S.A.
Asunto: Contestación de la demanda

LUIS HUMBERTO USTÁRIZ GONZÁLEZ, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.506.641 expedida en la ciudad de Bogotá D.C., abogado titulado e inscrito con la tarjeta profesional número 71.478 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial del **BANCO DAVIVIENDA S.A.** (en adelante "BANCO DAVIVIENDA", "BANCO" o "DAVIVIENDA"), con Número de Identificación Tributaria 860034313-7, tal y como consta en el poder y el Certificado de Existencia y Representación Legal que reposan en el expediente, encontrándome dentro de la oportunidad legal respectiva, acudo ante su Despacho con el fin de **CONTESTAR LA DEMANDA** promovida por el MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ en contra de BANCO DAVIVIENDA, en los siguientes términos:



Tabla de contenido

I. OPORTUNIDAD	3
II. INTRODUCCIÓN	4
III. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.....	6
IV. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA.....	11
V. EXCEPCIONES Y MEDIOS DE DEFENSA.....	29
VI. PRUEBAS	85
VII. ANEXOS	90
VIII. NOTIFICACIONES	91

I. OPORTUNIDAD

La presente contestación de demanda se allega en tiempo oportuno, de acuerdo con el conteo de términos que a continuación refiero:

- > DAVIVIENDA fue notificada por conducta concluyente por medio de auto de fecha 8 de abril de 2022 notificado por estado el 18 de abril de 2022.
- > De conformidad con el auto de fecha 8 de abril de 2022 notificado por estado el 18 de abril de 2022, el término para contestar la demanda empieza a correr al tercer día de recibido el expediente digital, el cual se recibió el 22 de abril de 2022.
- > En este sentido, el término para contestar la demanda inició el 27 de abril de 2022 y culmina el 24 de mayo de 2022.

En este sentido, esta contestación se presenta en forma oportuna.



II. INTRODUCCIÓN

En el presente proceso, el Municipio de Carmen de Apicalá pretende que BANCO DAVIVIENDA le reintegre la suma de \$299.000.202, correspondiente a dos operaciones efectuadas el día 17 de junio de 2019, desde el Portal Empresarial de BANCO DAVIVIENDA, con cargo a la Cuenta de Ahorros No. 282674217 migrada a la Cuenta de Ahorros No. 0550446000178306, de su titularidad y las cuales afirma no haberlas realizado ni autorizado.

Sin embargo, como se demostrará en el debate probatorio, no hay lugar a acoger las pretensiones del demandante por configurarse las siguientes excepciones de mérito:

- > HECHO DE LA VÍCTIMA COMO CAUSA EXCLUSIVA DEL DAÑO Y EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO DAVIVIENDA
- > LAS OPERACIONES DESCONOCIDAS SE ENCUENTRAN AJUSTADAS AL PERFIL TRANSACCIONAL DEL MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ RESPECTO DEL Y USO Y MANEJO CUENTA DE AHORROS No. 282674217 MIGRADA A LA CUENTA DE AHORROS NO. 0550446000178306 A TRAVÉS DEL PORTAL EMPRESARIAL
- > DILIGENCIA DEL BANCO DAVIVIENDA Y CUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES PROFESIONALES.
- > INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE BANCO DAVIVIENDA EN LOS HECHOS QUE SUSTENTAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA POR AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD.
- > PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL POR PARTE DE BANCO DAVIVIENDA.
- > IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE INTERESES PRETENDIDOS POR LA PARTE ACTORA

Es decir, a la luz de la nueva posición de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia del 18 de diciembre del 2020, Magistrado Ponente Dr. Luis Alonso Rico Puerta, SC5176-2020, el Municipio de Carmen de Apicalá desplegó una conducta negligente con base en la cual dio lugar a la pérdida del dinero que hoy se duele en el presente proceso y trata de trasladar la responsabilidad al BANCO DAVIVIENDA, cuando en realidad el único responsable de su conducta negligente es la parte actora en este proceso.

MANIFESTACIÓN PRELIMINAR CONCEPTUAL

Es imposible no realizar un pronunciamiento sobre la Sentencia SC5176-2020, cuyo Magistrado Ponente es el doctor Luis Alonso Rico Puerta, en la medida que la misma se ha encargado de dilucidar décadas de discusión sobre el régimen de responsabilidad contractual que tienen las entidades del sector financiero.

En efecto, en dicho texto podemos encontrar el desarrollo de la responsabilidad civil de las instituciones financieras con la disyuntiva subjetiva y objetiva.

Con la primera, el incumplimiento de las prestaciones a cargo de una entidad financiera compromete su responsabilidad civil, a *"menos que se pruebe la existencia de una causa extraña, particularmente la denominada "culpa exclusiva de la víctima"*.

Y en la segunda, se asigna *"la carga de indemnizar los daños producidos por una actividad potencialmente riesgosa a quien la desarrolla, sin calificar la diligencia de su comportamiento, bajo el amparo de la "Teoría del Riesgo"*.

La Honorable Corte Suprema de Justicia llegó a una conclusión en ambos estadios. En el primero, es decir en el ámbito de la responsabilidad civil subjetiva acotó *"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 jurídica del daño para definir en qué medida una u otra fue la determinante en la ocurrencia del hecho dañoso"*.

En cuanto a la responsabilidad civil objetiva, señaló la Corte que *"la prestación accesoria de la entidad financiera constituye un deber de "resultado", no solo por la distribución del riesgo de la operación, sino también por las características especiales de la relación entre consumidor financiero y la entidad donde tiene depositado sus recursos, que lleva ínsita la garantía de salvaguarda de los dineros captados del público"*.

En todo caso, finalizó la Corte indicando que *"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"*



III. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 96 del Código General del Proceso, frente a las pretensiones de la demandante me pronuncio expresa y concretamente, en el orden que fueron expuestas en el escrito de la demanda, no obstante lo anterior, se realiza un pronunciamiento general de las razones por las cuales mi mandante se opone a la prosperidad de las pretensiones formuladas por el Municipio de Carmen de Apicalá y las razones por las cuales estas se encuentran destinadas al fracaso:

BANCO DAVIVIENDA se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por cuanto tal como se probará en el presente proceso, no existe un solo elemento que permita determinar que el Banco por acción o por omisión permitió la realización de las operaciones debatidas en el presente proceso y que en consecuencia le pueda ser atribuida responsabilidad alguna respecto de las pretensiones de la demanda, por el contrario, se probará que las operaciones reclamadas se dieron como consecuencia de una culpa exclusiva de la víctima, atendiendo a que las mismas cursaron de manera exitosa con el lleno de los requisitos para el efecto, esto es: i) habiéndose superado los factores de autenticación establecidos por el BANCO tanto para el ingreso al Portal Empresarial, como para la realización de operaciones a través del mismo, correspondiendo dichos factores de autenticación de la información transaccional que debía encontrarse en conocimiento y custodia exclusiva del usuario habilitado por el Municipio de Carmen de Apicalá ante BANCO DAVIVIENDA, ii) las operaciones se realizaron desde una IP habitual desde la cual el Municipio de Carmen de Apicalá acostumbraba a transar a través del Portal Empresarial, iii) las operaciones se encuentran dentro del perfil transaccional del Municipio de Carmen de Apicalá y, iv) se encontró que el equipo de cómputo a través del cual el Municipio de Carmen de Apicalá accedía al Portal Empresarial tenía instalado un malware que permitía acceso remoto de tercos no autorizados al mismo.

FRENTE A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

PRIMERA: Que se DECLARE LA RESPONSABILIDAD BANCARIA CONTRACTUAL, por las fallas de seguridad en cuanto a los sistemas de alerta de los giros superiores a VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$20.000.000.)

BANCO DAVIVIENDA se opone a la misma y por tanto a su prosperidad, habida cuenta que mi mandante no se encuentra obligado a alertar al Municipio de Carmen de Apicalá cuando este realice operaciones superiores a los \$20.000.000, por cuanto no existe obligación legal ni contractual que lo obligue en dicho sentido, razón por la cual de ninguna manera podría hablarse de una falla de seguridad en los sistemas de alerta.

FRENTE A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

SEGUNDA: Se **DECLARE EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CUENTA DE AHORROS**, por cuanto incumplió el contrato de prestación de servicios bancarios, que tiene el municipio de Carmen de Apicalá (Tolima) con la entidad **BANCARIA DAVIVIENDA S.A**, teniendo en cuenta que la entidad bancaria tiene la **Obligación de Custodia y deber de seguridad de los dineros del Municipio**.

BANCO DAVIVIENDA se opone a la misma y por tanto a su prosperidad, toda vez que mi mandante no ha incumplido contrato alguno con el Municipio de Carmen de Apicalá, por cuanto si el Banco permitió la realización de las operaciones que se debaten en el presente proceso, fue precisamente porque las mismas se dieron con todos los elementos necesarios para su éxito, lo cual le permitió al Banco asumir de manera razonable y profesional que quien se encontraba realizando las operaciones era el Municipio, siendo en consecuencia la realización de dichas operaciones responsabilidad exclusiva del Municipio de Carmen de Apicalá.

FRENTE A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

TERCERA: Se **DECLARE CONTRACTUALMENTE LA RESPONSABILIDAD AL BANCO DAVIVIENDA S.A** por la sustracción no



autorizada en dos (2) transacciones, una con un proceso de pago No. 2913411 por la suma de **CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$187.000.000)** y otra con un proceso de pago de 2914422 por un valor de **CIENTO DOCE MILLONES DOSCIENTOS DOS PESOS M/CTE (112.000.202)**, para una suma total de **DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS DOS PESOS M/CTE (\$299.000.202.00)**, las cuales se realizaron el día 17 de junio de 2019.

BANCO DAVIVIENDA se opone a la misma y por tanto a su prosperidad, por cuanto tal como se probará en el presente proceso, la responsabilidad por la realización de las operaciones por las que reclama el Municipio de Carmen de Apicalá resultan ser de su exclusiva responsabilidad y por ende es quien se encuentra llamada a asumir el valor de las mismas.

FRENTE A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

CUARTA: Que de las anteriores, el Banco Davivienda S.A, realice el **REEMBOLSO** total del dinero retirado de la cuenta No. 282674217 de Fondos comunes del Municipio de Carmen de Apicalá (Tolima), sin autorización, afectando los recursos públicos.

BANCO DAVIVIENDA se opone a la misma y por tanto a su prosperidad, teniendo en cuenta que mi mandante no es responsable ni por acción ni por omisión de las operaciones que afectaron la Cuenta de Ahorros No. 282674217 migrada a la Cuenta de Ahorros No. 0550446000178306 y que fueren realizadas el 17 de junio de 2019.

FRENTE A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

QUINTA: Que se paguen los intereses moratorios que se causen desde el día 17 de junio de 2019 hasta el día que se haga el desembolso efectivo de los recursos por parte del Banco DAVIVIENDA.

BANCO DAVIVIENDA se opone a la misma y por tanto a su prosperidad, toda vez que si no hay lugar al reconocimiento de la suma de dinero reclamado por concepto de capital por las razones ya anotadas, mucho menos hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios, por cuanto mi mandante no se encuentra en mora de cumplir obligación alguna ante el Municipio de Carmen de Apicalá.

FRENTE A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

SEXTA: Que el Banco Davivienda S.A, reconozca y pague los daños antijurídicos, causados al municipio de Carmen de Apicalá (Tolima), teniendo en cuenta que la Entidad Bancaria causo un daño patrimonial al municipio.

BANCO DAVIVIENDA se opone a la misma y por tanto a su prosperidad, por cuanto no se encuentra probado que los daños antijurídicos que alega la parte haber sufrido, hubieran sido causados por BANCO DAVIVIENDA por acción o por omisión, debiendo tener en cuenta que nos encontramos ante un proceso judicial en el cual no basta con afirmar, sino que es necesario que lo dicho en el proceso cuente con el correspondiente sustento probatorio.

FRENTE A LA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

SEPTIMA: Que en subsidio se formulan las peticiones indemnizatorias, por VÍA EXTRA CONTRACTUAL.

No corresponde a una pretensión en estricto sentido sino a una enunciación de aquellas que corresponderán a pretensiones subsidiarias de la demanda.

FRENTE A LA PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA Y CUARTA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA:

PRIMERA: Que se **DECLARE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL**, por las fallas de seguridad en cuanto a los alertamientos de los giros superiores a **VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$20.000.000.00)**.



SEGUNDA: Se DECLARE LA **RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL** que tiene la entidad **BANCARIA**

DAVIVIENDA S.A. que ante los malos manejos en los controles de las cuentas bancarias, el municipio de Carmen de Apicalá (Tolima) perdió la suma de **DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS DOS PESOS M/CTE (299.000.202.00)**

TERCERA: Que se paguen los intereses moratorios que se causen desde el día 17 de junio de 2019 hasta el día que se haga el desembolso efectivo de los recursos por parte del Banco DAVIVIENDA.

CUARTA: Que el Banco Davivienda S.A, reconozca y pague los daños antijurídicos, causados al Municipio de Carmen de Apicalá (Tolima), teniendo en cuenta que la Entidad Bancaria causo un daño patrimonial al municipio.

BANCO DAVIENDA se opone a las pretensiones subsidiarias y por tanto a su prosperidad, no solo por los argumentos expuestos en cuanto a la oposición a las pretensiones principales, sino en razón a que las partes del presente proceso se encuentran vinculadas por el Contrato de Cuenta de Ahorros No. 282674217 migrada a la Cuenta de Ahorros No. 0550446000178306, lo que conlleva a que no haya lugar a hablar de responsabilidad civil extracontractual, por cuanto jurídicamente dicho concepto no tendría cabida en el presente proceso.

IV. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Me refiero a los hechos expuestos por la demandante en su demanda en el orden en que fueron narrados en la misma:

FRENTE AL HECHO PRIMERO:

2.1 Que la alcaldía del municipio del Carmen de Apicalá (Tolima), tiene cuentas bancarias con el Banco DAVIVIENDA desde hace varios años y donde los productos se han manejado sin inconveniente alguno.

CONTESTO: Son diferentes las circunstancias narradas en este hecho a las cuales me refiero así:

- ❖ Es cierto que el Municipio de Carmen de Apicalá tiene diferentes productos con BANCO DAVIVIENDA, dentro de los cuales se encuentra la Cuenta de Ahorros No. 282674217 migrada a la Cuenta de Ahorros No. 0550446000178306.

Tipo	Producto	Nro. producto	Descripción de subproducto	Estado	Oficina radicada
PRODUCTO	CUENTA AHORRO	0550446000120046	CUENTA DE AHORROS DAMAS-OFICIAL	VIGENTE	OF. MELGAR SUC. BAQUE
PRODUCTO	CUENTA AHORRO	0550446000178730	CUENTA DE AHORROS DAMAS-OFICIAL	VIGENTE	OF. MELGAR SUC. BAQUE
PRODUCTO	CUENTA AHORRO	0550446000176748	CUENTA DE AHORROS DAMAS-OFICIAL	VIGENTE	OF. MELGAR SUC. BAQUE
PRODUCTO	CUENTA AHORRO	0550446000176797	CUENTA DE AHORROS DAMAS-OFICIAL	VIGENTE	OF. MELGAR SUC. BAQUE
PRODUCTO	CUENTA AHORRO	0550446000178284	CUENTA DE AHORROS DAMAS-OFICIAL	VIGENTE	OF. MELGAR SUC. BAQUE
PRODUCTO	CUENTA AHORRO	0550446000178272	CUENTA DE AHORROS DAMAS-OFICIAL	VIGENTE	OF. MELGAR SUC. BAQUE

- ❖ No es cierto que los productos de titularidad del Municipio de Carmen de Apicalá se hayan manejado sin inconveniente alguno, por cuanto, debe tenerse en cuenta que de manera previa a los hechos que nos ocupan en el presente proceso, se presentó un intento de fraude el 24 de abril de 2019 con cargo a la Cuenta de Ahorros No. 282674217 migrada a la Cuenta de Ahorros No. 0550446000178306.



FRENTE AL HECHO SEGUNDO:

2.2 Que a pesar de los controles que tiene el BANCO DAVIVIENDA el día 17 de junio de 2019, se realizaron unas transferencias bancarias desde la cuenta No. 282674217 del Banco Davivienda y corresponde al municipio de Carmen de Apicalá (Tolima), a la cuenta corriente No.17849457887 del Banco BANCOLOMBIA, sin ningún tipo de control por parte del Banco y que llevaron al retiro irregular de recursos públicos del municipio.

CONTESTO: Son diferentes las circunstancias narradas en este hecho a las cuales me refiero así:

- Es cierto que el 17 de junio de 2019 se realizaron dos transferencias desde la Cuenta de Ahorros No. 282674217 migrada a la Cuenta de Ahorros No. 0550446000178306, por valores de \$187.000.000 y \$112.000.202, las cuales el Municipio de Carmen de Apicalá afirma no haber realizado.
- No es cierto que BANCO DAVIVIENDA no hubiere realizado ningún tipo de control respecto de las transferencias anotadas y que fueron realizadas el 17 de junio de 2019, por cuanto es claro que las mismas cursaron con total normalidad, esto es: i) con la totalidad de la información transaccional que se encontraba en conocimiento y custodia exclusiva del Municipio de Carmen de Apicalá, ii) las operaciones se realizaron desde una IP habitual para el acceso al Portal Empresarial por parte del Municipio de Carmen de Apicalá, iii) las operaciones se encontraban dentro del perfil transaccional del Municipio de Carmen de Apicalá; de manera que, no existió motivo alguno para que las operaciones generaran algún tipo de alertamiento ante el Banco por el cual hubiera tenido que activar algún tipo de control.

Así mismo, se advierte desde ya que las operaciones por las cuales reclama el Municipio de Carmen de Apicalá se dieron a consecuencia de su actuar descuidado y negligente, al no cumplir con las recomendaciones de seguridad que le fueron impartidas, ya que se pudo determinar que para la fecha de los hechos que nos ocupan, el equipo de cómputo a través del cual el Municipio accedía al Portal Empresarial tenía instalada un Malware que permitía el acceso remoto al mismo.

FRENTE AL HECHO TERCERO:

2.3 Que el día 5 de julio de 2019, la señora **DEISY TRIANA HERRERA**, identificada con la cedula de ciudadanía no. 52269720, funcionaria de la administración municipal y quien realizaba la conciliación de las cuentas que el municipio tiene en el Banco Davivienda, evidenció que faltaban los soportes de las transacciones con numero Doc.9605 por el valor de **CIENTO OCHENTA Y SIETE**

MILLONES DE PESOS (\$187.000.000.00) M/CTE, y Doc. 3614 por un valor de CIENTO DOCE MILLONES DOSCIENTOS DOS PESOS (\$112.000.202.00) M/CTE.

CONTESTO: No le consta a BANCO DAVIVIENDA las condiciones de modo tiempo y lugar en que el Municipio de Carmen de Apicalá a través de sus funcionarios se percataron de la realización de las operaciones que hoy desconoce en el presente proceso, esto, por ser un hecho ajeno a mi mandante en el cual no tuvo participación ni intervención alguna.

No obstante lo anterior, se advierte desde ya que el Municipio de Carmen de Apicalá pudo enterarse de la realización de las operaciones que hoy desconoce desde el mismo día que las mismas fueron efectuadas, por cuanto para ese mismo día entre la realización de una y otra de las operaciones desconocidas, el Municipio de Carmen de Apicalá presentó diferentes ingresos al Portal Empresarial y así mismo realizó operaciones que no desconoce, de manera que, en uno de dichos ingresos al Portal Empresarial pudo, sin lugar a dudas, percatarse de los cambios presentados en el saldo disponible de la Cuenta de Ahorros No. 282674217 migrada a la Cuenta de Ahorros No. 0550446000178306 y así enterarse de la realización de las operaciones debatidas en el presente proceso.



FRENTE AL HECHO CUARTO:

2.4 Que la señora **DEISY TRIANA HERRERA**, funcionaria de la administración municipal al darse cuenta de lo soportes faltantes pone en conocimiento a su jefe inmediato al señor **GONZALO SÁNCHEZ MORENO**, quien de forma inmediata (5 de julio de 2019), se dispuso a llamar al Banco Davivienda, para informar la novedad y tomar las acciones pertinentes.

CONTESTO: Son diferentes las circunstancias narradas en este hecho a las cuales me refiero así:

- > No le consta a BANCO DAVIVIENDA que la señora Deisy Triana Herrera hubiera puesto en conocimiento del señor Gonzalo Sánchez Moreno de los soportes faltantes, por tratarse de una circunstancia ajena a mi mandante en la cual no tuvo participación alguna.
- > Es cierto que el 5 de julio de 2019 el señor Gonzalo Sánchez Moreno se puso en contacto con el Banco.

FRENTE AL HECHO QUINTO:

2.5 Que el Bando Davivienda dio respuesta de la solicitud y novedad presentada por el señor Gonzalo Sánchez Moreno el día 18 de julio de 2019, "Revisados las dos transacciones realizadas el día 17 de junio de 2019 una por la suma de \$187.000.000 fue originada el proceso de pago 2913411 y la otra transacción por la suma de \$112.000.202, fue originada desde el proceso 29144422 ambas transacciones iban con destino a la cuenta corriente 17849457887 en Bancolombia cuyo documento de identificación aparece la cedula 79692010. Ambos procesos de pago fueron procesados por el usuario Edgar Gonzalo Sánchez Moreno con cedula 1106397172."

CONTESTO: Es cierto, sin embargo, por tratarse de un hecho que se prueba con documento me remito al contenido y literalidad de la respuesta emitida por BANCO DAVIVIENDA el 18 de julio de 2019.

FRENTE AL HECHO SEXTO:

2.6 Que esas transacciones **NO** se realizaron desde el Computador del señor Edgar Gonzalo Sánchez Moreno, teniendo en cuenta que la información transaccional **NO** aparece en el computador del funcionario de la Alcaldía del Municipio de Carmen de Apicalá (Tolima).

CONTESTO: No le consta a BANCO DAVIVIENDA si las operaciones fueron realizadas desde el equipo de cómputo del señor Edgar Gonzalo Sánchez Moreno, pero, lo cierto es que las operaciones se realizaron con la información y elementos transaccionales que debían encontrarse en conocimiento y custodia exclusiva del señor Edgar Gonzalo Sánchez Moreno, además de haber sido realizadas desde la IP que resultaba habitual para que el Municipio de Carmen de Apicalá accediera y transara a través del Portal Empresarial.

FRENTE AL HECHO SÉPTIMO:

2.7 Que dentro de la información aportada por la entidad Banco DAVIVIENDA S.A, a través del oficio del 18 de julio de 2019, manifestó que las transacciones que suman un valor de **DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS DOS PESOS (\$299.000.202.00)**, corresponde a la cedula de ciudadanía número 79.692.010.

CONTESTO: Es cierto, sin embargo, como se anotó por tratarse de un hecho que se prueba con documento me remito al contenido y literalidad de la respuesta emitida por BANCO DAVIVIENDA el 18 de julio de 2019.

FRENTE AL HECHO OCTAVO:

2.8 Que el día 19 de julio de 2019, se interpuso la denuncia penal por la modalidad o uso de aparatos informáticos, ante la Fiscalía General de la Nación Seccional Melgar (Tolima) y la cual tiene el radicado en SPOA 734496099125201900848.



CONTESO: No le consta a BANCO DAVIVIENDA por tratarse de un hecho ajeno a mi mandante en el cual no tuvo participación alguna, sin embargo, el Banco se atiene a lo que resulte probado en el presente proceso respecto a la manifestado en el hecho.

FRENTE AL HECHO NOVENO:

2.9 Que se solicitó al representante Legal del Banco Davivienda S.A, el reembolso de dineros retirados de la cuenta de ahorros No. 282674217 del Municipio del Carmen de Apicalá (Tolima), retirados de forma inconsulta vulnerándose los sistemas de seguridad del Banco, de lo cual se negó a devolver esos recursos públicos.

CONTESTO: Son diferentes las circunstancias narradas en este hecho a las cuales me refiero así:

- Es cierto que el Municipio Carmen de Apicalá solicitó a BANCO DAVIVIENDA el reintegro de la suma de \$299.000.202 correspondientes a las dos operaciones que alega no haber realizado el 17 de junio de 2019, pero que fueron cargadas a la Cuenta de Ahorros No. 282674217 migrada a la Cuenta de Ahorros No. 0550446000178306.
- No es cierto que las operaciones discutidas en el presente proceso fueran realizadas de forma inconsulta vulnerándose los sistemas del Banco, por cuanto lo cierto tal como quedará demostrado en el presente proceso, es que los únicos sistemas que fueron vulnerados fueron los del Municipio de Carmen de Apicalá, permitiéndose con esto la realización de las operaciones que hoy desconoce, más no así ocurrió con los sistemas del Banco.
- Es cierto que el BANCO DAVIVIENDA se negó a reintegrar los recursos reclamados por el Municipio de Carmen de Apicalá, toda vez que luego de realizar un análisis de fondo respecto de lo ocurrido, se encontró que la realización de las operaciones le resulta única y exclusivamente atribuibles al Municipio.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO:

2.10 Que se ofició a la entidad BANCOLOMBIA Sucursal Melgar (Tolima), de carácter Urgente la información del titular de la cuenta corriente No. 17849457887, donde se realizó la transacción.

CONTESTO: Es cierto, aclarando que se trató de un hecho en el cual el BANCO DAVIVIENDA no tuvo participación alguna.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO PRIMERO:

2.11 Que en respuesta del 31 de julio de 2016 (error de digitación), manifestó *"Que la cuenta corresponde al señor Rodrigo Sánchez Cuellar, de igual informan que para el día 17 de junio de 2019, se registran dos pagos..."*

CONTESTO: Si bien en el hecho no se indica quien emitió dicha respuesta, es del caso aclarar que de las pruebas aportadas con la demanda se puede advertir que la misma fue emitida por Bancolombia, de manera que, al tratarse de un hecho que se prueba con documento me remito al contenido y literalidad del mismo.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO SEGUNDO:

2.12 Que se solicitó al Contralor Departamental del Tolima, el día 24 de julio de 2019, acompañamiento y auditoría interna para el tratamiento de presunto caso de hurto por medios informáticos.

CONTESTO: No le consta a BANCO DAVIVIENDA por tratarse de un hecho ajeno a mi mandante en el cual no tuvo participación alguna, de manera que mi mandante se atiene a lo que se pruebe en el presente proceso.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO TERCERO:

2.13 Que se solicitó a Procuraduría Provincial de Girardot – Cundinamarca, el 24 de julio de 2019, acompañamiento y auditoría interna para el tratamiento de presunto hurto por medios informáticos.

CONTESTO: No le consta a BANCO DAVIVIENDA por tratarse de un hecho ajeno a mi mandante en el cual no tuvo participación alguna, de manera que mi mandante se atiene a lo que se pruebe en el presente proceso.



FRENTE AL HECHO DÉCIMO CUARTO:

2.14. Que el día 31 de julio de 2019, se radico derecho de petición al BANCO DAVIVIENDA S.A, con copia a la Defensor del Consumidor Financiero Davivienda, en el cual se realizaron las siguientes peticiones:

"1. Se realice de manera inmediata las respectivas indagatorias y los trámites necesarios para determinar el modus operandi que usaron los presuntos financieros para apropiarse en forma ilícita de recursos públicos que se manejan en la cuenta de ahorros No. 282674217, la

cual fue aperturada e su entidad bancaria. 2. Las respectivas indicaciones y trámites son de carácter URGENTE e inmediato, teniendo en cuenta la gravedad de la situación por ser recursos públicos. 3. Se solicita que los dineros que fueron retirados, según las transacciones acá descritas, sean devueltos de manera inmediata y consignados a la misma cuenta de ahorros No. 282674217, propiedad del municipio del Carmen de Apicalá, de donde fueron retirados, debido a que estos hechos sucedidos son responsabilidad de la entidad bancaria, por falta de seguridad."

CONTESTO: Es cierto, sin embargo por tratarse de un hecho que se prueba con documento me remito al contenido y literalidad del derecho de petición presentado por el Municipio de Carmen de Apicalá ante BANCO DAVIVIENDA el 31 de julio de 2019.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO QUINTO:

2.15 Que el día 6 de agosto de 2019, se recibió respuesta de la Superintendencia Financiera de Colombia, manifestando el procedimiento a seguir frente a la queja y bajo el radicado 2020186357-002-000.

CONTESTO: No le consta a BANCO DAVIVIENDA por tratarse de una respuesta emitida por una entidad diferente a mi mandante, razón por la cual el Banco se atiene a lo que se prueba.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO SEXTO:

2.16 Que el día 20 de agosto de 2019, se adelantó la **DILIGENCIA FORENSE DEL BANCO DAVIVIENDA S. A. No. 1**, dentro de la cual intervinieron los señores del Banco Davivienda S.A, JACQUELINE HERRERA ONOFRE consulta ciber seguridad, ELBER NUÑEZ ARAGON consultor ciber seguridad, y por parte de la Alcaldía Municipal del Carmen de Apicalá, el señor EMILIANO SALCEDO OSORIO Alcalde Municipal, EDGAR GONZALO SANCHEZ MORENO secretario de Hacienda y tesoro Municipal y JOSÉ VICENTE MONTAÑA Jefe de control interno. En la cual se les manifestó a los consultores de Davivienda S.A, que la Fiscalía General de la Nación tienen conocimiento de los hechos acaecidos en la cuenta de ahorros de Fondos Comunes 282667427 a nombre del Municipio Carmen de Apicalá pertenecientes al Banco Davivienda Sucursal Melgar (Tolima), y por lo tanto se está a la espera de que los técnicos judiciales de dicha entidad hagan la revisión inicial al computador donde se realizaron las operaciones fraudulentas aludidas (...) el computador se dejó sellado, embalado y en custodia en la oficina del señor Alcalde Municipal...".

CONTESTO: Es cierto, sin embargo, por tratarse de un hecho que se prueba con documento me remito al Acta de Diligencia Forense del 20 de agosto de 2019.



FRENTE AL HECHO DÉCIMO SÉPTIMO:

2.17. Que la Contraloría remitió informe preliminar Modalidad Exprés de fecha 22 de agosto de 2019, en el cual entrega el Resultado Tramite denuncias 046 de 2019.

CONTESTO: No le consta a BANCO DAVIVIENDA por tratarse de un hecho ajeno a mi mandante en el cual no tuvo participación alguna, de manera que mi mandante se atiene a lo que se pruebe en el presente proceso.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO OCTAVO:

2.18 Que la Contraloría Departamental del Tolima, remitió oficio de fecha 18 de septiembre de 2019, respuesta de fondo – presuntas irregularidades en la Alcaldía Municipal de Carmen de Apicalá Tolima – D 046 de 2019, en la cual decide: *"Dar por terminada la actuación administrativa, procediendo a proferir el correspondiente Auto de Archivo, sin perjuicio de las acciones penales, disciplinarias, fiscales y sancionatorias derivadas del respectivo proceso auditor"*.

CONTESTO: No le consta a BANCO DAVIVIENDA por tratarse de un hecho ajeno a mi mandante en el cual no tuvo participación alguna, de manera que mi mandante se atiene a lo que se pruebe en el presente proceso.

No obstante lo anterior, debe advertirse desde ya que si nos remitimos al oficio al que se refiere el hecho y que fue aportado como prueba documental por el Municipio de Carmen de Apicalá, en este la Contraloría Departamental del Meta de manera previa a archivar la actuación administrativa, señalo:

Procedimiento que debió ser realizado y verificado por la persona responsable del manejo y control del Portal Banca Virtual de las cuentas bancarias del Municipio; situación que según certificación expedida por el Jefe de Control Interno del Carmen de Apicala, quien relaciona que "la cuenta de Ahorros del BANCO DAVIVIENDA de nombre FONDOS COMUNES con número 282674217 de propiedad del Municipio de Carmen de Apicala, la cual es objeto de análisis, con ocasión injustificada de \$299'000.202, posee el manejo único y exclusivo del señor Secretario de Hacienda, el cual es el usuario autorizado por la entidad municipal y reconocido por la entidad bancaria Davivienda, único poseedor del token y único funcionario con acceso al portal virtual, quien responde al nombre de EDGAR GONZALO SANCHEZ MORENO con cédula de ciudadanía 1.106.307.172 de Carmen de Apicala"; procedimiento que como lo informó el BANCO DAVIVIENDA mediante oficio de fecha 18 de julio de 2019, que "ambos procesos de pago fueron procesados por el usuario Edgar Gonzalo Sánchez Moreno con cédula 1106307172" (Subrayado y Negrilla fuera de texto).

Situación está, que infliere en la Administración Municipal del Carmen de Apicala realizó una gestión ineficaz, ineficiente y antieconómica en el manejo de los Recursos Públicos a cargo de la Secretaría de Hacienda, dependencia donde se cuenta el token de acceso a las cuentas bancarias y el única dependencia con acceso al portal virtual del Banco; Portal en el cual se debió evidenciar la ocurrencia de los hechos relacionados con anterioridad a la fecha en la cual se comunicó al Alcalde Municipal y a los Entes de Control de la situación acontecida el día 17 de junio de 2019; lo que conllevó a la generación de un presunto daño patrimonial estimado en DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS DOS PESOS (\$299'000.202), (Subrayado fuera de texto).

En virtud de lo anterior, y como conclusión el funcionario auditor, determina en la Auditoría, la existencia de un (1) hallazgo fiscal, por la cuantía antes referida.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO NOVENO:

2.19 Que el día 19 de noviembre de 2019, se adelantó la **DILIGENCIA FORENSE DEL BANCO DAVIVIENDA S. A. NO. 2**, dentro de la cual intervinieron los señores del Banco Davivienda S.A, JEIVER ERNESTO RAMIREZ PAREDEZ consultor ciber seguridad, DANIEL ALBERTO RODRIGUEZ Ingeniero forense, y por parte de la Alcaldía Municipal del Carmen de Apicalá, EDGAR GONZALO SÁNCHEZ MORENO secretario de Hacienda y tesoro Municipal y JOSÉ VICENTE MONTAÑA Jefe de control interno. Permitieron que los consultores de Davivienda sacaron copia por duplicado del disco duro del computador donde se manejaba la cuenta de Ahorros de fondos Comunes 282674217 a nombre de Municipio Carmen de Apicalá pertenecientes al Banco Davivienda Sucursal Melgar Tolima, la presente se hizo por orden telefónica del señor Alcalde Municipal EMILIANO SALCEDO OSORIO.

CONTESTO: Es cierto, sin embargo, por tratarse de un hecho que se prueba con documento me remito al contenido y literalidad del Acta de Diligencia Forense de fecha 19 de noviembre de 2019.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO VIGÉSIMO:

2.20 Que el día 24 de enero de 2020, el BANCO DAVIVIENDA, da respuesta a la solicitud de la Defensoría del Consumidor Financiero, en la cual hace un análisis del caso de la Referencia de la Alcaldía Municipal Carmen de Apicalá (Tolima). En el documento analizado, mencionan que:

"(...) El historial del municipio de Carmen de Apicalá, existió un intento de fraude el 24 de abril de 2019 por un valor de

\$102.890.765. Que de este intento de fraude se generó una alerta por la detección de un programa malicioso.

En el caso del 17 de junio de 2019, hace referencia que para el proceso 2914422, por un valor de \$112.000.202, fue aprobado por el usuario EDGAR GONZALO SANCHEZ, quien es el usuario autorizado por el municipio Carmen de Apicalá...

Dentro del análisis forense se identificó un software malicioso (maleare) de tipi RAT (Remote Acces Tool) instalado en el computador del Señor Edgar Gonzalo Sánchez Moreno el 24 de abril de 2019..." (Resaltado fuera de texto.

CONTESTO: Es cierto, aclarando que dicha respuesta correspondió a las reclamaciones presentadas por el Municipio de Carmen de Apicalá directamente ante el BANCO DAVIVIENDA, pero también ante la Defensoría del Consumidor Financiero y ante la Superintendencia Financiera de Colombia, no obstante lo anterior, por tratarse de un hecho que se prueba con documento me remito en su totalidad, contenido y literalidad a la respuesta emitida por BANCO DAVIVIENDA el 24 de enero de 2020.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO VIGÉSIMO PRIMERO:



2.21 Que conforme a lo manifestado por el Banco DAVIVIENDA, ya se venían presentando alertas por la detención de un programa malicioso, por un primer intento de fraude del día 24 de abril de 2019 y el mismo Banco identificó un nuevo archivo malicioso con el número de proxy8090julio.exe, que fue instalado en el sistema a las 05:47:40 del 17 de junio de 2019, en horas de la tarde se generaron las dos (2) transacciones no autorizadas. De estas situaciones DAVIVIENDA en sus respuestas solo manifestó que es responsabilidad del Cliente y sin que el Banco no hubiere tomado ninguna clase de medidas en busca de la protección de estos recursos públicos.

CONTESTO: Son diferentes las circunstancias narradas en este hecho a las cuales me refiero así:

- En cuanto al contenido de la respuesta del 24 de enero de 2020 emitida por BANCO DAVIVIENDA en la cual se hace referencia a la detección de un programa malicioso en el computador entregado por parte del Municipio de Carmen de Apicalá y por medio del cual se accedía al Portal Empresarial por parte del Municipio, me remito a la literalidad de dicha respuesta y de ninguna manera a las apreciaciones realizadas por la parte actora.
- En lo que concierne al hecho que el Banco no hubiere tomado ninguna clase de medidas para la protección de los recursos públicos, debe decirse que esto no es cierto y, no es cierto por cuanto el programa malicioso fue instalado en los sistemas del Municipio de Carmen de Apicalá, NO de BANCO DAVIVIENDA, de esta manera el Banco únicamente pudo detectar la presencia de los mismos cuando realizó la revisión del equipo de cómputo que fue puesto a su disposición por parte del Municipio, toda vez que los sistemas y equipos a través de los cuales los clientes de BANCO DAVIVIENDA accedan al Portal Empresarial se encuentra fuera de la órbita de su competencia y control.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO VIGÉSIMO SEGUNDO:

2.22 Que si DAVIVIENDA conocía de la existencia del software malicioso, por que no se tomaron las medidas de protección respectivas y simplemente se limitó a decir que es una responsabilidad de la alcaldía del municipio del Carmen de Apicalá (Tolima), a la fecha no se conoce de ninguna actuación que hubiere adelantado la entidad bancaria en ese sentido.

CONTESTO: No corresponde a un hecho determinado en sus condiciones de modo, tiempo y lugar, se trata de meras apreciaciones de la parte actora sobre la cual no se ha necesario realizar un pronunciamiento en los términos del artículo 96 del Código General del Proceso.

No obstante lo anterior, se reitera que los sistemas atacados fueron los del Municipio del Carmen de Apicalá, luego, era a este a quien le correspondía evitar la realización de las operaciones y no así a BANCO DAVIVIENDA cuando sus sistemas no presentaron falla alguna y cuando entendió de manera razonable y profesional que las operaciones que hoy cuestiona el Municipio de se encontraba siendo realizadas por éste, toda vez que las mismas se efectuaron con la totalidad de la información transaccional que debía encontrarse en custodia del Municipio de Carmen de Apicalá a través de su funcionario Edgar Gonzalo Sánchez, desde la IP habitual por la que el Municipio accedía al Portal Empresarial y encontrándose las operaciones ajustadas a su perfil transaccional.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO VIGÉSIMO TERCERO:

2.23 Que los hechos sucedidos el día 17 de junio de 2019 y al sobrepasar los movimientos financieros en mas de 100 millones de pesos en cada transacción, se violó los protocolos y seguridades que

tiene implementado el Banco DAVIVIENDA para esta clase de transacciones bancarias.

CONTESTO: No es cierto, de manera alguna se violaron los protocolos y seguridades del BANCO DAVIVIENDA, por cuanto se advierte que el Municipio no tenía parametrizado el uso del Portal Empresarial para realización de transferencias por montos, de hecho no realizó parametrización por ningún concepto, siendo además habitual que el Municipio de Carmen de Apicalá realizara a través del Portal Empresarial



transferencias a terceros desde la Cuenta de Ahorros No. 282674217 migrada a la Cuenta de Ahorros No. 0550446000178306, por valores incluso similares al de las operaciones reclamadas.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO VIGÉSIMO CUARTO:

2.24 Que el día 5 de agosto de 2020, el **BANCO DE DAVIVIENDA** por medio de oficio del 5 de agosto de 2020, ratificó la respuesta del 24 de enero de 2020, en los siguientes términos:

"(...) Para el día 17 de junio de 2019 nuestras herramientas de control no generaron ningún alertamiento sobre las transacciones desconocidas, debido a que la IP 186.148.164.243 registrada en las transacciones es la misma que había sido utilizada para realizar transacciones confirmadas como genuinas y se había usado durante el año 2019...".

CONTESTO: Es cierto, sin embargo, por tratarse de un hecho que se prueba con un documento me remito al contenido y literalidad de la respuesta del 5 de agosto de 2020 emitida por BANCO DAVIVIENDA.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO VIGÉSIMO QUINTO:

2.25 Que es del caso citar lo manifestado por el doctor **FERNANDO ANGEL CEBALLOS**, en su condición de Director de Indemnizaciones de Seguros del Estado, del día 11 de octubre de 2019, que en lo pertinente dice:

"(...) Para el caso que nos ocupa, se evidencia que la presunta pérdida económica sufrida, no es objeto de cobertura por parte de la póliza de seguro de manejo global a favor de entidades estatales numero 1011003782, teniendo en cuenta que no se evidencia que el hurto haya sido efectuado por uno de los servidores del municipio del Carmen de Apicalá, como se indico como se indicó en la definición citada inicialmente...".

CONTESTO: No le consta a BANCO DAVIVIENDA por tratarse de un hecho ajeno a mi mandante en el cual no tuvo intervención alguna, de manera que, le corresponderá a la parte actora probar lo manifestado en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO VIGÉSIMO SEXTO:

2.26 Que conforme a los hechos anteriores, se evidencia que DAVIVIENDA quiere evadir cualquier responsabilidad a pesar que con anterioridad se habían presentado intentos de fraude sobre las cuentas de la alcaldía del municipio del Carmen de Apicalá (Tolima) y la Compañía Aseguradora hace referencia que en esos hechos no participaron funcionarios públicos, lo que lleva a establecer que los dineros fueron retirados sin que DAVIVIENDA hubiere utilizado los

mecanismos y alertas debidos en transacciones donde cada una de ellas supero los 100 millones de pesos.



CONTESTO: No corresponde a un hecho determinado en sus condiciones de modo, tiempo y lugar, se trata de meras apreciaciones de la parte actora sobre la cual no se ha necesario realizar un pronunciamiento en los términos del artículo 96 del Código General del Proceso.

No obstante lo anterior, se reitera que los sistemas atacados fueron los del Municipio del Carmen de Apicalá, luego, era a este a quien le correspondía evitar la realización de las operaciones y no así a BANCO DAVIVIENDA cuando sus sistemas no presentaron falla alguna y cuando entendió de manera razonable y profesional que las operaciones que hoy cuestiona el Municipio se encontraba siendo realizadas por este, toda vez que las mismas se efectuaron con la totalidad de la información transaccional que debía encontrarse en custodia del Municipio de Carmen de Apicalá a través de su funcionario Edgar Gonzalo Sánchez, desde la IP habitual por la que el Municipio accedía al Portal Empresarial y encontrándose las operaciones ajustadas a su perfil transaccional. Siendo en consecuencia de la entera responsabilidad del Municipio de Carmen de Apicalá la realización de las operaciones, quien a pesar de haber sido víctima de un intento de fraude en días anteriores a los hechos que nos ocupa, no tomó las medidas necesarias para evitar que dicha circunstancia se volviera a presentar y por el contrario, permitió de manera negligente y descuidada no solo que las operaciones se realizaran sino que las mismas se consumara, ante el aviso del todo inoportuno que realizó ante el BANCO DAVIVIENDA del desconocimiento de las operaciones.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO VIGÉSIMO SÉPTIMO:

2.27 Que se presentó conciliación prejudicial ante la Superintendencia de Sociedades en contra de BANCO DAVIVIENDA S.A. y el día 8 de abril de 2021 se expidió constancia de no conciliación en cuanto a la devolución de los recursos por parte de la entidad bancaria.

CONTESTO: Es cierto.

V. EXCEPCIONES Y MEDIOS DE DEFENSA

Hay lugar a que el Despacho niegue las pretensiones de la demandante por haberse configurado las siguientes excepciones de mérito:

5.1. HECHO DE LA VÍCTIMA COMO CAUSA EXCLUSIVA DEL DAÑO Y EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO DAVIVIENDA

El hecho de la víctima como causa exclusiva del daño se erige como un elemento exógeno que rompe el nexo de causalidad y, por lo tanto, impide la imputación del daño en cabeza del demandado. En ese sentido, importa analizar detenidamente cual fue el aporte causal de quien solicita que se le repare el daño, toda vez que de acreditarse que el actuar de quien es calificado como víctima es suficiente para explicar el daño, ningún juicio de reproche ha de hacerse al demandado, habida cuenta que será la víctima quien deberá soportar las consecuencias derivadas de su propia negligencia, imprudencia o impericia.

Sobre este particular, la sentencia del 19 de diciembre de 2016, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del doctor Ariel Salazar Ramírez, señaló que *"la responsabilidad bancaria contractual por la entrega de sumas de dinero diferentes al depositario a través de fraude electrónico, pero también indicó que consumada una defraudación, una entidad financiera se exonera de responsabilidad probando que esa defraudación ocurrió por culpa del cuentahabiente o de sus dependientes, que con su actuar dieron lugar a las operaciones que comprometieron sus recursos"*. (Se resalta)

Si bien la sentencia de 19 de diciembre de 2016, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del doctor Ariel Salazar Ramírez, señaló la responsabilidad bancaria contractual por la entrega de sumas de dinero diferentes al depositario a través de fraude electrónico, también indicó que consumada una defraudación, una entidad financiera se exonera de responsabilidad probando que esa defraudación ocurrió por culpa del cuentahabiente o de sus dependientes, que con su actuar dieron lugar a las operaciones que comprometieron sus recursos.

Y como lo hemos señalado en la manifestación preliminar, la Sentencia SC5176-2020 de la Corte Suprema de Justicia cuyo Magistrado Ponente es el doctor Luis Alonso Rico Puerta, se encargó de dilucidar décadas de discusión sobre el régimen de responsabilidad contractual que tienen las entidades del sector financiero. Al respecto, la Corte indicó: *"la prestación accesoria de la entidad financiera constituye un deber de "resultado", no solo por la distribución del riesgo de la operación, sino también por las características especiales*



de la relación entre consumidor financiero y la entidad donde tiene depositado sus recursos, que lleva ínsita la garantía de salvaguarda de los dineros captados del público”¹.

Por lo anterior, la Corte concluyó que el incumplimiento de las prestaciones a cargo de una entidad financiera compromete su responsabilidad civil, **“a menos que se pruebe la existencia de una causa extraña, particularmente la denominada “culpa exclusiva de la víctima”**² (Se resalta).

Finalmente, autorizada doctrina encabezada por JORGE SANTOS BALLESTEROS ha precisado sobre el hecho la víctima como causa del daño:

*“es frecuente y de común ocurrencia que en la producción del daño intervenga como factor preponderante la actividad o hecho de la víctima, de tal manera que interfiere en la cadena causal iniciada con la acción del agente, **hasta el punto de llegar a ser en unos casos causa única del daño y en otras concausa en la realización del perjuicio.**”³ (Se resalta)*

En este orden de ideas, de cara a este medio exceptivo importa analizar detenidamente como el actuar del Municipio de Carmen de Apicalá, fue la causa del daño que se pretende imputar a mi mandante, toda vez que, si las transacciones objetadas en este proceso fueron exitosas, ello fue por un actuar imputable exclusivamente a la parte demandante.

Así las cosas, procedo a poner de presente todas y cada una de las circunstancias que permiten dilucidar indefectiblemente cómo las operaciones que reclama el Municipio de Carmen de Apicalá se generaron a consecuencia de su actuar descuidado y negligente, siéndole en esa medida, de su entera responsabilidad que dichas operaciones hubieran cursado con éxito, no existiendo una sola circunstancia por la cual pueda hacerse responsable a BANCO DAVIVIENDA por la realización de las mismas:

De esta manera, como primera medida es importante precisar que el Municipio de Carmen de Apicalá es titular de la cuenta de ahorros Bancafé No. 28267421 migrada a la cuenta Davivienda No. 0550446000178306, habiendo solicitado para su uso y manejo el servicio prestado por BANCO DAVIVIENDA referente al Portal Empresarial, el cual fue creado el 25 de enero de 2011, tal como se advierte en los registros del Banco :

¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de diciembre de 2020. M.P. Luis Alonso Rico Puerta. Rad. 2006-00466-01.

² Ibídem.

³ Santos Ballesteros, Jorge. Responsabilidad Civil. Tomo 2. Ed. Temis. Pág. 449.

Fecha Creación	Ciente Empresarial	Tipo Identificación	Número Identificación	Nombre Empresa
25/01/2011	93956	MIT	8002000501	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALA

De manera que, a través del Portal Empresarial el Municipio de Carmen de Apicalá, podía realizar operaciones tales como consulta de movimiento, consulta de extractos, pagos, pagos de servicios públicos, pagos a proveedores, pagos de nómina, transferencias electrónicas, entre otros, teniendo entonces que, dicho Portal Empresarial se encuentra sujeto a las condiciones de operatividad, derechos y obligaciones establecidas en el Reglamento del mismo y al cual los clientes del BANCO que decidan tomar dicho servicio, tiene acceso en la página web del BANCO DAVIVIENDA www.davivienda.com.co, de manera que, al ponerse por parte del BANCO dicho Reglamento a disposición de los clientes, es obligación de estos conocer el contenido del mismo en atención a lo señalado en el artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, así como dar pleno cumplimiento a éste.

Así las cosas, para el ingreso y realización de operaciones a través de Portal Empresarial, resulta indispensable cumplir con unos requisitos de habilitación y/o autenticación, que no son otra cosa que una serie de datos secretos que deben encontrarse en custodia exclusiva del o de los usuarios que han sido designados por el cliente, en este caso por el Municipio de Carmen de Apicalá, dichos requisitos de habilitación corresponden a los siguientes:

- > Número de cliente empresarial, correspondiendo éste al número que le fue asignado al Municipio de Carmen de Apicalá.
- > Número de identificación del usuario autorizado, esto es del usuario que el de Carmen de Apicalá ha autorizado expresamente ante BANCO DAVIVIENDA para el acceso y manejo del Portal Empresarial.
- > Clave personal, correspondiente éste a un número asignado por el usuario autorizado por el de Carmen de Apicalá, y que debe ser de su conocimiento y uso exclusivo e intransferible.
- > Digitación de una clave aleatoria de 6 dígitos que arroja el Token entregado a los usuarios autorizados por el Municipio de Carmen de Apicalá para el uso del Portal Empresarial, requisito que igualmente es exigido para confirmación de pagos.

Dichos requisitos, igualmente se encuentra establecidos en el Reglamento de Portal Empresarial, en el cual se establece:



"PORTAL EMPRESARIAL: Es la página en Internet diseñada por DAVIVIENDA y puesta a disposición para su uso a EL CLIENTE, a través de la cual podrá acceder a los servicios adquiridos. Para su acceso requiere el ingreso del tipo y número de identificación del USUARIO, el NÚMERO DE CLIENTE asignado previamente por DAVIVIENDA, la CLAVE DINÁMICA DE TOKEN y la CLAVE PERSONAL o la CLAVE VIRTUAL EMPRESARIAL."

Luego, resulta indispensable para el acceso al Portal Empresarial el ingreso de cada uno de los señalados requisitos, so pena que si falta alguno de estos NO sea posible hacer uso del servicio transaccional otorgado por el Banco, y que es denominado Portal Empresarial.

A su vez, para realizar transacciones a través del Portal Empresarial se requiere que: i) el portal se encuentra habilitado, ii) el usuario se encuentra activo, iii) haber superado satisfactoriamente el proceso de autenticación para ingreso al Portal, iv) la cuenta tenga saldo disponible y, v) la operación sea realizado por el usuario habilitado por el cliente ante el BANCO para el efecto. Es decir, nos encontramos frente a un sistema que cuenta con un robusto mecanismo de autenticación desde el punto de vista técnico.

Así las cosas, en el caso que nos ocupa se debate la realización de dos operaciones desconocidas por el Municipio de Carmen de Apicalá y que corresponde a las siguiente:

- Operación realizada el 17 de junio de 2019 por concepto, transferencia a cuentas de terceros, por valor de \$187.000.000, con cargo a la Cuenta de Ahorros No. 282674217 migrada a la Cuenta de Ahorros No. 0550446000178306, tal como se puede observar a continuación:

Encabezado Proceso Pagos					
Cliente Empresarial	93956	Nit	8001000501		
Nombre	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALA				
Nombre Proceso de Pago		Estado	Transferencia Exitosa		
Producto Origen de los Fondos	0000000282674217	Tipo Producto Origen de los fondos	Cuenta de Ahorros		
No. Proceso de Pago	2913411	Fecha de Creación	17/06/2019		
Servicio	Transferencias Cuenta a Cuenta - Terceros	Tipo de Abono	1 a 1		
Fecha de Pago	17/06/2019	Hora de Pago	10:51		
Total de Registros	1	Monto Total	\$ 187.000.000,00		
Registros Ingresados	1	Monto Ingresado	\$ 187.000.000,00		
Valida Inscripción	No				
Detalle Proceso					
Referencia	Tipo de Producto o Servicio	Destino	Valor		
85939605	Cuenta Corriente	0000017849457887	BANCOLOMBIA \$ 187.000.000,00		
Usuarios que intervinieron					
Numero de Identificación	Tipo de Identificación	Nombre	Acción	Fecha	Hora
1106307172	Cédula de Ciudadanía	EDGAR GONZALO SANCHEZ MORENO	Actualizar	17/06/2019	10:58

Detalle Proceso

Nit Destino	Referencia	Tipo de Producto o Servicio Destino	Producto o Servicio Destino	Banco	Valor	Estado
79692010	85939605	Cuenta Corriente	0000017849457887	BANCOLOMBIA	\$ 187.000.000,00	Transferencia Exitosa

Usuarios que intervinieron

Número de Identificación	Tipo de Identificación	Nombre	Acción	Fecha	Hora
1106307172	Cédula de Ciudadanía	EDGAR GONZALO SANCHEZ MORENO	Actualizar	17/06/2019	10:58
1106307172	Cédula de Ciudadanía	EDGAR GONZALO SANCHEZ MORENO	Actualizar	17/06/2019	10:58
1106307172	Cédula de Ciudadanía	EDGAR GONZALO SANCHEZ MORENO	Actualizar	17/06/2019	10:52
1106307172	Cédula de Ciudadanía	EDGAR GONZALO SANCHEZ MORENO	Crear	17/06/2019	10:52

> Operación realizada el 17 de junio de 2019 por concepto, transferencia a cuentas de terceros, por valor de \$112.000.202, con cargo a la Cuenta de Ahorros No. 282674217 migrada a la Cuenta de Ahorros No. 0550446000178306, tal como se puede observar a continuación:

Unalbezado Proceso Pagos			
Cliente Empresarial	93956	Nit	8001000501
Nombre	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALA		
Nombre Proceso de Pago		Estado	Transferencia Exitosa
Producto Origen de los Fondos	0000000282674217	Tipo Producto Origen de los fondos	Cuenta de Ahorros
No. Proceso de Pago	2914422	Fecha de Creación	17/06/2019
Servicio	Transferencias Cuenta a Cuenta - Terceros	Tipo de Abono	1 a 1
Fecha de Pago	17/06/2019	Hora de Pago	15:58
Total de Registros	1	Monto Total	\$ 112.000.202,00
Registros Ingresados	1	Monto Ingresado	\$ 112.000.202,00
Valida Inscripción	No		

Detalle Proceso				
Referencia	Tipo de Producto o Servicio Destino	Producto o Servicio Destino	Banco	Valor
85983614	Cuenta Corriente	0000017849457887	BANCOLOMBIA	\$ 112.000.202,00

Usuarios que intervinieron					
Número de Identificación	Tipo de Identificación	Nombre	Acción	Fecha	Hora
1106307172	Cédula de Ciudadanía	EDGAR GONZALO SANCHEZ MORENO	Actualizar	17/06/2019	16:01

Detalle Proceso

Nit Destino	Referencia	Tipo de Producto o Servicio Destino	Producto o Servicio Destino	Banco	Valor	Estado
79692010	85983614	Cuenta Corriente	0000017849457887	BANCOLOMBIA	\$ 112.000.202,00	Transferencia Exitosa

Usuarios que intervinieron

Número de Identificación	Tipo de Identificación	Nombre	Acción	Fecha	Hora
1106307172	Cédula de Ciudadanía	EDGAR GONZALO SANCHEZ MORENO	Actualizar	17/06/2019	16:01
1106307172	Cédula de Ciudadanía	EDGAR GONZALO SANCHEZ MORENO	Actualizar	17/06/2019	16:01
1106307172	Cédula de Ciudadanía	EDGAR GONZALO SANCHEZ MORENO	Actualizar	17/06/2019	15:59
1106307172	Cédula de Ciudadanía	EDGAR GONZALO SANCHEZ MORENO	Crear	17/06/2019	15:59

Al respecto, resulta de total importancia poner de presente que las operaciones no reconocidas por la parte actora, fueron realizadas desde el usuario habilitado por el Municipio de Carmen de Apicalá para el acceso



y manejo del Portal Empresarial, esto es desde el usuario creado y habilitado al señor **Edgar Gonzalo Sánchez Moreno**, con el lleno de los requisitos anotados en líneas precedentes para el acceso y realización de operaciones a través del Portal Empresarial. Teniendo que dicho usuario fue habilitado ante BANCO DAVIVIENDA el 6 de enero de 2010 por el alcalde del Municipio nombrado para dicha fecha, tal como se puede observar en el otro si al Portal Empresarial que se aporta como prueba en el presente escrito, en el cual se designó al señor Edgar Gonzalo Sánchez como usuario administrador del Portal Empresarial:

DIA MES AÑO 06 01 2016	OTRO SI PORTAL EMPRESARIAL DAVIVIENDA	
Nombre e Razón Social MUNICIPIO CARMEN DE APICALÁ	DFE: 40160001	
Ciudad EL 5 OZO CUA SEGUNDA PALACIO MUNICIPAL	Ciudad CARMEN DE APICALÁ	Teléfono 3107918341
Nombre del Representante Legal EDGAR GONZALO SANCHEZ MORENO	N° de Representación Legal 14118515	Cargo Representante Legal (Opcional)
Correo Electrónico edgar62@gmail.com	Asigna al Cliente un Usuario Nombre: <u>Edgardo</u> Apellido: <u>Sánchez</u> No. <u>4081-0038-7301</u> (Replaza una sola vez)	

A continuación se realiza los datos del Usuario Administrador y Usuario Asesor de Portal Empresarial designados por EL CLIENTE		
El Usuario Administrador está autorizado por EL CLIENTE para recibir el código de activación de correo electrónico por el Banco y la dirección de correo electrónico indicada		
Nombre Usuario Administrador: EDGAR GONZALO SANCHEZ MORENO	N° Administrador 1100987172	Cargo Administrador (Opcional) ADMINISTRADOR
Dirección del Administrador (Incluya el país) EL 5 OZO CUA SEGUNDA PALACIO MUNICIPAL, APICALÁ	Ciudad CARMEN DE APICALÁ	Ciudad Administrador (Opcional) 3107918341
Correo Electrónico: edgar62@gmail.com	Autorización para envío de mensajes e invitación de código y correo electrónico Si, No	

OBSERVACIONES SE SOLICITO CAMBIO DE ADMINISTRADOR DE :33826. EL ADMINISTRADOR ES EL SEÑOR EDGAR GONZALO SANCHEZ MORENO CC: 1106307172
--

En adición en dicho Otro Sí, el Alcalde del Municipio de Carmen de Apicalá, declaró conocer el Reglamento del Portal Empresarial, en los siguientes términos:

"Declaro con mi firma que el Banco me ha informado sobre el contenido del reglamento y lo ha puesto a mi disposición en www.davivienda.com, al cual acepto; así mismo me obligo a consultar y revisar su contenido periódicamente. Declaro que se me informó y capacitó acerca de las medidas de seguridad que debo tener para la realización de operaciones en el canal, así como los procedimientos para su bloqueo, desbloqueo y cancelación. De igual forma se me informó acerca de los costos y tarifas asociados al (los) producto (s), así como el precio total que pagaré por los servicios ofrecidos, los cuales acepto. Declaro que conozco que puedo obtener más información en cualquier oficina del Banco o consultar en www.davivienda.com".

Teniendo así que, el señor Edgar Gonzalo Sánchez tenía habilitadas las siguientes operaciones y roles a realizar a través del Portal Empresarial:

Datos de Usuario			
Número de Cliente Empresarial	93956		
Nombre Cliente Empresarial	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALA		
Tipo Identificación usuario:	Cédula de Ciudadanía	Número Identificación usuario	1106307172
Nombres:	EDGAR GONZALO	Apellidos	SANCHEZ MORENO
Dirección	CL 5 CON CRA 5 ESQUINA CENTRO	Teléfono	3107615941
Ciudad	CARMEN DE APICALA	Celular	3107615941
E-mail	edmo602@gmail.com		
Estado Usuario	Vigente		
Empresa	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALA ▼		

Nombre Servicio	Perfil
Compras por Internet Persona Jurídica	Apoderado
Transferencias Cuenta a Cuenta - Mismo Nit	Apoderado
Extractos Portal	Consultor
Multicuentas	Apoderado
Consultas de Productos	Consultor
Inscripciones	Apoderado
Pago a Proveedores	Apoderado
Pago de Impuestos nacionales (DIAN)	Apoderado
Pago de Servicios	Apoderado
Pagos Propios	Apoderado
Transferencias Cuenta a Cuenta - Terceros	Apoderado
Pagos Planilla única	Apoderado
Administración	Administrador
Cuentas Maestras	Apoderado

Advirtiéndose entonces que, para las transferencias a terceros, concepto por el cual fueron realizadas las operaciones desconocidas por el Municipio, el usuario Edgar Gonzalo Sánchez tenía asignado el rol y/o perfil de **"APODERADO"**, el cual de conformidad con lo definido por el Reglamento del Portal Empresarial es: *"la persona designada por el USUARIO ADMINISTRADOR para aprobar las transacciones (transferencias y pagos) preparadas por los USUARIOS OPERADORES. EL CLIENTE puede asignar uno o varios apoderados para aprobar las operaciones. El apoderado puede realizar las funciones de un USUARIO OPERADOR"* (Se resalta)

Observándose como en virtud de su rol y/o perfil de **"APODERADO"**, el señor Edgar Gonzalo Sánchez podía preparar la operación y el mismo podía aprobarla, siendo además de esto, el usuario **"ADMINISTRADOR"** del Portal, rol y/o perfil que según lo establecido en el Reglamento del Portal Empresarial puede *"definir y crear los demás USUARIOS ADMINISTRADORES, OPERADORES y/o APODERADOS si lo requiere para la operación del PORTAL EMPRESARIAL y APP EMPRESAS DAVIVIENDA y así mismo determinar la existencia de ADMINISTRACIÓN DUAL y asignar roles"*



Así las cosas, es preciso y pertinente reiterar que para la realización de dichas operaciones se superó a satisfacción la totalidad de los requisitos robustos de autenticación para el acceso y manejo del Portal Empresarial, con información que debía encontrarse en conocimiento y custodia exclusiva del usuario habilitada por el Municipio de Carmen de Apicalá ante BANCO DAVIVIENDA, incluso se superó de manera satisfactoria la digitación de los números arrojados por el Token, asignado al señor Edgar Gonzalo Sánchez, Siendo el Token un factor de autenticación fuerte, y respecto del cual el Reglamento del Portal Empresarial establece que: **"EL CLIENTE asume como propios el uso que los USUARIOS realicen del TOKEN y la CLAVE PERSONAL o CLAVE VIRTUAL EMPRESARIAL ya que representan su firma en la utilización de los servicios del PORTAL EMPRESARIAL"**.

Este dispositivo Token al que se viene haciendo referencia consta como se señaló, de una clave de seis (6) dígitos que se debe introducir en un tiempo determinado antes de hacer alguna transacción, cuya duración es de al menos de un (1) minuto y cambia inmediatamente, por lo que se puede inferir que los datos arrojados por dichos dispositivos para el éxito de las operaciones, únicamente podían ser digitados por quien había sido habilitado por el Municipio de Carmen de Apicalá ante el BANCO DAVIVIENDA para el uso de estos, esto es, el señor Edgar Gonzalo Sánchez, junto con la demás información personalísima que debía ser de conocimiento exclusivo del usuario, como el número de cliente empresarial, el número de identificación y clave personal.

Así, frente este aspecto puntual, la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, **experto en la materia**, en sentencia proferida el 26 de enero 2018 dentro del expediente No. 2017- 0251, señaló:

*"Es importante establecer que a la parte actora se le hizo entrega del token; reconocido este mecanismo de autenticación fuerte denominado Token con su respectiva clave OTP (One Time Password o clave de un solo uso) es un instrumento de los que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de diciembre de 2016 con ponencia del Magistrado German Valenzuela, ha denominado como tecnológicamente adecuado, idóneo y suficiente "para evitar la contingencia de la defraudación por medios virtuales o minimizar al máximo su ocurrencia" **por lo que, para la realización de operaciones en las que deba necesariamente emplearse la clave así obtenida, implica estar en posesión física del mismo o de la información respectiva, al momento de ordenar y ejecutar las operaciones, cuya custodia y cuidado están a cargo del consumidor**". (Se resalta)*

Igualmente, en sentencia del 7 de febrero de 2018 proferida dentro del expediente No. 2017-0298, la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, manifestó:

"Ahora bien la Delegatura explicó que el uso del mecanismo de identificación fuerte, denominado como token con su respectiva clave OTP, en los términos del numeral 2.16.3, del capítulo 12 del Título primero

de la Circular Básica Jurídica 029 de 2014, se constituye como un instrumento tecnológicamente adecuado idóneo y suficiente para evitar o minimizar la defraudación por medios virtuales, por lo que la desviación de los dineros de la sociedad para efectuar pagos de servicios públicos de terceros ajenos a ella con la presencia de un mecanismo de identificación fuerte, que siempre debía estar bajo su cuidado, permitió concluir que solo era posible acceder a sus dígitos por una actuación culposa, de su portador, lo que conllevaba a que el conocimiento por terceros de las claves que emite el toquen, no era una conducta atribuible al banco.

Lo cierto es que para el uso de la clave OTP, que suministra el token, requería de estar en posesión física del mismo al momento en que se objetaron las operaciones, así las cosas fue indiscutible concluir que en su esfera de acción o bajo su protección, se produjo un uso indebido de los elementos transaccionales, permitiéndole a un tercero lograr el acceso a la información que los mismos arrojaban, por esta razón se concluyó que la sociedad demandante se había expuesto a un tercero ajeno a la relación contractual. En ese orden de ideas, se pudo predicar un incumplimiento contractual de la sociedad actora a quien le correspondía la carga de velar por su información y elementos se mantuviera fuera del alcance de terceros, llevando a tener por probada la excepción denominada: "incumplimiento del contrato y culpa del demandante", sumado a que la operación realizada se encontraba dentro del perfil del cliente". (Se resalta)

En esa línea, las transacciones no reconocidas por el Municipio de Carmen de Apicalá se efectuaron con los elementos bajo custodia del usuario designado por éste y sobre los cuales asumió su responsabilidad con la apertura del producto financiero, teniendo entonces que, quien efectuó las operaciones conocía toda la información transaccional del Municipio de Carmen de Apicalá tanto para ingresar al Portal Empresarial como para realizar transacciones a través de este, luego, el hecho que las transacciones que nos ocupan se hubieren realizado con la totalidad de dicha información, no puede implicar una circunstancia diferente a que o fue el usuario registrado quien realizó las operaciones o fue quien facilitó o permitió la realización de las operaciones a manos de terceros al tener un actuar negligente o descuidado, pues no de otra manera puede explicarse cómo fueron realizadas las dos (2) operaciones desconocidas, con la información transaccional que debía ser de conocimiento y custodia exclusiva del usuario registrado por el Municipio de Carmen de Apicalá ante BANCO DAVIVIENDA para realizar operaciones a través del Portal Empresarial.

En consecuencia, no existe responsabilidad alguna imputable al BANCO, pues mi mandante asumió de manera razonable que las operaciones monetarias cuestionadas eran auténticas, al efectuarse éstas con **TODOS** los elementos necesarios para el efecto, que bajo su custodia tenía el Municipio de Carmen de Apicalá, por lo cual, no resulta admisible exigirle al Banco la generación de algún tipo de alerta por unas operaciones que fueron realizadas en total normalidad y con el lleno de la información requerida para el efecto, más aún cuando el BANCO cuenta con un factor de autenticación fuerte para el acceso al Portal Empresarial, el cual fue superado en su totalidad.

Respecto a la custodia de los elementos transaccionales, la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, en su amplio conocimiento respecto de entidades financieras, ha manifestado en diferentes pronunciamientos:

> En sentencia del 15 de noviembre de 2017, proferida dentro del expediente con radicado No. 2017-803 se señaló que:

- Los consumidores financieros deben observar las disposiciones contractuales y las recomendaciones de seguridad impartidas por las entidades, pues éstas últimas constituyen buenas prácticas de protección propia y tienen por finalidad evitar que terceros no autorizados tengan acceso a la información requerida para acceder a los recursos depositados. Contraviene el contrato y dichas prácticas, el consumidor que no ejerce un control diligente de la información y elementos necesarios para transar por el canal de Internet.

En ese orden de ideas la desviación de los dineros de la sociedad para efectuar pagos a proveedores, en este caso a terceros no ajenos a ella, con un mecanismo de seguridad fuerte como el TOKEN que siempre debió estar bajo su cuidado y custodia, permitió concluir que solo es posible acceder a sus dígitos por una actuación culposa de su portador, lo que conlleva a que su conocimiento por terceros no es una conducta atribuible a Bancolombia S.A., ya que tampoco se evidenció actos vandálicos o externos al normal desarrollo de la operación. Así las cosas se predicó un incumplimiento contractual de la sociedad actora a quien le competía que la carga de velar porque su información privilegiada y en especial aquella que es necesaria para acceder a los canales del Banco que les ofrece realizar transacciones de diferentes tipos, mantenga por fuera del alcance de terceros, pues es de indicar que la operación objeto de discusión se realizó desde la "ip" fija que acostumbraba transar así mismo fue materializada a un proveedor frente al cual ya había realizada transacciones y pagos. La Delegatura concluyó que la entidad bancaria haya incurrido en el incumplimiento que la contraparte indilgó. (Se resalta)

> En sentencia del 19 de abril de 2017, proferida dentro del expediente con radicado No. 2016-2176, se indicó:

- En cuanto al caso concreto, para determinar si la entidad financiera le asistía responsabilidad por estas transferencias que se demandan, la Delegatura examinó las pruebas aportadas y determinó que los sistemas del banco funcionaron correctamente para la fecha en que se llevaron a cabo dichas transacciones, y que los pagos se

efectuaron contando, no solo con la información requerida, sino que también se efectuaron desde la dirección IP desde la cual la demandante acostumbraba a transar tiempo atrás, por esto, el banco permitió estas operaciones conforme a lo pactado. (Se resalta)

> En sentencia del 12 de junio de 2017, proferida dentro del expediente con radicado No. 2016-1778, se señaló:

- No podrá predicarse la responsabilidad contractual de la entidad demandada cuando acredite, además del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, que el titular de los depósitos expuso la confidencialidad de la información requerida para transar.

Así las cosas se predicó igualmente entonces, el incumplimiento contractual del demandante a quien le competía como lo indica en una sentencia del Tribunal Superior de Bogotá con ponencia del Magistrado German Valenzuela del 27 de octubre de 2016, la carga de velar porque su información privilegiada y en especial de aquella que es necesaria para acceder a los canales que un Banco le suministra para realizar transacciones de diverso tipo que se mantenga por fuera del alcance de terceros, y en esta medida la conducta del demandante no fue la debida.

Por lo expuesto la Delegatura, denegó las pretensiones de la demanda al encontrarse probado que si bien el demandante fue despojado de un dinero depositado en el Banco demandando en virtud de la confianza incumplió con sus obligaciones contractuales de manera imprudente y culposa al punto que conllevó al rompimiento del nexo causal que define la responsabilidad civil de la entidad financiera, hechos que fundamentaron la excepción denominada responsabilidad del demandante frente a la transacción desconocida propuesta por Banco Agrario de Colombia S.A. cuya prosperidad entonces se encontró demostrado y por su carácter liberatorio relevó al despacho de pronunciarse sobre la restante, finalmente no se condenó en costas. (Se resalta)

Adicionalmente, en la ya referida sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 18 de diciembre de 2020, se señaló:

"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 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 2.2.2).

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.

(...)

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 cuenta habiente, 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 de cualquier carga de resarcimiento⁴** (Negrilla y resaltado fuera del texto original).

Por otro lado, encontramos que no solo la realización de las operaciones que se discuten en el presente proceso le resultan atribuibles al mismo Municipio de Carmen de Apicalá por cuanto las mismas cursaron con la totalidad de información y elementos transaccionales que debían encontrarse en conocimiento y exclusiva custodia del usuario habilitado por el manejo del Portal Empresarial, esto es el señor Edgar Gonzalo Sánchez, sino que adicionalmente, se presentan una serie de factores, que permiten establecer con total claridad que el actuar descuidado y negligente del Municipio de Carmen de Apicalá fue lo que permitió que los recursos del Municipio fueran transferidos a manos de terceros, así:

- En comunicación del 13 de septiembre de 2019, el Municipio de Carmen de Apicalá puso a disposición del BANCO DAVIVIENDA, el equipo de cómputo a través del cual se accedía al Portal Empresarial, para que se realizaran las revisiones del caso:

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 18 de diciembre de 2020. Rad. I 1001310302820060046601. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.



DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
ALCALDIA CARMEN DE APICALA
DESPACHO ALCALDE



Carmen de Apicalá, 13 de septiembre de 2019

Gerente
DAVIVIENDA
Mejgar

Ref: Poniendo a su disposición un computador

El día 20 de Agosto, con los señores JACQUELINE HERRERA ONOFRE, ELBER NUÑEZ ARAGON CONSULTORES DE Ciber seguridad del Banco Davivienda y funcionarios de la Alcaldía del Municipio de Carmen de Apicalá, se convino que tan pronto la Fiscalía realizara la revisión inicial al computador donde al parecer se realizaron las operaciones fraudulentas el día 17 de Junio en la cuenta de ahorros No 292674217, se pondría a disposición de la entidad bancaria para su revisión.

La Fiscalía General de la Nación realizó el estudio el día 12 de Septiembre, razón por la cual se le avisa a Ud., que el aparato de cómputo, queda a su disposición en las instalaciones de la Alcaldía Municipal, para la revisión de los consultores en ciber seguridad del banco.

Atentamente,

460 - OFICINA EL PARQUE #10
15-09-2019
10:20 am

EMILIANO SÁNCHEZ OSORIO
Alcalde Municipal

De esta manera, BANCO DAVIVIENDA realizó la contratación de un externo experto en servicios de TI, esto es la empresa EVERIS, la cual realizó la correspondiente revisión al equipo de cómputo que fue puesto a disposición por parte del Municipio de Carmen de Apicalá "DESKTOP_Edgar_Sanchez- EAD-000740", encontrándose que dicho equipo de cómputo había sido formateado desde el 19 de junio de 2019, por lo cual fue necesario que dicha empresa realizara labores de recuperación de información:

Adicionalmente, se recibió la siguiente información:

- El día 24 de Abril de 2019 luego de presentarse un intento no autorizado de una transacción por \$102.890.765 se tomaron mayores medidas de seguridad para acceder al portal por recomendación del banco.
- El equipo de cómputo analizado, solamente es usado por Edgar González Sánchez Moreno.
- El equipo fue formateado el día 19 de Junio de 2019 puesto que presentaba lentitud (en esa fecha se desconocía el fraude) ya que a la fecha no había llegado el extracto bancario en físico.
- El procedimiento para autenticarse en el Portal de Davivienda es:
 - o C.C. (número de cedula) + #Cliente + usuario + token.

Hay que destacar que la fecha de instalación del sistema es posterior a las fechas del incidente debido a un formateo del sistema operativo realizado el día 19 de Julio de 2019, el formateo del computador fue ejecutado por Efraín Suárez Bautista quien desempeña un rol de ingeniero de sistemas dentro de la entidad. Por lo tanto, gran parte de la información fue sobrescrita al reinstalar el nuevo sistema operativo ya que este proceso sobre-escribe sectores del disco donde reside evidencia digital. Se utilizaron técnicas de data-carving para recuperar algunos archivos que estaban almacenados en sectores no sobre-escritos durante el proceso de instalación y configuración del nuevo sistema operativo.

En dicha recuperación de información, se pudo encontrar por parte de la Empresa EVERIS que el equipo de cómputo analizado contaba con la presencia de una herramienta de acceso remoto-RAT:

6.2. Análisis archivos maliciosos

Durante el proceso de recuperación y análisis de archivos se identificaron cinco archivos maliciosos que fueron creados. A continuación se relacionan los ejecutables que coinciden con la fecha de los incidentes (24 de abril de 2019 y 17 de Junio de 2019):

Fecha	Malware
24 de abril de 2019	2427.exe
24 de abril de 2019	proxy6087faus.exe
17 de Junio de 2019	494P1.exe
17 de Junio de 2019	43270Soporte de pago.exe
17 de Junio de 2019	proxy6090julio.exe

6.2.1.1. Análisis estático

Al realizar el análisis estático del archivo sospechoso se obtienen las siguientes características:

Nombre	2427.exe
md5	a9034d16578588feb1562ba17515719c
sha1	c449a9ed76bbaee9f2b2e045a87d24f1188fee2e
sha256	50d8d859cc710eff0f651a61078ad2b93a80f4c1a9f5fe9e6bd8ef6675b0642
imphash	0cbfef437419d71a55a704236c98a733
Tamaño en bytes	21504 bytes
compilado	Fri Jun 19 18:22:17 1992
Entropía	7,645
Observaciones	<ul style="list-style-type: none"> • Malware empaquetado con UPX • Al realizar búsquedas en fuentes de datos públicos se identifica que el malware corresponde a una herramienta de acceso remoto (RAT) conocida como XtremeRAT

Al desempaquetar el binario se obtienen las siguientes características:

Propiedad	Valor
md5	36a7411219d23e28cd06163c20fee65
sha1	bbd31eea1bc2e4fced7de4211ade905b9af06831
sha256	f1f1596f68917ef7d8f619ff12468a1ha1rhd7aad78064dfh4792Raaedrd560

imphash	82efe808c082c4aff88406413d50717
Tamaño en bytes	46080 bytes
compilado	Fri Jun 19 18:22:17 1992
Entropía	5,823
Observaciones	<ul style="list-style-type: none"> • Al realizar búsquedas en fuentes de datos públicos se identifica que el malware corresponde a una herramienta de acceso remoto (RAT) conocida como XtremeRAT • Capacidades del RAT: <ul style="list-style-type: none"> • Descarga y subida de archivos • Manipulación de procesos del sistema • Captura de fotografías, audio y video • Captura de imágenes del escritorio (screenshots) • Captura de eventos de teclado • Interacción con el sistema a través de una shell o línea de comandos

El archivo corresponde a una herramienta de acceso remoto maliciosa, también conocida como RAT (Remote Access Tool), la cual permite que un tercero no autorizado pueda ejecutar las acciones maliciosas relacionadas en la tabla anterior.

6.2.1.3. Análisis de código

Al realizar el proceso de ingeniería inversa del binario se obtienen los siguientes resultados:

- ✓ Mecanismos de persistencia
- ✓ El malware hace uso de las funciones de windows RegOpenKeyExW, RegCreateKeyExW, RegCreateKeyW y RegCloseKey

- ✓ Se confirma que el malware tiene funcionalidades de Keylogger, es decir que el malware tiene la capacidad de capturar la información que el usuario ingresa por teclado.

Así, en el informe realizado por EVERIS se llegó a las siguientes conclusiones:

8. Conclusiones

Con base en el análisis de la evidencia digital se concluye lo siguiente:

- ✓ Se identificó la presencia de software malicioso (malware) de tipo RAT (Remote Access Tool) instalado en el computador operado por Edgar Gonzalo Sánchez Moreno el día 24 de Abril de 2019, este tipo de malware permite que un tercero no autorizado pueda administrar completamente el sistema de forma remota sin que el usuario se dé cuenta de esta interacción. Una hora después de la instalación del RAT se realizó la instalación de un archivo malicioso llamado proxy8087faus.exe. Posterior a la instalación del archivo proxy8087faus.exe se identificaron archivos potencialmente maliciosos los cuales debido al formateo del sistema no pudieron ser analizados en su totalidad, minutos después se produce una transferencia no autorizada la cual fue bloqueada.
 - ✓ Se identificó la presencia de un nuevo archivo malicioso con el nombre de proxy8090julio.exe, este archivo fue instalado en el sistema a las 05:47:40 del 17 de Junio de 2019, en horas de la tarde se generaron las dos transacciones no autorizadas.
- ✓ La transacción del 24 de abril de 2019 y las dos transacciones del día 17 de Junio de 2019 fueron realizadas desde el computador operado por Edgar Gonzalo Sánchez Moreno, sin embargo estos eventos no pueden ser atribuibles a Edgar Gonzalo Sánchez Moreno en la medida que se evidenció la existencia de conexiones remotas con funcionalidades de proxy que permitieron que un agente externo.
 - ✓ Con base en lo anterior se explica el hecho de que las transacciones fueran generadas desde la dirección IP pública de la entidad, ya que el agente externo realizó conexiones remotas desde la ciudad de Bogotá, hecho que se confirma al analizar las direcciones IP con las que interactuaban los proxies maliciosos.
 - ✓ Si bien se identificó la presencia de software malicioso, no se pudo identificar la forma en la cual se infectó el computador, para poder establecer como se infectó el computador, sería necesario un análisis de los correos electrónicos recibidos por Edgar Gonzalo Sánchez Moreno en las fechas previas a los dos eventos señalados.

- > En línea con lo expuesto en el informe de EVERIS, se tiene que el Municipio de Carmen de Apicalá había presentado ya un intento de fraude el 24 de abril de 2019, el cual generó el bloqueo de la Cuenta de Ahorros No. 282674217 migrada a la Cuenta de Ahorros No. 0550446000178306, toda vez que el señor Edgar Gonzalo Sánchez, reportó de manera oportuna el desconocimiento de la operación.

En virtud de lo sucedido, el mismo 24 de abril de 2019, BANCO DAVIVIENDA remitió al Municipio de Carmen de Apicalá una serie de recomendaciones de seguridad y le indicó que para el desbloqueo de la Cuenta de Ahorros, resultaba necesario, entre otras cosas, que certificara que contaba con herramientas de seguridad, ante lo cual el Municipio dio respuesta el 25 de abril de 2019, indicando que contaba con antivirus y firewalls.

1. Realice una detallada revisión de sus equipos, acorde con las recomendaciones que enviamos en el archivo adjunto. Una vez haya realizado la exhaustiva revisión de sus equipos, debe certificar en el correo, que cuentan con herramientas de seguridad como antivirus, antikeyloggers, firewalls y control de la navegación para evitar descarga de software malicioso.

RESPUESTA: El equipo de computo de la secretaria de hacienda cuenta con los antivirus y firewalls en el Municipio de Carmen de Apicala.

No obstante lo anterior, ante el sospechoso formateo del equipo de cómputo realizado el 19 de junio de 2019, dicha instalación no pudo ser corroborada, pero si se constató en el informe realizado por EVERIS que dicha instalación de antivirus no se realizó de manera posterior al formateo realizado al equipo de cómputo:

6.1.1. Instalación

A consecuencia del formateo, los archivos indexados van a ser posterior a la fecha de instalación y, por tanto, posterior a la fecha del incidente. Por este motivo, tanto los archivos existentes de registro de Windows, logs de los eventos, Prefetch, etc., son posteriores a la fecha del incidente, debido a esto no se puede utilizar como evidencia digital para la resolución del caso. Al analizar el registro de Windows se identificó que la fecha real de reinstalación del sistema operativo fue realizada el 18 de junio de 2019.

Dentro de los programas instalados no se identifica antivirus, además se encontraron tres programas sospechosos:

De lo anterior, se concluye con total claridad que la realización de las operaciones que se discuten en el presente proceso resultan del todo atribuibles al Municipio de Carmen de Apicalá, por cuanto no cumplió con las medidas de seguridad exigidas para el manejo del Portal Empresarial, permitiendo que el equipo de cómputo a través del cual se accedía al Portal Empresarial fuera objeto de un ataque por parte de terceros.

- > En adición a lo anterior, se evidencia un actuar pasivo y el todo negligente por parte del Municipio de Carmen de Apicalá, con el cual permitió y/o facilitó no solo que las operaciones se realizaran, sino que las mismas se consumaran sin posibilidad alguna de recuperar el dinero extraído de la



cuenta de ahorros de su titularidad, así, se tiene que si bien las operaciones fueron realizadas el 17 de junio de 2019, el Municipio se enteró de su realización solo hasta el 5 de julio de 2019 en la conciliación de cuentas realizada, tal como se confiesa en el hecho tercero del escrito de demanda, notificando al Banco de lo ocurrido de manera tardía.

2.3 Que el día 5 de julio de 2019, la señora DEISY TRIANA HERRERA, identificada con la cedula de ciudadanía no. 52269720, funcionaria de la administración municipal y quien realizaba la conciliación de las cuentas que el municipio tiene en el Banco Davivienda, evidenció que faltaban los soportes de las transacciones con numero Doc.9605 por el valor de CIENTO OCHENTA Y SIETE

Advirtiéndose además en declaración del 13 de agosto de 2019, rendida por la funcionaria del Municipio de Carmen de Apicalá, Deicy Triana Herrera, ante la Oficina de Control Interno de la Alcaldía Carmen de Apicalá, que, si bien el Municipio de Carmen de Apicalá realizaba una conciliación de cuentas de manera mensual, la misma era posible realizarla diariamente:

informarle al secretario de hacienda, él contestó que iba a llamar a Davivienda para averiguar lo sucedido. PREGUNTADO: Sírvase decir cada cuanto se hacen conciliaciones bancarias. CONTESTÓ: Yo las realizo cada mes que llegan los extractos bancarios. PREGUNTADO: ¿Quién hace las anotaciones en el libro auxiliar de bancos? CONTESTO: MARIA INES BARRIOS, a veces el contador y yo, las operaciones que van al libro auxiliar se realizan en el programa SYSCAFE cuando nosotros ya tenemos los soportes y las transacciones bancarias. PREGUNTADO: ¿Existe alguna norma o un manual donde exprese la oportunidad para hacer las conciliaciones bancarias? CONTESTÓ: No sé, sé que hay un manual de procedimientos. PREGUNTADO: sírvase decir si hay oportunidad de realizar conciliaciones bancarias sin necesidad de que lleguen los extractos bancarios CONTESTÓ: Si, de pronto imprimiendo los movimientos diarios, se podría realizar, pero no tengo conocimiento si lo hacen o no. PREGUNTADO: Sírvase decir, si usted se entera el 5 de julio de 2 transacciones o movimientos anómalos, e informa

Así mismo, es claro que el Municipio del Carmen de Apicalá pudo haber conocido de la realización de las operaciones desde el mismo día que las mismas fueron realizadas, con tal solo evidenciar el saldo de la cuenta de ahorros, pues téngase en cuenta que las operación debatida por la suma de \$187.000.000 quedó ejecutada las 10:58 horas mientras que, la operación por valor de \$112.000.000 quedó ejecutada a las 16:01, sin embargo, se puede evidenciar que entre una y otra operación se presentaron diversos ingresos al Portal Empresarial por parte del Municipio de Carmen de Apicalá:

2019-06-17	Jun 2019	10:48:31	LOGIN	TOKEN	186.148.164.243
2019-06-17	Jun 2019	11:33:42	LOGIN	TOKEN	186.148.164.243
2019-06-17	Jun 2019	11:46:47	LOGIN	TOKEN	186.148.164.243
2019-06-17	Jun 2019	13:07:51	LOGIN	TOKEN	186.148.164.243
2019-06-17	Jun 2019	15:59:40	LOGIN	TOKEN	186.148.164.243
2019-06-17	Jun 2019	16:33:24	LOGIN	TOKEN	186.148.164.243
2019-06-17	Jun 2019	16:38:46	LOGIN	TOKEN	186.148.164.243
2019-06-17	Jun 2019	16:57:49	LOGIN	TOKEN	186.148.164.243
2019-06-17	Jun 2019	17:04:40	LOGIN	TOKEN	186.148.164.243
2019-06-17	Jun 2019	17:19:04	LOGIN	TOKEN	186.148.164.243

Así mismo, entre una y otra transferencia debatida, el Municipio de Carmen de Apicalá realizó operaciones que le permitieron evidenciar los cambios en los saldos que se iban presentando y con lo cual pudieron detectar ese mismo día la realización de las operaciones de las cuales hoy se duele:

CANAL	TIPO MOVIMIENTO	MOTIVO CONCEPTO	MEDIO TRANSAC	VALOR TOTAL
21	0055	0029	13	\$ 112,000,202.00
21	0055	0029	13	\$ 4,638,637.00
21	0055	0006	13	\$ 355,865.00
21	0055	0080	13	\$ 9,289,518.00
21	0055	0006	13	\$ 89,802.00
21	0055	0080	13	\$ 2,995,221.00
21	0055	0080	13	\$ 2,827,500.00
21	0055	0006	13	\$ 348,000.00
21	0055	0006	13	\$ 87,000.00
21	0055	0080	13	\$ 2,690,000.00
21	0055	0029	13	\$ 187,000,000.00

Frente al hecho de dar un aviso inoportuno de las operaciones desconocidas, se hace pertinente hacer referencia a diferentes pronunciamientos de la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, en los cuales se puede observar la importancia de realizar un aviso oportuno al Banco respecto de situaciones que afecten el buen manejo del producto financiero:

- Sentencia de 4 de octubre de 2013, proferida dentro de la Acción de Protección al Consumidor instaurada por Isaac Mauricio Monroy Gardezabal en contra de Bancolombia S.A.
- En este sentido, decidió el Despacho que no se podía derivar responsabilidad de la entidad bancaria por las transacciones ocurridas en tanto éstas se

produjeron antes de que la entidad financiera tuviera conocimiento de los hechos. (Se resalta)

- Sentencia de 17 de octubre de 2013, dentro de la Acción de Protección al Consumidor instaurada por Ximena Yuriko Tanaka Lozano en contra del Banco Falabella S.A.
- Decisión en la cual, la Delegatura encontró que en el proceso los elementos de prueba daban cuenta de que la demandante no había dado aviso oportuno del hurto o extravío de su tarjeta de crédito, hecho que evidenció el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas.

Así mismo, en esta sentencia, el Despacho entendió que la entidad bancaria demandada logró acreditar el cumplimiento de sus obligaciones y cargas contractuales para evitar la generación y propagación del perjuicio. En el proceso, la Delegatura entendió que quedó demostrado que el comportamiento de la entidad no fue determinante para la causación del perjuicio, sino que, por el contrario fue la desatención del deber de custodia de la tarjeta de crédito y del procedimiento estipulado para la pérdida o hurto del instrumento de pago, que conllevó a la generación del perjuicio. (Se resalta)

- Sentencia de 9 de enero de 2014, proferida dentro de la Acción de Protección al Consumidor instaurada por Juan Camilo Amaya Baquero en contra de la Compañía de Financiamiento Tuya S.A.
- En esta decisión judicial, la Delegatura negó las pretensiones de la demanda al declarar probada de oficio la excepción de incumplimiento contractual del consumidor por cuanto no informó oportuna e inmediatamente a la entidad demandada la pérdida o hurto de la tarjeta de crédito. (Se resalta)
- Sentencia de 17 de febrero de 2015, proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, dentro de la Acción de Protección al Consumidor instaurada por Mary Luz Muñoz Gómez en contra del Banco Falabella S.A.

- Mediante esta decisión judicial, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia encontró probado que la demandante perdió la custodia del plástico de su tarjeta de crédito y no dio aviso oportuno a la entidad financiera de ello, por lo que consideró que, además de incumplir sus obligaciones contractuales, este hecho fue determinante para la ocurrencia del daño. (Se resalta)

- Así mismo, se advierte un actuar descuidado, despreocupado y negligente del señor Edgar Gonzalo Sánchez, usuario habilitado para el acceso y manejo del Portal Empresarial, quien a pesar de tener conocimiento de la realización de las operaciones desde el 5 de julio de 2019, solo informa de dicha situación al Alcalde del Municipio hasta el 18 de julio de 2019, momento hasta el cual el Alcalde puede iniciar las acciones legales correspondientes, tal y como se puede advertir en la mesa de trabajo No. 001 del 13 de agosto de 2019, llevada a cabo en atención a la denuncia 046 de 2019, de la Contraloría Departamental del Tolima:

Así mismo, se escuchó la versión de la doctora YURI AZUCENA APONTE HERNÁNDEZ en calidad de Secretaria de Gobierno Municipal, quien manifestó que el Secretario de Hacienda puso en conocimiento del Alcalde la situación el día 18 de julio del presente año; situación por la cual el señor Alcalde Procedió a colocar la denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación, también se puso en conocimiento de los hechos ante la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría Departamental del Tolima; de igual manera, solicitó al Banco Davivienda el día 22 de julio de 2019 el reembolso de los dineros retirados de la cuenta de ahorros en forma inconsulta, vulnerándose los sistemas de seguridad del banco; para cual hace entrega de la copia de los oficios enviados a estos organismos en doce (12) folios.

- En igual medida, se advierte un actuar negligente por parte del Municipio de Carmen de Apicalá, ya que si bien las transacciones ocurrieron desde el 17 de junio de 2019, la custodia del equipo de cómputo del Secretario de Hacienda y Tesorería, por medio del cual se accedía al Portal Empresarial, fue realizada hasta el 30 de julio de 2019, es decir, más de un mes después cuando ya no era posible garantizar la salvaguarda de la información contenida en dicho equipo de cómputo.



ACTA DE ENTREGA COMPUTADOR N° 001

Siendo las 05:00 p.m., del treinta (30) de julio de 2019, se reunieron el secretario de hacienda y tesorería, doctor EDGAR GONZALO SANCHEZ MORENO, con el señor alcalde, doctor EMILIANO SALCEDO OSOSRIO, en el despacho de la secretaria de hacienda y tesorería, para hacer entrega del computador JANUS 2.5 Ghz o superior, memoria DDR3- 4 gigas disco duro de 1 lera, unidad DVD con quemador Caja ATX- teclado multimedia, mouse optico parlantes, Monitor LCD 22" licencia sistema operativo y adaptador Wifi . Ref. J2313LE12110500178, el cual se encuentra a cargo del secretario de hacienda y tesorería, este cuenta con sus sistema operativo en correcto funcionamiento y software de oficina, el respectivo computador quedara bajo custodia del señor alcalde, en su despacho, esto se realiza teniendo en cuenta los hechos acontecidos el día 17 de junio de 2019, donde se realizaron unas transacciones, una por valor de \$187.000.000.00, realizada a las 10:58 horas, la segunda por valor de \$112.000.202.00., realizada a las 16:01 horas, la custodia será hasta que las entidades competentes realicen las investigaciones pertinentes y se aclare los hechos sucedidos.

Se asigna un nuevo computador para el normal funcionamiento de la Secretaría de Hacienda y Tesorería.

Para constancia firman hoy treinta (30) de julio de 2019,

- Así mismo, la Contraloría Departamental del Tolima, ante la Denuncia realizada por el Alcalde del Municipio de Carmen de Apicalá por las operaciones realizadas el 17 de junio de 2019, a través de la Dirección Técnica de Control Fiscal y Medio Ambiente, procedió a efectuar concepto sobre en al análisis realizado frente a los hechos que le fueron puesto de presente, llegando así a la siguiente conclusión:

Situación está, que infliere en la Administración Municipal del Cermen de Apicala realizó una gestión ineficaz, ineficiente y antieconómica en el manejo de los Recursos Públicos a cargo de la Secretaría de Hacienda, dependencia donde se cuenta el toquen de acceso a las cuentas bancarias y al única dependencia con acceso al portal virtual del Banco; Portal en el cual se debió evidenciar la ocurrencia de los hechos relacionados con anterioridad a la fecha en la cual se comunicó al Alcalde Municipal y a los Entes de Control de la situación acontecida el día 17 de junio de 2019; lo que conllevó a la generación de un presunto daño patrimonial estimado en DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS DOS PESOS (\$299'000.202), (Subrayado fuera de texto).

En virtud de lo anterior, y como conclusión el funcionario auditor, determina en la Auditoria la existencia de un (1) hallazgo fiscal, por la cuantía antes referida.

- Incluso, la Oficina de Control Interno de la Alcaldía de Carmen de Apicalá, en auditoria especial la Secretaría de Hacienda y Tesorería del 15 de agosto de 2019, encontró comprometida la

responsabilidad del Secretario de Hacienda y Tesorería, esto es del señor Edgar Gonzalo Sánchez, en la realización de las operaciones, al señalar:

7. Sobre el actuar del secretario de hacienda, en la parsimoniosa actuación de esperar 13 días para tomar una acción respecto de lo ocurrido, hace presumir un total descuido o desatención por esta anomalía que requería de la mayor diligencia y cuidado, igual conducta podemos predecir de la entidad bancaria Davivienda, que al ser enterada que ocurrieron 2 movimientos bancarios inusuales en uno de sus usuarios, se tardaron mucho tiempo en darle un aviso para tomar acciones correctivas inmediatas; las cuales nunca se tomaron por ninguno de los dos mencionados.

- El Municipio de Carmen de Apicalá no tenía activo el servicio de mensajería para la notificación de las operaciones:

Datos Generales del Perfil

Tipo de Perfil: 2 - Perfil de Cliente SPIS

Nombre:

Apellido:

Fecha Contrato:

Datos Contacto:

Celular:

Correo:

Clase:

Tipo Doc:

Tip Cliente:

No. SPIS:

Resumen de Errores | Historico de Modificaciones | Aceptar | Salir

- Las operaciones desconocidas por la parte actora fueron realizadas desde una IP habitual para el Municipio de Carmen de Apicalá, esto es la 186.148.164.243.
- Si bien el Municipio de Carmen de Apicalá accedía desde diferentes equipos al Portal Empresarial, se puede advertir que desde el equipo del cual se realizaron las operaciones desconocidas el Municipio había accedido de manera previa al Portal Empresarial e igualmente se accedió al mismo de manera posterior a la realización de las operaciones:

2019-06-04	Jun 2019	11:50:09	186.148.164.243	Mozilla/5.0 (Windows NT 6.1; rv:67.0) Gecko/20100101 Firefox/67.0
2019-06-06	Jun 2019	11:45:45	186.148.164.243	Mozilla/5.0 (Windows NT 6.1; rv:67.0) Gecko/20100101 Firefox/67.0
2019-06-06	Jun 2019	12:17:58	186.148.164.243	Mozilla/5.0 (Windows NT 6.1; rv:67.0) Gecko/20100101 Firefox/67.0
2019-06-17	Jun 2019	11:33:42	186.148.164.243	Mozilla/5.0 (Windows NT 6.1; rv:67.0) Gecko/20100101 Firefox/67.0
2019-06-17	Jun 2019	11:55:10	186.148.164.243	Mozilla/5.0 (Windows NT 6.1; rv:67.0) Gecko/20100101 Firefox/67.0
2019-06-17	Jun 2019	16:33:24	186.148.164.243	Mozilla/5.0 (Windows NT 6.1; rv:67.0) Gecko/20100101 Firefox/67.0
2019-06-17	Jun 2019	16:57:49	186.148.164.243	Mozilla/5.0 (Windows NT 6.1; rv:67.0) Gecko/20100101 Firefox/67.0
2019-06-17	Jun 2019	17:00:31	186.148.164.243	Mozilla/5.0 (Windows NT 6.1; rv:67.0) Gecko/20100101 Firefox/67.0
2019-06-18	Jun 2019	09:38:36	186.148.164.243	Mozilla/5.0 (Windows NT 6.1; rv:67.0) Gecko/20100101 Firefox/67.0
2019-06-18	Jun 2019	09:53:58	186.148.164.243	Mozilla/5.0 (Windows NT 6.1; rv:67.0) Gecko/20100101 Firefox/67.0
2019-06-18	Jun 2019	11:03:21	186.148.164.243	Mozilla/5.0 (Windows NT 6.1; rv:67.0) Gecko/20100101 Firefox/67.0

- Adicionalmente, el Municipio de Carmen de Apicalá incumplió las prácticas propias del consumidor financiero, ya que como es a penas natural, derivado de un contrato que por definición es bilateral, surgen obligaciones correlativas para los extremos negociales, en donde cada una de las partes se obliga a cumplir con las prestaciones a su cargo para el buen desarrollo del objeto del negocio.

En el caso objeto del litigio, por tratarse de un negocio bilateral, si bien el grueso del contenido negocial está en cabeza de la entidad financiera pues no puede desconocerse que estamos de cara a una relación asimétrica, quien es definido como consumidor financiero no está exento de cumplir las obligaciones que están a su cargo. En efecto, como se desprende del artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, la ley impone como obligaciones del denominado consumidor financiero mínimas cargas que tienen el objetivo de servir como prácticas propias de protección de los productos que adquieren con las entidades financieras.

Específicamente los literales b) y d) de la norma en comenta, dispone:

"ARTÍCULO 6°. 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 permitan la toma de decisiones informadas.

(...)

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

De la norma en cita se desprende que está en cabeza del consumidor Financiero informarse debidamente respecto de los términos y condiciones de los productos que adquiere, los cuales son vertidos en los contratos y demás anexos que son suscritos. Lo anterior quiere significar que no le es permitido al Consumidor Financiero desconocer las obligaciones que ha contraído con la Entidad financiera y, mucho menos, tratar de eludir la responsabilidad que se deriva de tales obligaciones.

La Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera en sentencia del 15 de mayo de 2018 ha precisado con relación a los deberes de autoprotección lo siguiente:

"Sin embargo lo anterior, lo cierto es que ello no conlleva para el consumidor financiero la desatención de los deberes de autoprotección estipulados estas en el artículo 6 de la ley precitada donde se establecen una serie de prácticas de protección propia del consumidor financiero, que fueron constituidas como un deber de doble vía, dentro de esas buenas prácticas deben informarse sobre los productos o servicios que pretenden adquirir, el leer los términos del contrato y sus anexos, además, el deber de indagar las condiciones, restricciones, costos y plazos; exigiendo al banco ya sea explicaciones escritas o verbales que le nutran de suficiente información para tomar una buena decisión (...)"⁵

En la misma línea, la Superintendencia Financiera ha señalado sobre la importancia de estos deberes:

"No obstante, si bien el ejercicio de la actividad financiera genera un régimen especial de responsabilidad bajo la perspectiva de una anunciada diligencia y profesionalismo en las relaciones contractuales, ello no significa que el consumidor financiero esté autorizado

⁵ Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia del 15 de mayo de 2018. Exp. 2017-2089.



ni le esté permitido incumplir, descuidar, desatender, o desconocer las obligaciones que paralelamente les son asistidas, máxime si se tiene en cuenta que se encuentra en juego su propio patrimonio.

Al respecto, la Ley 1328 de 2009 en su artículo 6 prevé que son buenas prácticas de los consumidores financieros, entre otras, informarse de los productos o servicios que piensa emplear, indagar sobre las condiciones generales de las operaciones, es decir, los derechos, obligaciones, costos, restricciones aplicadas al producto o servicio, exigiendo las explicaciones verbales y escritas necesarias y suficientes que posibiliten la toma de decisiones informadas, así como también, está la de observar las instrucciones y recomendaciones emitidas por la entidad vigilada, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones especiales que se hayan pactado con el respectivo contrato siempre y cuando pues ellas no correspondan a cláusulas abusivas⁶

Con todo, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de enero de 2019 ha indicado que el principio de auto responsabilidad impone el cumplimiento estricto de la declaración de voluntad:

“En otras palabras, como el demandado por un acto exterior inequívoco se comprometió a respetar la convención y dar estricto cumplimiento a sus términos, ahora no puede burlar su imperatividad bajo la idea de que fue descuidado. El principio de auto-responsabilidad impone, en este caso, que se de prevalencia a la declaración para concluir que asintió en el escrito como unidad comprensiva de los negocios jurídicos de transacción y compromiso”

Así, tenemos que el Reglamento de la Cuenta de Ahorros, establece:

“ARTÍCULO 19º.- PERDIDA DE LA LIBRETA O DE LA TARJETA DÉBITO - El AHORRADOR se obliga a custodiar diligentemente la libreta, la tarjeta débito y/o instrumento asignado. En caso de pérdida, hurto o extravío, el AHORRADOR se obliga a dar aviso inmediato a DAVIVENDA por escrito o telefónicamente, con la finalidad de evitar el pago de fondos a personas distintas al AHORRADOR. Los costos de reposición serán de cargo del AHORRADOR”. (Se resalta)

⁶ Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia del 22 de octubre de 2018. Exp. 2018-652.

Así mismo, en la página web del Banco, www.davivienda.com, se encuentra publicado el Reglamento del Portal Empresarial, el cual el Municipio de Carmen de Apicalá a través del personal autorizado debía conocer y dar plena aplicación a dicho Reglamento, el cual establece:

"CLÁUSULA SEGUNDA. OBLIGACIONES DE EL CLIENTE:

(...)

2. Disponer de equipos que cumplan los requerimientos técnicos informados por DAVIVIENDA a través de la página de Internet en la Sección "Seguridad", y en la siguiente ruta: <https://www.davivienda.com/wps/portal/empresas/nuevo/seguridad>.

(...)

9. Recibir y custodiar el token con la mayor diligencia y cuidado, solicitar su reposición cuando éste haya expirado y devolverlo a la terminación del servicio o cuando ya no sea necesario para la operación, lo anterior debido a que el token es propiedad de DAVIVIENDA.

EL CLIENTE sólo deberá tener en su poder los token necesarios para la operación, no se debe mantener ningún tipo de inventario.

(...)

13. Dar cumplimiento cabal y oportuno a las medidas de seguridad que DAVIVIENDA recomienda ya que las mismas responden a la necesidad de dotar a las transacciones celebradas por EL CLIENTE usando el PORTAL EMPRESARIAL del mayor grado de seguridad posible, y que dar cumplimiento a las mismas redunda en su propio beneficio". (Se resalta)

(...)

15. Mantener activas y actualizadas herramientas licenciadas de seguridad antimalware en los EQUIPOS utilizados para el acceso al PORTAL EMPRESARIAL y/o APP EMPRESAS DAVIVIENDA.

16. Mantener las últimas actualizaciones de seguridad del Sistema Operativo licenciado y los navegadores de los equipos utilizados para el acceso al PORTAL EMPRESARIAL y/o la APP EMPRESAS DAVIVIENDA.



17. Contar con herramientas de control de navegación para evitar descarga de software malicioso.

15. Permitir la revisión de seguridad de sus EQUIPOS y/o red de datos cuando se presenten casos de fraude y en los casos donde DAVIENDA lo considere conveniente. Para efectos de la revisión, DAVIENDA enviará una comunicación a EL CLIENTE donde le informará el nombre de los funcionarios autorizados que asistirán a la visita y la fecha en la que se efectuará. Concluida la visita DAVIENDA podrá enviar un informe de recomendaciones, las cuales deberán ser implementadas por EL CLIENTE.

Así mismo, el Anexo al Reglamento Operativo Portal Empresarial, señala:

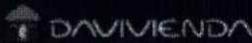
"CLÁUSULA SEGUNDA. CONDICIONES GENERALES:

(...)

2. EL CLIENTE asume como propios el uso que los USUARIOS realicen del TOKEN y la CLAVE PERSONAL o CLAVE VIRTUAL EMPRESARIAL **ya que representan su firma en la utilización de los servicios del PORTAL EMPRESARIAL**". (Se resalta)

De las estipulaciones contractuales en comento, es claro que era exclusiva responsabilidad del demandante el manejo y administración de los elementos e información necesarios para que las transacciones pudieran efectuarse por medio del Portal Empresarial.

Igualmente, en la página web del BANCO se encuentran publicadas las recomendaciones de seguridad, entre las que se pueden encontrar las siguientes:



Bienvenido al Portal Empresarial DAVIENDA

Por favor ingrese la siguiente información:

Tipo de Identificación: <input type="text" value="Cédula de Ciudadanía"/>	<input type="button" value="Verificar de Datos"/>
Número de Documento: <input type="text"/>	<input type="button" value="Otro Documento"/>
Número de Cliente Empresarial: <input type="text"/>	<input type="button" value="Institución de Ingreso y Seguridad"/>
Clave Personal: <input type="text"/>	
Clave Alternativa de su TIGDS: <input type="text"/>	

Para mayor información llame ya a nuestro Call Center Empresarial
 321 82 88 o 521 88 98 en Bogotá y 01 8000 91 91 91 en el resto del país.

Recomendaciones de Seguridad

Para el uso adecuado de su Portal Empresarial DAVIENDA, recuerde las siguientes recomendaciones:

- No dé a conocer sus datos de identificación oficial, ni los envíe a través de correo electrónico.
- No divulgue su clave personal, recuerde que esta es el primer factor de seguridad para acceder al Portal Empresarial.
- Si cree que su clave personal ha sido consultada por terceros consulte de inmediato a través de la propia Oficina de esta persona.
- Cualquiera de estos servicios digitalmente que contenga números, letras y caracteres especiales, debe más complejidad, menor será la posibilidad de ser atacado por terceros.
- Para una declaración segura cierre su sesión antes de retirarse de cualquier sitio. Evite estar realizando sus transacciones.
- No ingrese información confidencial, como claves personales, número de productos, datos de la empresa, etc., en páginas que sean accesibles a través de sitios que dependan de conexiones electrónicas.
- DAVIENDA nunca solicita información confidencial de su empresa para la actualización de datos, relacionados con números de sus productos y claves personales.
- Tenga cuidado de no revelar o dejar que se revelen su nombre, si esto ocurre comuníquese de inmediato con el Call Center Empresarial DAVIENDA.

Banco DAVIENDA, su empresa, aquí, lo tiene todo.

Así mismo, en correo electrónico del 24 de abril de 2019, BANCO DAVIENDA remitió al Municipio de Carmen de Apicalá una serie de recomendaciones:

CON SUS USUARIOS Y SERVICIOS

Administración de usuarios:

Para implementar la seguridad en sus transacciones le recomendamos asignar varios usuarios con perfiles diferentes, como:

- **Controles duales:** dos usuarios que aprueben los pagos y transferencias del portal empresarial.
- **Segregación de funciones:** le permite tener usuarios con diferentes perfiles y restricciones.

Administración de servicios:

Usted puede aplicar restricciones particulares a los usuarios de acuerdo a los servicios y atribuciones que le correspondan a cada uno.

- Realice periódicamente la actualización de sus datos a través del portal empresarial, en la oficina de radicación o con el ejecutivo de cuenta.
- Parametrice en el portal actividades de acuerdo a su actividad como horarios de operación, firmas autorizadas, restricción de usuarios y topes máximos y mínimos.

EN SUS TRANSACCIONES

Tenga en cuenta:

- Cuando note que se le cierra la página constantemente o le pide digitar varias veces la clave, cierre la sesión y reporte inmediatamente a la línea empresarial, para evitar la entrega de información confidencial a terceros.
- Inscríba sus IP fijas llamando a la línea empresarial para restringir los computadores desde los cuales accede al portal empresarial.
- Recuerde cerrar la sesión cuando termine de realizar sus transacciones.
- Puede acceder al servicio de encriptación de archivos, lo cual le permite cifrar la información evitando manipulación y acceso de terceros.
- Restricción de horario en las transacciones monetarias.
- Recuerde que los ingresos al portal empresarial y las modificaciones sobre las atribuciones de los perfiles de usuarios se notifican al administrador mediante mensajes al celular y correo electrónico.
- Usted puede ver el último acceso registrado después de autenticarse en el portal. En la parte superior derecha de la página se le informará sobre el último acceso exitoso e intento no exitoso, para alertarlo sobre posibles ingresos no autorizados.

EN EL PORTAL



Finalmente, resulta fundamental para la evaluación del presente proceso, poner de presente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del pasado 7 de octubre del 2020 expediente 11001-31-99-003-2019-03463-01. Esta sentencia pareciera que hubiera sido proferida para casos como el que nos ocupa, toda vez que el Municipio de Roncesavalles demandó por hechos casi idénticos al Banco Agrario de Colombia S.A. y el Tribunal acotó:

"Y es que a decir verdad, al margen de que, en el evento de defraudación por transacciones electrónicas, el riesgo, en línea de principio, tendría que ser asumido por el ente financiero, al ser un supuesto inherente

a la actividad bancaria, que es de carácter profesional, habitual y lucrativa, cuya realización requiere de altos estándares de diligencia, seguridad, control, confiabilidad y profesionalismo, su exoneración se abre paso si logra demostrarse que la irregular sustracción "(...) 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'; premisa jurisprudencial que aplicada al caso de marras, deja entrever que el palmario descuido del Municipio de Roncesvalles en el manejo y custodia de las credenciales asignadas para operar en la banca virtual de la intimada, como en líneas precedentes quedó sentado, fueron las causas que determinarían la consumación de la defraudación sufrida".

(...)

En esas condiciones, se tiene que ninguna evidencia revela que el Banco Agrario de Colombia S.A. haya incumplido los deberes de conducta propios de un profesional dedicado a la actividad financiera, pues, como quedó demostrado, no le era exigible un actuar diferente, debido a que las operaciones censuradas, a criterio de esta Sala, además de realizarse desde la IP utilizada por el municipio desde el 2.018, accediendo a la sucursal virtual por medio del usuario originador y posteriormente confirmadas por el perfil autorizador, con clave secreta y token, ciertamente no resultaban inusuales al perfil transaccional de su cliente, quien administraba sus productos bancarios sin parametrización alguna, situación que pone de manifiesto la conducta culposa del consumidor demandante, lo cual, a no dudarlo, deshace el nexo causal necesario para estructurar la responsabilidad civil del ente crediticio convocado a las diligencias" (Se resalta).

En igual sentido, en un caso similar al que nos ocupa la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, en sentencia del 20 de octubre de 2021, proferida dentro del expediente No. 2021-1714, manifestó:

"Sin embargo, aun así el mismo estuviera, instalado, configurado, actualizado y en pleno uso, situación que repito no se acreditó en la presente actuación, de lo expuesto se concluye que la pérdida de los recursos es imputable únicamente a la responsabilidad a la sociedad aquí demandante, pues si bien es cierto que el aludido software es una seguridad, no lo es menos que las operaciones cursaron con las claves OTP provenientes de los token que se encontraban en poder y custodia de los funcionarios de la sociedad demandante que fueran encargados para la preparación y autorización de los pagos.

En ese sentido, aun cuando este demostrado la presencia de un malware en los equipos antes referidos, lo cierto es que más allá de que se hubiese presentado acceso por control remoto de los equipos de la parte activa por parte de un tercero a través de software malicioso, de la valoración conjunta de lo señalado en los testimonios rendidos por FREDDY JEJEN Y RICARDO ESPINEL, el dictamen pericial presentado y los informes de seguridad, se encuentra que no se hubiera podido modificar el archivo plano, ni montarlo en el portal transaccional del banco, sin la digitación de la clave en un solo tiempo OTP o One Time Password que generaba cada 20 segundos el dispositivo token correspondiente, como los mismos testigos lo confirmaron en sus respectivas declaraciones y por ende la modificación del archivo plano que conlleva a la pérdida económica, se generó únicamente con la digitación o validación de esta clave por parte del usuario creador u originador de UPSISTEMAS, situación que ningún tercero que no tenga acceso físico al dispositivo podía conocer, aún con la presencia de software malicioso y control a acceso remoto que hubieran sufrido los equipos de cómputo de la sociedad actora.

En ese sentido, considera el Despacho que resulta inane o fútil, el argumento de la parte actora de que las transacciones se realizaron en virtud del incumplimiento contractual del banco por haber invadido sus sistemas, pese a que contaban con el software de seguridad entregado por la entidad financiera.

Por la instalación de dicho programa no excluía las medidas de seguridad que debía tener la propia sociedad accionante, ya que la realización de las operaciones debatidas, solamente fue posible frente a la modificación del archivo plano, que repito, como se acredita en la actuación, necesitaba la digitación de las claves OTP generadas por el token mismo que se encontraba en custodia de UPSISTEMAS SAS en la oficina de tesorería, como lo manifestará su representante legal en interrogatorio de parte, grabación contenida en la 034 del expediente y en consecuencia, tal situación de custodia y seguridad de elementos transaccionales únicamente estaba bajo la esfera de responsabilidad y custodia de la parte actora, tal situación fáctica tiene conexidad directa con la causación del hecho dañoso y rompe cualquier nexo causal con la actividad del banco, puesto de no haberse accedido por parte de terceros a la información del token físico, no hubieren sido posible la modificación del archivo plano y posterior giro de los recursos a cuentas no autorizadas.

(...)

Retomando el análisis del caso de marras, este despacho ha de concluir que o bien se presentó algún tipo de infidelidad o participación interna de algún empleados o funcionario de la sociedad actora o bien se contó con su culpa o negligencia de estos empleados en la custodia de los elementos transaccionales correspondientes, al perder precisamente la guarda de elemento, de los elementos transaccionales respectivos, pues no de otra forma se explica que se hubiere contado con el token para modificar el montaje del archivo plano para la dispersión de pago de nómina ese 20 de septiembre del 2019.

(...)

Así las cosas el banco no estaba obligado a bloquear ni a confirmar las transacciones objeto del presente proceso judicial, por lo tanto en ese sentido conforme al presente jurisprudencial que rige la materia, este despacho encuentra configurada una causa extraña correspondiente a la culpa o incumplimiento de la parte actora que fue el medio efectivo para facilitar la causación del hecho dañino, sin que pueda indicarse se tal situación genera el colocar a la parte actora en alguna situación de inferioridad, pues precisamente a través de esta vía se le ha otorgado el medio a la administración de justicia previsto por la ley para resolver con celeridad la controversia contractual que tenía con la entidad financiera demandada y donde se ha demostrado que únicamente los incumplimientos y culpas atribuibles a la parte actora fueron los detonadores de la causación del perjuicio sin haberse probado ningún tipo de incumplimiento o conducta del banco que hubiere mediado en la misma por lo que deberá asumirse la responsabilidad establecida precisamente en el régimen desarrollado por la línea jurisprudencial respectiva, cuando las operaciones repudiadas se deben o se causan por la culpa o incumplimiento del consumidor...” (Se resalta)

En la misma línea, la ya tantas veces referida Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, en sentencia del 31 de agosto de 2021, dentro del expediente No. 2020-4273, se señaló:

“Ahora bien, como se acredita con el log transaccional aportado a derivado 009 y 044, las dos transacciones debatidas fueron realizadas desde la misma IP utilizada por el Municipio para la realización de operaciones diferentes no debatidas.

Conforme a este material probatorio analizado en conjunto a la luz de la sana crítica, este Despacho concluye que el Municipio de Tumaco a través de sus dependientes incumplió las obligaciones contractuales relacionadas con atención en medidas de seguridad en el manejo del portal empresarial, tal incumplimiento no es menor y no pudo referirse en mejores términos el Ministerio Público en sus alegatos de conclusión, al señalar una marcada negligencia y desidia por parte de los funcionarios responsables al interior del Municipio demandante, su incumplimiento y culpa de manera decisiva en la materialización del perjuicio alegado.

Téngase en cuenta que el Municipio de Tumaco no es cualquier tipo de consumidor, es un consumidor cualificado, que contaba con los funcionarios y órganos internos que le permitían ejercer la custodia y cuidado de los recursos públicos que estaba administrando, por lo que desde ya se advierte que se tendrán por fundadas las excepciones que la parte demandada denominó las transacciones cuestionadas se efectuaron con los elementos necesarios para su éxito y que se encontraban bajo custodia del Municipio de Tumaco; incumplimiento de las prácticas propias del Consumidor Financiero por parte del Municipio de Tumaco” (Se resalta)

En virtud de lo anterior, es evidente como se presentaron una serie de circunstancias que hacen que la realización de las operaciones que se debaten en el presente proceso sean consecuencia directa del actuar descuidado y negligente por parte del Municipio de Carmen de Apicalá, quien con su actuar que facilitó que los recursos terminaran en manos de terceros, de manera que, si fue la conducta propia del Municipio de Carmen de Apicalá la causante de las operaciones que hoy desconoce no puede haber responsabilidad alguna de BANCO DAVIVIENDA en la realización de las operaciones que nos ocupan en el presente proceso, razón por la cual ruego al Despacho declarar la prosperidad de la presente excepción.

Aunado a lo anterior, tenemos el principio conforme el cual nadie puede alegar a su favor su propia culpa (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans), al respecto la Honorable Corte Constitucional, mediante sentencia T-1231 de 2008, señaló:

"En síntesis, el principio general del derecho según el cual Nadie puede obtener provecho de su propia culpa (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans), hace parte del ordenamiento jurídico colombiano. En consecuencia, en virtud de dicho principio, la prosperidad de la acción de tutela está condicionada a la verificación de que los hechos que la originan, no ocurrieron como consecuencia de la culpa, imprudencia, negligencia o voluntad propia del actor. Ello por cuanto, una consideración en sentido contrario, constituiría una afectación del principio en comento, y por lo tanto, de los fundamentos del Estado de Derecho y del principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución política".

5.2. LAS OPERACIONES DESCONOCIDAS SE ENCUENTRAN AJUSTADAS AL PERFIL TRANSACCIONAL DEL MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ RESPECTO DEL Y USO Y MANEJO CUENTA DE AHORROS No. 282674217 MIGRADA A LA CUENTA DE AHORROS NO. 0550446000178306 A TRAVÉS DEL PORTAL EMPRESARIAL.

La Superintendencia Financiera de Colombia ha manifestado en su jurisprudencia que un factor determinante en las transacciones no reconocidas por el consumidor financiero y según el cual el BANCO hubiere podido detectar una alerta, es el perfil transaccional. Este perfil transaccional no es otra cosa que una recopilación de información del cliente acerca de sus movimientos financieros a fin de establecer unos hábitos y actuaciones que se repiten en el tiempo, así cuando las operaciones desconocidas se ajustan a los hábitos transaccionales del cliente, no hay motivos para levantar alertas o bloquear el respectivo producto.

Por lo tanto, los perfiles transaccionales dan una idea de los comportamientos financieros del consumidor, lo que no quiere decir que se trate de comportamientos exactamente iguales y repetidos en el tiempo, pues este perfil permite variaciones razonables que no generarían alerta.



Ante tal circunstancia es pertinente anotar lo que ha entendido la Honorable Corte Suprema de Justicia por "Perfil Transaccional", lo cual en sentencia del pasado 19 de diciembre del 2016, **SCI8614-2016**, Radicación nº 05001-31-03-001-2008-00312-01, lo siguiente:

"La entidad debe acreditar que las operaciones se adecuan a los hábitos transaccionales del cliente, es decir, que se hicieron en los días que suele transar, a través de la dirección IP 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 las transacciones 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"

En el mismo sentido, el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia del caso de Protevis Ltda contra Banco Davivienda S.A., cuyo Magistrado Ponente fue el doctor Germán Valenzuela, Radicado 110012199001201500206-01, acotó:

"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".

En esa misma providencia se señaló que:

"La entidad debe acreditar que las operaciones se adecuan a los hábitos transaccionales del cliente, es decir, que se hicieron en los días que suele transar, a través de la dirección IP 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 las transacciones 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".

Así, en atención a lo señalado y dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 2.3.3.1.13 de la Parte I, Título II, Capítulo I de la Circular Externa 029 de 2014, que dispone:

"2.3.3.1.13. 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".

BANCO DAVIVIENDA procedió a la creación del perfil transaccional del Municipio de Carmen de Apicalá, perfil que se puede evidenciar en los documentos aportados como prueba junto con el presente escrito y que se denominan "log transaccional" y "log de movimientos a través del Portal Empresarial".

En el denominado "log transaccional" se puede evidenciar que las dos (2) operaciones desconocidas por el Municipio de Carmen de Apicalá fueron identificadas bajo los siguientes conceptos:

- **Canal - 21:** Portal Empresarial
 - **Tipo movimiento -55:** Nota débito-descuento
 - **Motivo concepto-29:** Abono Transferencia Otra Entidad
 - **Medio transaccional-13:** Llave empresarial
- Por lo tanto, tenemos que, desde la Cuenta de Ahorros No. 282674217 migrada a la Cuenta de Ahorros No. 0550446000178306 de la cual fueron efectuadas las operaciones no reconocidas por el Municipio de Carmen de Apicalá, durante al año 2018 y lo que iba corrido de 2019 al momento de realización de las operaciones desconocidas, se registran bajo los mismos conceptos ya referidos, un total de 72 operaciones, lo que implica una habitualidad en las realización de las operaciones desconocidas en relación con operaciones realizadas con anterioridad por parte del Municipio de Carmen de Apicalá:

PERIODO	COD CUENTA	FECHA SISTEMA	HORA SISTEMA	CANAL	TIPO MOVIMIENTO	MOTIVO CONCEPTO	MEDIO TRANSAC
04-01-2018	446000178306	04-01-2018	82330	21	0055	0029	13
11-01-2018	446000178306	11-01-2018	145552	21	0055	0029	13
19-01-2018	446000178306	19-01-2018	100211	21	0055	0029	13
22-01-2018	446000178306	22-01-2018	143610	21	0055	0029	13
08-02-2018	446000178306	08-02-2018	110907	21	0055	0029	13
12-02-2018	446000178306	12-02-2018	175326	21	0055	0029	13
15-02-2018	446000178306	15-02-2018	94933	21	0055	0029	13
12-03-2018	446000178306	12-03-2018	155545	21	0055	0029	13
16-03-2018	446000178306	16-03-2018	155713	21	0055	0029	13
23-03-2018	446000178306	23-03-2018	151451	21	0055	0029	13
02-04-2018	446000178306	02-04-2018	173301	21	0055	0029	13
24-04-2018	446000178306	24-04-2018	90440	21	0055	0029	13
07-05-2018	446000178306	07-05-2018	80556	21	0055	0029	13
08-05-2018	446000178306	08-05-2018	151057	21	0055	0029	13
15-05-2018	446000178306	15-05-2018	95151	21	0055	0029	13
25-05-2018	446000178306	25-05-2018	94907	21	0055	0029	13
06-06-2018	446000178306	06-06-2018	171017	21	0055	0029	13
06-06-2018	446000178306	06-06-2018	171049	21	0055	0029	13
08-06-2018	446000178306	08-06-2018	160409	21	0055	0029	13
19-06-2018	446000178306	19-06-2018	114928	21	0055	0029	13



PERIODO	COD CUENTA	FECHA SISTEMA	HORA SISTEMA	CANAL	TIPO MOVIMIENTO	MOTIVO CONCEPTO	MEDIO TRANSAC
02-08-2018	446000178306	02-08-2018	145241	21	0055	0029	13
03-08-2018	446000178306	03-08-2018	100846	21	0055	0029	13
03-08-2018	446000178306	03-08-2018	170336	21	0055	0029	13
08-08-2018	446000178306	08-08-2018	103203	21	0055	0029	13
08-08-2018	446000178306	08-08-2018	104253	21	0055	0029	13
08-08-2018	446000178306	08-08-2018	105659	21	0055	0029	13
10-08-2018	446000178306	10-08-2018	115825	21	0055	0029	13
10-08-2018	446000178306	10-08-2018	120349	21	0055	0029	13
15-08-2018	446000178306	15-08-2018	95235	21	0055	0029	13
15-08-2018	446000178306	15-08-2018	114145	21	0055	0029	13
14-09-2018	446000178306	14-09-2018	171545	21	0055	0029	13
24-09-2018	446000178306	24-09-2018	112548	21	0055	0029	13
25-09-2018	446000178306	25-09-2018	163950	21	0055	0029	13
27-09-2018	446000178306	27-09-2018	163525	21	0055	0029	13
08-10-2018	446000178306	08-10-2018	142158	21	0055	0029	13
08-10-2018	446000178306	08-10-2018	161008	21	0055	0029	13
06-11-2018	446000178306	06-11-2018	85640	21	0055	0029	13
19-11-2018	446000178306	19-11-2018	100524	21	0055	0029	13
19-11-2018	446000178306	19-11-2018	164116	21	0055	0029	13
03-12-2018	446000178306	03-12-2018	151542	21	0055	0029	13
26-12-2018	446000178306	26-12-2018	81146	21	0055	0029	13
26-12-2018	446000178306	26-12-2018	113735	21	0055	0029	13
27-12-2018	446000178306	27-12-2018	120825	21	0055	0029	13
16-01-2019	446000178306	16-01-2019	151609	21	0055	0029	13
11-02-2019	446000178306	11-02-2019	164516	21	0055	0029	13
11-02-2019	446000178306	11-02-2019	121343	21	0055	0029	13
11-02-2019	446000178306	11-02-2019	143856	21	0055	0029	13
11-02-2019	446000178306	11-02-2019	120642	21	0055	0029	13
04-03-2019	446000178306	04-03-2019	171707	21	0055	0029	13
12-03-2019	446000178306	12-03-2019	103329	21	0055	0029	13
12-03-2019	446000178306	12-03-2019	113531	21	0055	0029	13
18-03-2019	446000178306	18-03-2019	172641	21	0055	0029	13
19-03-2019	446000178306	19-03-2019	104607	21	0055	0029	13
01-04-2019	446000178306	01-04-2019	142810	21	0055	0029	13
01-04-2019	446000178306	01-04-2019	143826	21	0055	0029	13
04-04-2019	446000178306	04-04-2019	162406	21	0055	0029	13
12-04-2019	446000178306	12-04-2019	112518	21	0055	0029	13
25-04-2019	446000178306	25-04-2019	160952	21	0055	0029	13
02-05-2019	446000178306	02-05-2019	114606	21	0055	0029	13
02-05-2019	446000178306	02-05-2019	105515	21	0055	0029	13
02-05-2019	446000178306	02-05-2019	170157	21	0055	0029	13
02-05-2019	446000178306	02-05-2019	172227	21	0055	0029	13
03-05-2019	446000178306	03-05-2019	120217	21	0055	0029	13
07-05-2019	446000178306	07-05-2019	83930	21	0055	0029	13

PERIODO	COD CUENTA	FECHA SISTEMA	HORA SISTEMA	CANAL	TIPO MOVIMIENTO	MOTIVO CONCEPTO	MEDIO TRANSAC
17-05-2019	446000178306	17-05-2019	101655	21	0055	0029	13
17-05-2019	446000178306	17-05-2019	102309	21	0055	0029	13
17-05-2019	446000178306	17-05-2019	102316	21	0055	0029	13
06-06-2019	446000178306	06-06-2019	113219	21	0055	0029	13
07-06-2019	446000178306	07-06-2019	182320	21	0055	0029	13
07-06-2019	446000178306	07-06-2019	124011	21	0055	0029	13
12-06-2019	446000178306	12-06-2019	114106	21	0055	0029	13
13-06-2019	446000178306	13-06-2019	165016	21	0055	0029	13
17-06-2019	446000178306	17-06-2019	160117	21	0055	0029	13
17-06-2019	446000178306	17-06-2019	162431	21	0055	0029	13
17-06-2019	446000178306	17-06-2019	105817	21	0055	0029	13

- De las 72 operaciones realizadas bajo los mismos conceptos de las operaciones debatidas, se puede advertir que estas eran efectuadas por diferentes sumas de dinero, pasando desde los \$2.000.000 hasta los \$100.000.000, es decir que, las operaciones que se debaten en el presente proceso, no solo por concepto sino por monto se ajustaban al perfil transaccional del Municipio de Carmen de Apicalá.
- Igualmente, las operaciones no reconocidas del 17 de junio de 2019 fueron realizadas un día lunes, día que resultaba habitual para la realización de transferencias a terceros través del Portal Empresarial desde la Cuenta de Ahorros No. 282674217 migrada a la Cuenta de Ahorros No. 0550446000178306:

Lunes	70
Martes	150
Miércoles	54
Jueves	151
Viernes	108
Sábado	0
Domingo	0

- Las operaciones desconocidas fueron realizadas las 10:58 horas y las 16:01 horas, horario que resultaba habitual para que el Municipio de Carmen de Apicalá realizara transferencias a terceros a través de Portal Empresarial:

7:00	1
8:00	29
9:00	31
10:00	43
11:00	39
12:00	34
13:00	37
14:00	43
15:00	53
16:00	99
17:00	64
18:00	28
19:00	32

- Por otro lado, un factor determinante a fin de verificar si las operaciones desconocidas por el Municipio de Carmen de Apiclá se encuentran ajustadas a su perfil transaccional, es la IP (sus siglas corresponde a *Internet Protocol*, o protocolo de internet), debiendo establecerse si las operaciones por las cuales se reclaman se efectuaron desde una IP respecto del cual el cliente hubiere o no transado con anterioridad.

Así las cosas, encontramos en el presente caso que las operaciones debatidas se efectuaron desde la IP 186.148.164.243, IP que resultaba habitual para el acceso y manejo del Portal Empresarial por parte del Municipio de Carmen de Apicalá, tal como se evidencia a continuación

- Solo entre el mes septiembre de 2018 y el 17 de junio de 2019, se presentaron 455 ingresos-“LOGIN” al Portal Empresarial desde la IP 186.148.164.243, siendo esta una IP habitual para el ingreso al Portal Empresarial por parte del Municipio de Carmen de Apicalá.
- Igualmente, entre septiembre de 2018 y el 17 de junio de 2019, el Municipio de Carmen de Apicalá realizó 894 transferencias a través del Portal Empresarial desde la IP 186.148.164.243, a título de ejemplo se tienen las siguientes:

2018-09-24	Sep 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-01	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-02	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-02	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-02	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-02	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243

2018-10-02	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-04	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-04	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-04	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-04	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-04	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-04	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-04	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-04	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-04	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-05	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-05	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-05	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-05	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-05	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-05	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-05	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-05	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-05	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-05	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-05	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-05	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-05	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-05	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-05	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-05	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-05	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-19	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-19	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-19	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-19	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-22	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-22	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-22	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-22	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-24	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-24	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-25	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-25	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-25	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-25	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-25	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-26	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-26	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-26	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-10-26	Oct 2018	TRANSFER	186.148.164.243

2018-11-08	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-08	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-08	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-08	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-08	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-08	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-08	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-09	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-09	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-09	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-13	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-13	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-13	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-13	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-14	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-14	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-14	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-14	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-14	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-14	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-14	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-14	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-14	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-14	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-14	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-14	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-14	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-16	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-16	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-16	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-16	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-19	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-19	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-19	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-19	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-19	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-19	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-19	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-19	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-20	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-20	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-20	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-20	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-22	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243

2018-11-22	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-22	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-23	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-23	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-23	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243
2018-11-23	Nov 2018	TRANSFER	186.148.164.243

IP desde la cual debe anotarse que, se ha continuado accediendo al Portal Empresarial por parte del Municipio de Carmen de Apicalá de manera posterior a la realización de las operaciones debatidas en el presente proceso.

De lo anterior, se concluye sin lugar a dudas que además que las operaciones desconocidas fueron realizadas con la totalidad de la información transaccional que debía encontrarse en custodia exclusiva del Municipio de Carmen de Apicalá, dichas operaciones se encuentran dentro su perfil transaccional, motivos suficientes para determinar que en el presente proceso no le asiste responsabilidad alguna a BANCO DAVIVIENDA respecto de las operaciones debatidas en el presente proceso.

5.3. DILIGENCIA DEL BANCO DAVIVIENDA Y CUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES PROFESIONALES.

Las transacciones objeto de debate en el presente proceso fueron exitosas como consecuencia del hecho exclusivo de la víctima que se genera, indiscutiblemente, por el incumplimiento de sus deberes y obligaciones contractuales. No obstante encontrarse configurado el hecho de la víctima como la causa exclusiva del daño, el Despacho advertirá que, en adición, BANCO DAVIVIENDA dio pleno cumplimiento a los deberes que como profesional en la materia le corresponden y, así mismo, actuó en todo momento de manera diligente.

De manera que, a continuación, se ponen de presente una serie de circunstancias que permiten elucidar con total claridad, que el actuar del BANCO DAVIVIENDA respecto de las operaciones no reconocidas por la parte actora fue diligente y en cumplimiento de los deberes que como profesional le corresponden:

- Al haberse efectuado las transacciones no reconocidas con el total de la información transaccional que se necesitaba para el efecto y que debía encontrarse en conocimiento y custodia exclusiva del Municipio de Carmen de Apicalá, a través de su funcionario Edgar Gustavo Sánchez, usuario habilitado por el Municipio para el acceso y manejo del Portal Empresarial, y encontrándose las mismas dentro de su perfil transaccional, BANCO DAVIVIENDA asumió de manera razonable y profesional que quien se encontraba realizando las operaciones era el Municipio de Carmen de Apicalá y en cumplimiento de sus obligaciones puso a disposición del Municipio los recursos solicitados y que se encontraban disponibles en sus cuentas de ahorro.

- > Conforme al Sistema de Gestión de Seguridad de la Información y Ciberseguridad, BANCO DAVIVIENDA ha adoptado los lineamientos establecidos de marcos como el NIST Cybersecurity Framework, SOX, STAR-CSA, FFIEC, y PCI-DSS, los cuales apalancan el cumplimiento del marco regulatorio emitido por los diferentes organismos de control.
- > BANCO DAVIVIENDA no se encontraba obligado a notificar las operaciones desconocidas por el Municipio de Carmen de Apicalá, por cuanto como se anotó en líneas precedentes, el Municipio no tenía habilitado dicho servicio para el mes de junio de 2019.
- > Así mismo, BANCO DAVIVIENDA no se comunicó con el Municipio de Carmen de Apicalá a confirmar la realización de las operaciones pues no solo no se encontraba obligada a hacerlo, sino que además entendió de manera razonable y profesional que las operaciones se encontraban siendo realizadas por el usuario habilitado por el Municipio para el acceso y manejo del Portal Empresarial, aunado al hecho que las operaciones se realizaron desde una IP habitual y se encontraban conformes con su perfil transaccional, de hecho en declaración rendida por el Secretario de Hacienda y Tesorería ante la Oficina de Control Interno de la Alcaldía de Carmen de Apicalá del 14 de agosto de 2019, este señaló:

PREGUNTADO: Quiere decir lo anterior, que pasados 20 millones de pesos, ¿el banco está en la obligación de confirmar la transacción? **CONTESTÓ:** la entidad bancaria tiene la obligación de confirmar al municipio, ya sea vía telefónica o vía correo electrónico institucional, sobre el dinero que se va a pagar. **PREGUNTADO:** Esta obligación contractual bancaria ¿se encuentra en el contrato de la cuenta al momento de su apertura? **CONTESTÓ:** la obligación contractual bancaria con el municipio de Carmen de Apicalá no se evidencia en ninguna ficha de firma o de apertura de estas cuentas bancarias. **PREGUNTADO:** hoy 14 de agosto de 2019 en

- > Al no haber el Municipio de Carmen de Apicalá parametrizado el uso del Portal Empresarial para transferencias, por número de operaciones, valor de operaciones, concepto de operaciones, entre otros, aceptó que BANCO DAVIVIENDA permitiera la realización de las operaciones por los valores de las transacciones no reconocidas.

➤ Así mismo el Municipio de Carmen de Apicalá no tenía inscrita IP para el acceso al Portal Empresarial:

➤ Bancolombia certificó que el receptor de los recursos objeto de las transacciones no reconocidas en el presente proceso fue el señor Rodrigo Sánchez Cuellar, razón por lo cual únicamente es ante esta persona que la parte actora puede ejercer algún tipo de acción, puesto que es claro que BANCO DAVIVIENDA no tiene los recursos por los cuales se reclama en el presente proceso y que por el contrario los mismos se encuentra en poder del señor Rodrigo Sánchez Cuellar.

Bancolombia

Medellín, 31 de julio de 2016

Señores
Municipio Carmen De Apicalá

Para mí es un placer saludarles,

Mi nombre es Leidy y me complace haberles acompañado en la gestión de su requerimiento a través del radicado número 8008541286, donde nos están solicitando soporte de las transferencias realizadas desde el banco Davivienda SA, al beneficiario Rodrigo Sanchez Cuellar.

Una vez realizada la investigación, les informo que para este día me registran dos pagos según la siguiente información que les adjunto.

FECHA	Beneficiario	Beneficiario	Fecha	Valor	Valor	Valor	Valor
2016-07-29	RODRIGO SANCHEZ CUELLAR	RODRIGO SANCHEZ CUELLAR	2016-07-29	5.112.000,00	5.112.000,00	5.112.000,00	5.112.000,00
2016-07-29	RODRIGO SANCHEZ CUELLAR	RODRIGO SANCHEZ CUELLAR	2016-07-29	5.112.000,00	5.112.000,00	5.112.000,00	5.112.000,00

Consideramos importante darles a conocer que las transacciones realizadas por canales electrónicos no generan soportes físicos adicionales al presentado al momento operación, por tanto, el comprobante es la carta de respuesta que les estamos suministrando.

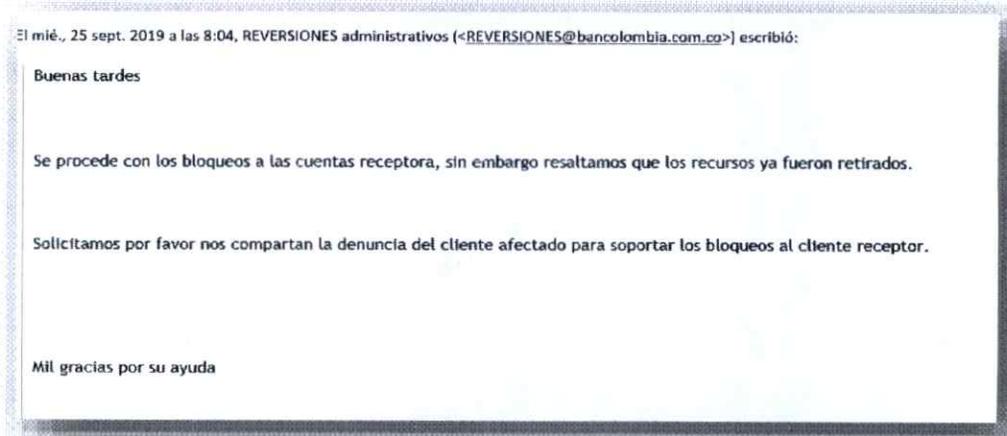
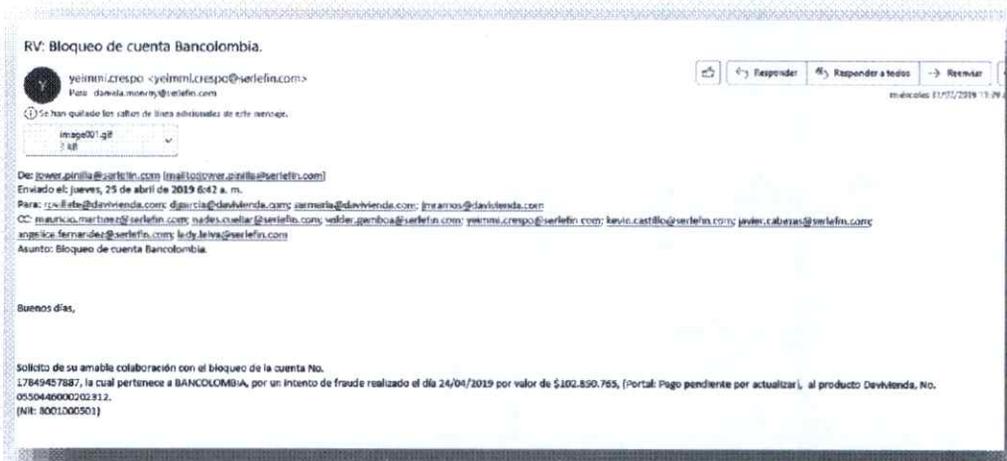
Para nosotros es un gusto poder contar con su confianza al hacer uso de nuestros servicios, espero haberle brindado claridad a su requerimiento.

Les reiteramos nuestra permanente disposición para continuar ofreciéndoles nuestra asesoría y acompañamiento.

Atentamente,

Equipo Bancolombia

No obstante lo anterior, BANCO DAVIVIENDA se comunicó con Bancolombia a fin de recuperar los recursos objeto de las operaciones cuestionadas por el Municipio de Carmen de Apicalá, obteniendo como respuesta que los recursos habían sido retirados desde el mismo día que fueron transferidos, con lo cual se reitera la incidencia en la materialización del daño reclamado por la parte actora, en el aviso del todo inoportuno realizado por el Municipio respecto de la realización de las operaciones:



- > Las operaciones no generaron alertamiento ante la normalidad con las que las mismas fueron presentadas:

MOTOR User Id: MC57Lr8iOYnWfvKhVBH6RGh0V1hHNwanpodQ9KBod70=
No alertan transacciones
Registra novedad Likely Infected fecha 20-05-2016
Score: 439 - 441 IP de fraude: 186.148.164.243

- > Las operaciones se encuentran dentro de los procesos contratados por el Municipio de Carmen de Apicalá con el BANCO DAVIVIENDA:

Servicio	Código Entesarial	ID Empresa	Entidad
Pagos Propios	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ
Desarrollos	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ
Activación de Cheques	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ
Administración	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ
Compras por Internet Persona Jurídica	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ
Pagos Planilla Única	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ
Consultas de Productos	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ
Extracciones Email	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ
Extracciones Postal	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ
Impuestos Distritales	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ
Pago de Libranza APC	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ
Multas	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ
Pago de Servicios	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ
Pago a Proveedores	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ
Pago de Impuestos nacionales (DIAN)	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ
Consulta Comercio	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ
Transferencias Cuenta a Cuenta - Horno RR	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ
Transferencias Cuenta a Cuenta - Prensas	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ
Cuentas Hóspedes	93996	8801000801	MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ

➤ El 17 de junio de 2019 no se presentaron operaciones declinadas con cargo a la Cuenta de Ahorros No. 282674217 migrada a la Cuenta de Ahorros No. 0550446000178306

Así las cosas, ante el cumplimiento de la entidad financiera de sus deberes contractuales, la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, en sentencia proferida el 24 de julio de 2018, dentro del expediente No. 2017-1515, señaló:

“Lo anterior, impidió al Despacho atribuir responsabilidad contractual al banco por las operaciones reclamadas, toda vez que cómo se verificó, la entidad financiera atendió con las obligaciones contractuales pactadas, dispensando los dineros ante la presencia de los elementos transaccionales necesarios para el curso de las mismas sin que se presentará estatus de error y que además se encontraban dentro del hábito transaccional de la cliente, razón por la cual, se determinó el cumplimiento de los requerimientos mínimos de seguridad atribuibles a las entidades financieras previstos en la Circular Básica Jurídica Externa 029 del Año 2014 proferida por esta Superintendencia Financiera, por lo que se declaró probada la excepción propuesta por la entidad financiera”.

En virtud de lo anterior, no se evidencia una sola circunstancia que permita determinar que BANCO DAVIVIENDA por acción u omisión permitió la realización de las operaciones desconocidas por el Municipio de Carmen de Apicalá, por el contrario se evidencia un total cumplimiento por parte de mi mandante de sus obligaciones legales y contractuales, generándose una conclusión ineludible, y es que las operaciones se generaron a consecuencia del actuar imprudente y negligente del Municipio de Carmen de Apicalá, luego, no hay lugar a atribuir responsabilidad alguna a mi poderdante frente a las pretensiones de la demanda.



5.4. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE BANCO DAVVIENDA EN LOS HECHOS QUE SUSTENTAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA POR AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD.

El artículo 2341 del Código Civil establece “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”, así, se desprende necesariamente que es obligatorio para la parte demandante acreditar la existencia de tres elementos:

- 1) El hecho dañoso acaecido culpablemente (o delictualmente si es el caso),
- 2) El daño y
- 3) La relación de causalidad entre esos dos elementos.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia vía jurisprudencia ha señalado que es el demandante quien debe acreditar estos tres elementos; así:

*“(...) se tiene por verdad sabida que quien por sí o a través de sus agentes causa a otro un daño, originado en hecho o culpa suya, está obligado a resarcirlo, lo que equivale a decir que quien reclama a su vez indemnización por igual concepto, tendrá que demostrar en principio, el perjuicio padecido, el hecho intencional o culposo atribuible al demandado y **la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre ambos factores** (...)”⁷. (Se resalta).*

Siguiendo la línea argumentativa, sobre el nexo de causalidad, ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

“La causalidad que interesa al derecho es, entonces, la causalidad jurídica, es decir la causalidad adecuada a un sentido jurídico, que es lo mismo que una causalidad orientada por criterios normativos o de imputación: «...la causalidad adecuada que ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia como explicación para la atribución de un daño a la conducta de un agente, debe ser entendida en términos de ‘causa jurídica’ o imputación, y no simplemente como un nexo de causalidad natural»⁸.

Tratándose de responsabilidad civil contractual la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 9 de junio de 2015, aclaró que “En razón a que la acusación planteada guarda relación con el tema a probar, se torna pertinente precisar, que constituyen requisitos para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria de origen

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14 de marzo del 2000. Expediente 5177. M.P. Manuel Ardila Velásquez.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de enero de 2018. Ras. 2010-0578-I. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

contractual, la demostración de la existencia de un contrato bilateral válido celebrado entre quienes concurren al proceso en calidad de parte; actuación de la actora conforme a lo estipulado o haberse allanado a satisfacer las prestaciones a su cargo; incumplimiento del deudor demandado de las obligaciones derivadas de ese vínculo, o su tardía o defectuosa ejecución; daño irrogado al derecho del acreedor, y que el mismo sea consecuencia directa de alguna de aquellas conductas del obligado"⁹.

De la jurisprudencia en cita se concluye que como nexo de causalidad no puede entenderse una regresión al infinito que rodeen los presupuestos fácticos del litigio, sino aquella causa eficiente que, con independencia de las demás circunstancias que puedan haber rodeado el objeto de la litis, sea la adecuada para la concreción del daño.

Así mismo, el doctrinante Javier Tamayo, ha señalado:

"Como corolario de lo anterior, también cabe predicar certeza absoluta del nexo causal entre el hecho dañoso y el daño mismo, ya que podría presentarse la certidumbre del hecho, sin que se sepa a ciencia cierta cuáles van a ser sus efectos; o se conocen los efectos, pero no si ellos son producido por ese hecho dañosos, o por otro"¹⁰.

Por lo tanto, en atención a lo expuesto resulta necesario concluir que la inexistencia del vínculo requerido para desplegar una responsabilidad civil genera la absolución de la entidad demandada, de manera que, en el presente caso tenemos que la parte demandante no logra elucidar de manera clara y precisa cómo el actuar u omisión de BANCO DAVIVIENDA, fue la causa exclusiva, determinante y eficiente para la producción del daño alegado, y por el contrario, tal como se ha venido exponiendo en el presente documento, es evidente que no existe actuación u omisión alguna por parte de mi mandante por la cual pueda serle atribuida responsabilidad alguna.

Adicionalmente en el caso eventual e hipotético que se llegará a determinar la existencia de un nexo causal entre actuación u omisión alguna por parte de mi mandante, el mismo presentaría sin lugar a dudas una ruptura ante la existencia de la culpa exclusiva de la víctima tal como se expuso con anterioridad, toda vez que la causa eficiente del daño experimentado por el Municipio de Carmen de Apicalá no es otro sino el propio actuar de los funcionarios del Municipio demandante a quienes les fue encomendado el manejo de los dineros depositados en la cuentas de ahorros a través del Portal Empresarial.

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de junio de 2015. Rad. 2003-00515-01. M.P. Alvaro Fernando García Restrepo

¹⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier. "De la Responsabilidad Civil. De los Perjuicios y su Indemnización". Tomo II. Ed. Temis. 1996. Página 12



5.5. PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL POR PARTE DE BANCO DAVIVIENDA.

La Constitución Política de Colombia dispone en su artículo 83 que *“las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*.

En efecto, el citado artículo 83 de la Constitución parte de un supuesto de carácter objetivo muy preciso: cuando en la vida nacional se cumplan actuaciones de los particulares o de las autoridades públicas todas estas personas deben ceñirse a “los postulados de la buena fe”, con lo que se quiere significar que quienes así actúen deben acogerse a proposiciones *“cuya verdad se admite sin pruebas y que es necesaria para servir de base en ulteriores razonamientos”*. Realmente son supuestos que se establecen para fundar una demostración.

En tal orden de ideas es menester establecer diferenciación entre la idea abstracta y escueta de buena fe y el principio general del derecho que las contempla. La buena fe a secas obedece a un concepto incluido en normas jurídicas tendientes a precisar supuestos de hecho en casos particulares. Pero el principio general del derecho engendra una apreciación jurídica de contenido más amplio tendiente a que toda persona que en razón de su actividad ejecute actos jurídicos lo haga motivado por una actitud honesta, leal, desprovista de cualquier intención dolosa o culposa, lo que jurídicamente implica la honradez de toda relación jurídica manifestada en su doble dirección: el ejercicio del derecho de buena fe o el cumplimiento de la prestación derivada de la obligación que la causa, lo que debe también ejecutarse de buena fe.

La parte final del artículo 83 agrega que la buena fe *“se presumirá en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades”*. Este ordenamiento de contenido objetivo consagra a través de la norma jurídica una presunción constitucional desvirtuable por prueba fehaciente en contrario; ello quiere decir que la antigua presunción de buena fe contenida en el artículo 769 del Código Civil y cuya aplicación en diversos contextos jurídicos fue motivo de controversia, por mandato constitucional hoy en día tiene aplicación en toda la actividad jurídica que se cumpla en la Nación.

Para la Corte Suprema de Justicia la “buena fe” ha de considerarse como una realidad jurídica actuante y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, en forma que la cuestión predominante cuando se trate de apreciar la buena fe ha de consistir menos en hecho psicológico de creer que en la razón de la creencia, esto es, en el cómo y por qué se cree.

Ahora bien, la clasificación tradicional de la buena fe distingue: 1) Buena fe objetiva: la buena fe actúa como regla de conducta, portadora de normas en sí, o generadora de normas concretas; 2) Buena fe subjetiva; la buena fe consiste en la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma. Dentro de esta categoría, y según las posturas asumidas, sobra hablar de que toda ocurrencia o ignorancia constituye buena fe, o de que sólo el error

excusable genera una situación de buena fe, es decir, que sólo tiene buena fe el sujeto que actúa diligentemente¹¹.

En consonancia con el pensamiento del autor Diez Picazo, la buena fe tiene una triple función: 1) Como causa de exclusión de la culpabilidad en un caso formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma; 2) Como causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles, en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Corresponde a lo que tradicionalmente se denomina fuente de integración del contrato aunque es necesario advertir que con acierto no limita la función de integración a la relación jurídica nacida del contrato, sino que la considera eficaz frente a cualquier relación jurídica. Resulta importante destacar también los límites que señala para el juego de esta función, los que resultan de la naturaleza de la relación y de la finalidad tenida en cuenta por las partes; 3) Como una causa de limitación en el ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional, comentando los artículos 83 y 84 de la Carta Política, ha sostenido: *"De todo lo cual se desprende sin mayores esfuerzos del intelecto que el principio es la confianza, expresada en la presunción de buena fe, mientras que las excepciones al mismo, es decir, aquellas ocasiones en las cuales pueda partir el Estado del supuesto contrario para invertir la carga de la prueba, haciendo que los particulares aporten documentos o requisitos tendientes a demostrar algo, deben estar expresa, indudable y taxativamente señaladas en la ley..."*. *"... Para la ejecución y concertación de actos entre particulares, pero concretamente en nuestro caso entre estos y el Estado, se establecen requisitos, condiciones, o formalidades tendientes a garantizar la efectividad de derechos y el cumplimiento de obligaciones derivados de la actuación estatal y particular. Pero estos condicionamientos establecidos sin un criterio racional pueden llegar a hacer nugatorio el ejercicio de los derechos de los particulares, lo cual de manera clara y precisa lo condena el constituyente¹²."*

Así las cosas, en virtud del principio de buena fe, **BANCO DAVVIENDA** hasta el momento en el que es notificado de la situación presentada por parte del Municipio de Carmen de Apicalá, esto es hasta el momento en que éste le informa al BANCO que no fue quien realizó las transacciones objeto de debate en el presente proceso, tuvo pleno convencimiento que las transacción objeto de litigio se habían efectuado por parte del Municipio de Carmen de Apicalá, ante la normalidad con que dichas operaciones fueron realizadas, y en este sentido, no resultaría admisible que el BANCO desconfiara de unas transacciones que se presentaron con total normalidad, ya que la misma se realizaron con información que solo debían conocer el usuario registrado y habilitado ante el BANCO, más aún cuando las operaciones se realizaron desde una IP que resultaba habitual para el manejo del Portal Empresarial y cuando las mismas se ajustaban al perfil

¹¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación No.811. Consejero Ponente Dr. Roberto Suárez Franco. Abril 17 de 1996

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-460 del 15 de julio de 1995.



transaccional de la parte actora; considerarlo de otra manera llevaría al absurdo que mi mandante tuviera que generar alertas por cada una de las transacciones realizadas por sus clientes, impidiendo esto claramente el desarrollo normal de la actividad del Banco.

5.6. IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE INTERESES PRETENDIDOS POR LA PARTE ACTORA.

La parte actora en el escrito de demanda pretenden el reconocimiento de intereses moratorios por las sumas de dinero que alega no le han sido reintegradas por parte de mi mandante, sin embargo, tal como que se pasará a explicar en la presente excepción, el reconocimiento de dichos intereses resulta absolutamente improcedentes en el proceso que nos ocupa.

Resulta, entonces pertinente referimos a aquello que se entiende por interés y respecto de lo cual el doctrinante Fernando Hinestrosa, ha señalado:

“Los “intereses” son los frutos del dinero, lo que él está llamado a producirle al acreedor de obligación pecuniaria (sea de restituir, sea de pagar el precio de un bien o de un servicio), durante el tiempo que perdure la deuda, en cálculo sobre la base de una cuota o porcentaje de capital o “principal”. Como caracteres sobresalientes de ellos se suelen destacar, aunque con ciertas reservas: su accesoriedad con relación al capital: la obligación de pagarlos “es siempre dependiente de la obligación principal: sin ella no puede nacer, ni continuar” (Windscheid); su homogeneidad con relación a esta: siempre son un bien fungible y consisten en “algo de lo mismo” (cfr. Art. 2230 c.c.); si periodicidad: se devengan por unidades de tiempo: días, meses, anualidades; los intereses se adquieren día a día, el cálculo se suele remitir a cifras año o mes, sobre las cuales se procede a la liquidación; y su proporcionalidad, en cuanto a que su medida corresponde al monto del principal: la tasa o rata es un porcentaje del capital y, por lo mismo, el monto de los intereses resulta de multiplicar tal cuota o porcentaje por la cifra del capital y el número de unidades de tiempo que sean¹³”.

Así mismo, se refiere a los intereses moratorios, señalando que los mismos *“cumplen una función de resarcimiento tarifado o indemnizado de los perjuicios que se presume padece el acreedor **por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida**, presunción iuris et de iure de la producción de un quebranto por la sola mora del deudor, lo que no obsta para que el acreedor pueda optar por la pretensión de resarcimiento ordinario, caso en cual tendrá que probar el monto del perjuicio sufrido. Se considera que el dinero es un bien productivo, sus frutos son los intereses. Y por esa razón, cuando el acreedor no entra en posesión del dinero a él debido, se reconoce el perjuicio que será menor del interés legal, dispensado de prueba, pero que puede ser superior, caso en el cual han de probarse su realidad y su cuantía¹⁴”.*

¹³ HINESTROSA, Fernando. “Tratado de las Obligaciones”. Tomo I. Ed. Cordillera. Pág. 166.

¹⁴ *Ibidem*. Pág. 169

Por lo tanto, es claro que en el presente proceso no existe una obligación a cargo de BANCO DAVIVIENDA que le permita a Municipio de Carmen de Apicalá devengar algún tipo de interés, toda vez que es claro por lo expuesto en el presente escrito, que mi mandante no se encuentra en mora de cumplir obligación alguna frente al Municipio de Carmen de Apicalá razón por la cual no se configuran los presupuestos para la generación de intereses de mora.

Así las cosas, no hay lugar al reconocimiento de intereses algunos a favor de la parte actora y a cargo de mi representado.

5.7. EXCEPCIÓN GENÉRICA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 282 del Código General del Proceso, propongo como excepción cualquier otro hecho que resulte probado dentro del proceso que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, y que deba ser declarado como tal por el Despacho.



VI. OBJECCIÓN AL JURAMENTE ESTIMATORIO

El juramento estimatorio está regulado en los artículos 206 y 207 del Código General del Proceso. El artículo 206 establece que:

"Artículo 206. Juramento Estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación" (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Como puede observarse, el juramento estimatorio exige no solamente indicar la cifra pretendida sino justificar el porqué de la misma. No se trata de una simple estimación de cuantía. El juramento estimatorio como medio de prueba exige que sea estimado razonadamente.

Es decir, que no basta simplemente con reclamar una suma de dinero y señala que la misma se reclama bajo juramento, es necesario que, al encontrarnos ante un proceso judicial los valores reclamados se encuentren debidamente acreditados.

Así las cosas, en cuanto al valor reclamado por la parte actora en la suma de \$299.000.202, si bien es cierto que esta es la suma a la que ascienden las operaciones debatidas en el presente proceso, se insiste en que de acuerdo con los argumentos expuestos por el BANCO DAVIVIENDA, en este caso no es posible aducir imputación alguna o reproche en contra del BANCO, en consecuencia, menos aún una condena por sumas de dinero que, por el contrario, fueron debitadas de la cuenta de ahorros de titularidad del Municipio de Carmen de Apicalá, por hechos que le resultan única y exclusivamente atribuible a éste.

Por otro lado, reclama la parte actora una serie de intereses moratorios, sin que se especifique de dónde provienen dichos intereses moratorios, bajo qué tasa fueron calculados, desde qué fecha fueron calculados, entre otros, por lo cual ante la falta de discriminación de los intereses reclamados, los mismos no podrían ser tenidos como prueba de su cuantía al no cumplirse con los requisitos del artículo 206 del Código General del Proceso.

VII. PRUEBAS

Solicito al Despacho tener como pruebas las siguientes:

7.1. DOCUMENTALES QUE SE APORTAN EN MEDIO ELECTRÓNICO

1. Contrato de Cuenta de Ahorros
2. Reglamento del Portal Empresarial
3. Otro Sí al Portal Empresarial de fecha 6 de enero de 2016
4. Extractos de la Cuenta de Ahorros No. 282674217 migrada a la Cuenta de Ahorros No. 0550446000178306
5. Acta de diligencia forense de la Alcaldía de Carmen de Apicalá del 20 de agosto de 2019
6. Análisis del caso realizado por el Departamento de Fraudes de Banco Davivienda.
7. Informe forense realizado por la empresa Everis.
8. Log transaccional de la cuenta de ahorros No. 0550446000178306
9. Glosario de siglas del Log transaccional de la cuenta de ahorros No. 0550446000178306
10. Log de movimientos a través del Portal Empresarial
11. Informe realizado por la Vicepresidencia Ejecutiva de Riesgo y Control Financiero de la Gerencia de Seguridad Corporativa.
12. Correo remitido por Banco Davivienda al Municipio de Carmen de Apicalá del 24 de abril de 2019.
13. Recomendaciones de seguridad remitidas al Municipio de Carmen de Apicalá
14. Correo de respuesta emitida por el Municipio de Carmen de Apicalá a Banco Davivienda el 25 de abril de 2019.
15. Respuesta del 2 de agosto de 2019 emitida por Banco Davivienda
16. Respuesta del 15 de agosto de 2019 emitida por Banco Davivienda
17. Respuesta del 3 de septiembre 2019 emitida por Banco Davivienda
18. Respuesta del 8 de julio de 2020 emitida por Banco Davivienda
19. Respuesta remisoria del 24 de enero de 2020 emitida por Banco Davivienda
20. Respuesta del 24 de enero de 2020 emitida por Banco Davivienda
21. Soporte de envío de la respuesta del 24 de enero de 2020 emitida por Banco Davivienda
22. Comunicación del 13 de septiembre de 2019 del Municipio de Carmen de Apicalá.
23. Correos cruzados entre Banco Davivienda y Bancolombia
24. Correo de solicitud de bloqueo de cuenta de Bancolombia
25. Soporte de registro de creación del Portal Empresarial



26. Soporte del no registro de notificaciones en línea de operaciones
27. Soporte de recomendaciones de seguridad publicadas en la página web del Banco.
28. Soporte de la no parametrización del Portal Empresarial para transferencias
29. Soporte de la no inscripción de IP para el acceso al Portal Empresarial
30. Soporte de trazabilidad de las transacciones no reconocidas.

Las pruebas de la demanda, se encuentran en el siguiente link ya que por su peso no pueden ser remitidos como archivo adjunto:

https://drive.google.com/drive/folders/1tjwRRQq0qcUclSI4npIiW_76qZ-JPqI?usp=sharing

7.2. INFORME JURAMENTADO.

Solicito al Despacho que el señor rinda informe juramentado por parte del señor GERMÁN MOGOLLÓN DONOSO, en calidad de Alcalde del MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ, o quien haga sus veces de conformidad con lo señalado en el artículo 195 del Código General del Proceso, sobre los siguientes aspectos:

1. Indique cuáles eran los mecanismos utilizados por las personas asignadas por el MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ para la guarda y custodia de los Tokens entregados por BANCO DAVIVIENDA, para el mes de junio de 2019.
2. Indique si para el mes de junio de 2019, adicional al señor Edgar Gonzalo Sánchez Moreno, alguna otra persona accedía al Portal Empresarial, en caso afirmativo, indicar el nombre y cargo de la misma.
3. Indique si el computador asignado por el MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ al señor Edgar Gonzalo Sánchez Moreno contaba con antivirus licenciado para el mes de junio de 2019, en caso afirmativo indicar el nombre del mismo.
4. Indique si el computador asignado por el MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ al señor Edgar Gonzalo Sánchez Moreno contaba con firewall instalado para el mes de junio de 2019, en caso afirmativo indicar el nombre del mismo.
5. Indique qué requisitos se requerían para acceder al computador asignado al señor Edgar Gonzalo Sánchez Moreno para el mes de junio de 2019.
6. Indique cuáles eran las políticas de cierre de sesión del computador asignado al señor Edgar Gonzalo Sánchez Moreno para el mes de junio de 2019.
7. Indique las razones por las cuales el MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ informó a BANCO DAVIVIENDA del desconocimiento de las operaciones, solo hasta el 5 de julio de 2019.

8. Indique si para el mes de junio de 2019 el MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ contaba con un área de tecnología.
9. Indique si para el año 2019 los equipos de cómputo del MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ recibían algún tipo de mantenimiento preventivo y correctivo. En caso afirmativo indique en qué consistía el mismo y la periodicidad de éste.
10. Indique si el equipo de cómputo asignado al señor señor Edgar Gonzalo Sánchez Moreno tenía instalado alguna aplicación de acceso remoto para mantenimiento o soporte técnico.
11. Indique para el mes de junio de 2019 qué validaciones realizaba el MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ respecto de los movimientos presentados en las cuentas y cada cuánto se realizaban las mismas.
12. Indique si el MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ se comunicó con BANCO DAVIVIENDA el día 17 de junio de 2019 a comunicarle fallas en el Portal Empresarial.
13. Indique qué medidas adoptó el MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ respecto del intento de fraude que se presentó en la Cuenta de Ahorros No. 282674217 migrada a la Cuenta de Ahorros No. 0550446000178306 el 24 de abril de 2019, aportar los soportes de dichas medidas.
14. Indique qué medidas adoptó el MUNICIPIO DE CARMEN DE APICALÁ respecto del señor Edgar Gonzalo Sánchez Moreno, respecto de las operaciones ocurridas el 17 de junio de 2019.

Lo Anterior sin perjuicio que los interrogantes realizados puedan ser modificados y/o adicionados al momento en el que la prueba sea decretada.

7.3. DECLARACIÓN DE PARTE.

Solicito al despacho se sirva citar a la doctora Zulma Rocío Baqueo Maldonado, como representante legal de BANCO DAVIVIENDA o quien haga sus veces, para que absuelva personalmente la declaración de parte que verbalmente o por escrito se le formulará sobre los hechos y pretensiones objeto del presente proceso.

Dicha notificación puede ser surtida a través del representante apoderado en las instalaciones del BANCO DAVIVIENDA, la cual es Avenida el Dorado No. 68B – 31 Piso 1.

7.4. TESTIMONIOS:

Para que se sirvan deponer sobre los hechos y excepciones relacionados en la presente contestación de demanda, a través del interrogatorio que le formularé en la correspondiente audiencia, solicito se cite y haga comparecer a:

- 7.4.1. DEISY TRIANA HERRERA, Auxiliar Administrativa de la Secretaría de Hacienda y Tesorería de la Alcaldía de Carmen de Apicalá para junio de 2019, para que declare en términos generales sobre los hechos que le consten en relación con el presente proceso y en específico, sobre las funciones ejercidas al interior de la Alcaldía de Carmen de Apicalá, sobre su funciones relacionadas con la



conciliación de cuentas de titularidad del Municipio de Carmen de Apicalá, sobre el procedimiento para realizar dicha conciliación de cuentas para el mes de junio de 2019, sobre las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se percata de las operaciones realizadas el 17 de junio de 2019 no reconocidas por el Municipio, y sobre las actuaciones realizadas posterior a que se entera de la realización de las operaciones.

La señora DEISY TRIANA HERRERA puede ser notificada en la Alcaldía Municipal de Carmen de Apicalá en la Calle 5 con carrera 5, esquina Palacio Municipal en Carmen de Apicalá, o en el correo electrónico notificacionesjudiciales@alcaldiacarmendeapicala-tolima.gov.co, en todo caso se solicita desde ya al Despacho que sea requiera al Municipio de Carmen de Apicalá por su vínculo con la testigo para que asegure la comparecencia del testigo.

- 7.4.2.** EDGAR GONZALO SÁNCHEZ MORENO, Secretario de Hacienda del Municipio de Carmen de Apicalá para el mes de junio de 2019, para que declare en términos generales sobre los hechos que le consten en relación con el presente proceso y en específico, sobre las funciones ejercidas al interior de la Alcaldía de Carmen de Apicalá, sobre las condiciones de acceso al Portal Empresarial, sobre las operaciones que realizaba a través del Portal Empresarial, sobre las condiciones de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron las operaciones debatidas del 17 de junio de 2019 y cómo se percata de las mismas, sobre las condiciones de seguridad con las que contaba para el acceso al Portal Empresarial, sobre las actuaciones desplegadas luego de ocurridas las operaciones del 17 de junio de 2019, sobre en intento de fraude ocurrido el 24 de abril de 2019.

El señor EDGAR GONZALO SÁNCHEZ MORENO puede ser notificado en la Alcaldía Municipal de Carmen de Apicalá en la Calle 5 con carrera 5, esquina Palacio Municipal en Carmen de Apicalá, o en el correo electrónico notificacionesjudiciales@alcaldiacarmendeapicala-tolima.gov.co, en todo caso se solicita desde ya al Despacho que sea requiera al Municipio de Carmen de Apicalá por su vínculo con la testigo para que asegure la comparecencia del testigo.

- 7.4.3.** EMILIANO SALCEDO OSORIO, Alcalde del Municipio de Carmen de Apicalá para el mes de junio de 2019, para que declare en términos generales sobre los hechos que le consten en relación con el presente proceso y en específico, sobre las condiciones de acceso al Portal Empresarial, sobre las operaciones que realizaba a través del Portal Empresarial, sobre las condiciones de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron las operaciones debatidas del 17 de junio de 2019 y cómo se entera de las mismas, sobre las condiciones de seguridad con las que contaba el Municipio para el acceso al Portal Empresarial, sobre las actuaciones desplegadas luego de ocurridas las operaciones del 17 de junio de 2019, sobre en intento de fraude ocurrido el 24 de abril de 2019.

El señor EMILIANO SALCEDO OSORIO puede ser notificado en la Alcaldía Municipal de Carmen de Apicalá en la Calle 5 con carrera 5, esquina Palacio Municipal en Carmen de Apicalá, o en el correo electrónico notificacionesjudiciales@alcaldiacarmendeapicala-tolima.gov.co, en todo caso se solicita desde ya al Despacho que sea requiera al Municipio de Carmen de Apicalá por su vínculo con la testigo para que asegure la comparecencia del testigo.

- 7.4.4. JOSE VICENTE MONTAÑA MONTEALEGRE, Jefe de Control Interno Municipio de Carmen de Apicalá para el mes de junio de 2019, para que declare en términos generales sobre los hechos que le consten en relación con el presente proceso y en específico, sobre las investigaciones realizadas con ocasión de las operaciones debatidas del 17 de junio de 2019.

El señor JOSE VICENTE MONTAÑA MONTEALEGRE puede ser notificado en la Alcaldía Municipal de Carmen de Apicalá en la Calle 5 con carrera 5, esquina Palacio Municipal en Carmen de Apicalá, o en el correo electrónico notificacionesjudiciales@alcaldiacarmendeapicala-tolima.gov.co, en todo caso se solicita desde ya al Despacho que sea requiera al Municipio de Carmen de Apicalá por su vínculo con la testigo para que asegure la comparecencia del testigo.

7.5. DICTAMEN PERICIAL

Con apoyo en lo previsto en el artículo 227 y siguientes del C.G.P., respetuosamente me permito **ANUNCIAR** el dictamen pericial que será rendido por los señores Yesid González Arango y/o Juan Carlos Reyes Muñoz, en representación de la empresa Grupo Schart Latinoamerica S.A.S. – AntiFraude, peritos expertos en temas informáticos, con el fin de analizar el análisis forense realizado por la empresa Everis a los computadores del Municipio de Carmen de Apicalá en informe denominado “Informe Forense – Caso Edgar Sánchez – Alcaldía Carmen de Apicalá”, así como analizar las circunstancias técnicas en las cuales fueron realizadas las operaciones debatidas en el presente proceso, teniendo en cuenta aspectos como, usuario, IP, accesos al Portal Empresarial, instalación de software malicioso, la injerencia de estos en la realización y la materialización del presunto fraude, entre otros, para lo cual los peritos deberán efectuar las actividades que se requieran, para así traer mayor claridad al proceso en cuanto a las circunstancias técnicas que acompañaron la materialización del presunto fraude que alega la parte actora.

En virtud de lo anterior y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233 del Código General del Proceso, desde ya se solicita al Despacho se requiera al Municipio de Carmen de Apicalá para que suministre al perito la información que sea requerida por este.



En consecuencia, a efectos de aportar el mencionado dictamen, respetuosamente solicito que el término que la Delegatura otorgue para dicho fin en ningún caso sea inferior a 30 días.

A efectos de cumplir con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020 me permito informar que los peritos podrán ser notificados en los correos electrónicos y.gonzalez@antifraude.co y/o jcreyes@antifraude.co y en los números celulares 310-866-0017 y 318-735-8018.

7.6. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 266 del Código General del Proceso, me permito solicitar la exhibición de los siguientes documentos los cuales se encuentran en poder del Municipio de Carmen de Apicalá:

1. Licencia de antivirus instalada en el computador asignado al señor Edgar Gonzalo Sánchez Moreno para el mes de junio de 2019.
2. Firewall instalado en el computador asignado al señor Edgar Gonzalo Sánchez Moreno para el mes de junio de 2019.

Los anteriores documentos se solicitan a fin de verificar las medidas de seguridad con las cuales contaba el computador asignado al señor Edgar Gonzalo Sánchez Moreno, por medio del cual se accedía al Portal Empresarial de Banco Davivienda.

VIII. ANEXOS

Anexo al presente escrito:

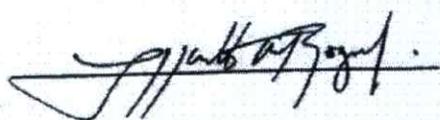
- 7.1. Poder con el que actúo.
- 7.2. Tarjeta profesional de Abogado
- 7.3. Certificado de Existencia y Representación Legal de **BANCO DAVIVIENDA S.A.** expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- 7.4. Las pruebas documentales referidas.

IX. NOTIFICACIONES

El **BANCO DAVIVIENDA S.A.** recibe notificaciones en la Avenida El Dorado No 68B - 31 Piso 1 –
Notificaciones y en el correo electrónico notificacionesjudiciales@davivienda.com

El suscrito apoderado las recibe en la Carrera 11 A No. 96-51, Oficina 203, Teléfonos 6108161-
6108164, extensiones 701 y 501 y en el correo electrónico: litigiosnotificaciones@ustarizabogados.com y
litigios@ustarizabogados.com

Cordialmente,



LUIS HUMBERTO USTÁRIZ GONZÁLEZ

C.C. No. 79.506.641 de Bogotá D.C.

T.P. No. 71.478 del C. S. de la J.