

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO TRANSITORIO BOGOTÁ D.C.

Bogotá D.C., seis (06) de agosto de dos mil veinte (2.020)

Radicado: N° 110013103035 2012 – 00108 00

Proceso: Ordinario

Demandante: SIERVO RODRÍGUEZ CÁRDENAS & CIA S. EN C.  
COLOMBIANA DE INVERSIONES FINCA RAÍZ

Demandado: BANCOLOMBIA S.A.

Asunto: SENTENCIA

Practicada la diligencia de instrucción y juzgamiento según los lineamientos del artículo 373 del Código General del Proceso dentro de la cual se escucharon las alegaciones de las partes, cumplido el trámite propio de la instancia, sin advertir informalidad alguna que invalide lo actuado, procede el despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda al presente asunto, para lo cual tendrá en cuenta los siguientes:

**ANTECEDENTES**

I. **La demanda**

1. Por intermedio de apoderada judicial, el extremo demandante acudió a la judicatura para que se declarase<sup>1</sup>:

1.1. “[Q]ue Bancolombia S.A., es civilmente responsable de los daños causados tanto materiales y morales (...) conforme al contrato de **ADHESION DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA** suscrito (...) el pasado 10 de marzo de 2000

1.2. Condenar en consecuencia a Bancolombia S.A., a pagar (...) “268.720.000.00 o conforme a lo que resulte probado en el proceso, con base en la siguiente **ESTIMACIÓN CUANTIFICADA:**

**1.- PERJUICIOS MATERIALES:**

a) **DAÑO EMERGENTE:** la sociedad [demandante pretendió el reconocimiento por] la suma de **VEINTINUEVE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$29.600.000.00)** suma que saliera de su patrimonio, [por] transferencias no autorizadas de los días 3 y 4 de enero de 2006 a la fecha.

b) por los réditos y/o utilidades que iba a obtener al momento de dar en mutuo dichas sumas de dinero, los cuales estimo en cincuenta y tres millones doscientos ochenta mil pesos moneda corriente (\$53.280.000.00), tomando en cuenta los intereses legales autorizados para los prestamos de mutuo o consumo determinados conforme a las tasas preestablecidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, por el termino de 72 meses.

**LUCRO CESANTE:**

---

<sup>1</sup> Folios 313 a 323

a) los intereses legales causados sobre la suma de **VEINTINUEVE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$29.600.000.00)** causados desde el pasado mes de enero de 2006 a la fecha de presentación de esta conciliación, se liquidan en **OCHO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$8.880.000.00)**

b) Por la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, el daño o perjuicio actual, debe ser reparado en dinero de igual valor; por consiguiente, la suma de \$29.600.000.00, deberá actualizarse de acuerdo con las matemáticas financieras desde la fecha de ocurrencia de los hechos (...) hasta la fecha del fallo definitivo, indexado hasta el 15 de diciembre de 2011, asciende a la suma de **DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$19.900.000.00)**.

## **2. PERJUICIOS MORALES**

### **OBJETIVADOS**

El demandante "...llevaba una trayectoria bancaria excepcional con la entidad hoy demandada, la cual se vio truncada por la salida de su patrimonio de la suma de \$29.600.000.00, de manera no autorizada, surgiendo la consecuente terminación del contrato que unía a las partes, al tener (...) que proceder a la cancelación de sus cuentas y productos que tenía a su disposición con base en el contrato de apertura de cuenta corriente, mermó por tanto la credibilidad [del demandante] hicieron que se le desprestigiara, por los hechos omisivos de la entidad convocada, que le impisio ejecutar parte e sus actividades cotidianas, con base en el objeto social de mi mandante. Se estima en \$50.0000.000

**SUBJETIVOS:** En DOSCIENTOS (200) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES \$107.120.000.00”

3. En síntesis, el origen factual de las pretensiones son las siguientes:

3.1.- Entre la sociedad **SIERVO RODRÍGUEZ CÁRDENAS & CIA S. EN C. COLOMBIANA DE INVERSIONES FINCA RAÍZ** y la entidad bancaria **BANCOLOMBIA S.A.**, se celebró el 10 de marzo de 2000, el contrato de cuenta corriente No. 053043001-62.

3.2.- El 17 de julio de 2001, la sociedad demandante elevó solicitud de tarjeta y clave para personas jurídicas, al paso que, para dicha data, el banco ofreció los servicios tecnológicos para el uso de servicios y trasferencias electrónicas, cuya prestación se llevó a cabo de manera efectiva, previa existencia de un reglamento de pagos ordenados por internet, del cual la parte demandante nunca suscribió.

3.3.- Pese a los mecanismos de seguridad para las operaciones por internet prestados por el banco, personas no autorizadas por el demandante, ingresaron al sistema y procedieron a tramitar descuentos de la cuenta corriente por valor de \$29.600.000.00 en una serie de transacciones no autorizadas el pasado 3 y 4 de enero de 2006.

3.4.- Por razón de las anteriores transacciones, se iniciaron las reclamaciones correspondientes al banco, ante lo cual, éste último respondió que las mismas se realizaron con las claves asignadas a las personas autorizadas por el titular de la cuenta y que en aquella oportunidad se efectuaron 3 ingresos fallidos de claves de operaciones, cual demuestra que el banco no cumplió con su obligación contractual de bloquear la cuenta.

3.5.- Agotado el requisito de procedibilidad, promovieron proceso judicial, el cual fue conocido por los juzgados 28 civil municipal y 22 civil del circuito de esta ciudad, de cuyo tramite, previa formulación de excepciones previas, se decidió terminar el proceso por encontrar prospera la excepción de clausula compromisoria.

3.6.- Ya en el presente proceso, refiere la sociedad demandante que aquella nunca tuvo relaciones comerciales ni civiles con los señores **Javier Efrén Rojas Mariño** y **José David Cárdenas Miranda**. Por tanto, la sociedad demandante, a consecuencia de lo sucedido procedió a cancelar la cuenta corriente y demás productos con el banco, quien, se ha negado a restituir los dineros depositados en la cuenta, y en razón de ello, se promovió acuerdo de conciliación como requisito de procedibilidad previo a la prestación de la presente demanda.

## II. El tramite

2.1. La demanda le correspondió por reparto al Juzgado 35° Civil del Circuito de Bogotá el 29 de febrero de 2012 (fl.324).

2.1.1.- La demanda se admitió mediante auto del 26 de abril de 2.012 (fl.333) y se notificó a la demandada Bancolombia S.A., quien, mediante escrito del 4 de julio de 2013 (fl.396 a 405), contestó el libelo inaugural, alegando las excepciones de *“ausencia de cualquier tipo de responsabilidad de Bancolombia”*, *“El manejo de la clave es de responsabilidad exclusiva de la demandante”*, *“Las transacciones materia de este proceso fueron realizadas mediante la digitación de la clave secretan cuya custodia es de responsabilidad exclusiva de la demandante”*, *“Los sistemas de seguridad de Bancolombia impiden que se realcen transacciones electrónicas sin autorizar la clave asignada”*, *“Culpa exclusiva de la victima y/o hecho de un tercero: la clave entregada al titular de la cuenta y con ello se consintió en el deber de*

*custodia y cuidado de las mismas”, “Inexistencia de perjuicios materiales”, e Inexistencia de perjuicios morales”.*

2.2.- En esa misma oportunidad y mediante escrito separado, propuso excepciones previas, las cuales fueron zanjadas en primera instancia mediante auto del 8 de noviembre de 2013 (fls.146 a 50 c.4.) y en segunda mediante auto del 26 de agosto de 2.014 (fls.11 al 21 c.4) por parte del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., y cuya decisión fue declarar infundadas las excepciones de *“Cosa Juzgada, Clausula Compromisoria y Falta de Requisitos Formales.”*

2.2.- El 5 de febrero de 2015, previa convocatoria mediante auto del 19 de enero de esa misma anualidad (fl.420), se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 101 del C. de P.C., y mediante auto del 18 de junio de 2015, se profirió auto con el decretó de pruebas (fls.437 a 439)

2.3.- Practicado el acervo probatorio, mediante auto del 21 de julio de 2020, se convocó a audiencia de que trata el artículo 373 del C.G. del P., para el día 31 del mismo mes y año. En dicha diligencia, previo otorgamiento de las partes para que alegaraN de conclusión, se aclaró actuación secretaria en la cual había desanotado por error la sentencia en estado del 16 de marzo de la presente anualidad.

2.4.- Oídos a los apoderados judiciales que representan las partes, el despacho, procedió a señalar que la sentencia se proferiría por escrito y procedió a proferir el sentido del fallo., el cual sería de carácter condenatorio (núm. 5° art. 373 del C.G. del P.)

### **CONSIDERACIONES:**

De entrada, se advierte la presencia de los presupuestos procesales necesarios para considerar válidamente trabada la relación jurídico-procesal. En efecto, le asiste competencia a esta judicatura para conocer del proceso; las personas jurídicas enfrentadas en la Litis, ostentan capacidad para ser parte y para comparecer al proceso, todo ello, a través de sus representantes legales; y, por último, la demanda reúne los requisitos mínimos de ley. Por lo demás no se vislumbra vicio de nulidad que afecte la tramitación, supuestos estos que permiten decidir de mérito.

### **DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD**

La acción instaurada se dirige a que se declare la responsabilidad civil a cargo de **BANCOLOMBIA S.A.**, y la consecuente, condena al pago de los perjuicios que a juicio del actor le causó, problema que para su resolución se abordará inicialmente el estudio de la responsabilidad contractual, el contrato de cuenta corriente propiamente dicho, para con fundamento en dichos postulados establecer si se dan los presupuestos de la responsabilidad civil endilgada a la convocada, y, con base en dicha circunstancia determinar la viabilidad de la pretensión indemnizatoria.

Conforme las previsiones del artículo 1494 del C.C., *“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona”*

Ahora bien, dado que el contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas conforme lo dispone el art. 1602 C.C., su incumplimiento confiere al contratante cumplido la facultad de demandar el resarcimiento de un daño injustamente padecido (*Damnum Iniuria Datum*).

La acción de Responsabilidad Civil Contractual, se encuentra contemplada en el Título XII del Libro IV del Código Civil, artículos 1.602 a 1.617, cuyos deberes incumplidos contemplan, la reparación de perjuicios.

Trátase, entonces, que el presente asunto se encuentra ubicado en el campo de la acción reparatoria contractual, la cual se define por la jurisprudencia de la Corte Constitucional [**sentencia C-1008-10**] como *“aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. [Por tanto], el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico.”*

Finalmente, los artículos 1604 y 1616 del Estatuto Sustantivo Civil, consagran las reglas generales sobre la responsabilidad del deudor por incumplimiento de sus obligaciones, siendo modificadas unas veces por vía legal, otras convencional, bien sea para agravar esa responsabilidad, ora para atenuarla y, aún eximir de ella al mismo obligado, siempre con las limitaciones que imponen el orden público y las buenas costumbres.

## **DE LA ACTIVIDAD BANCARIA**

La actividad bancaria se desarrolla en términos generales a través de las denominadas operaciones activas, pasivas y neutras. Las primeras hacen relación básicamente a la colocación de recursos, evento que usualmente se lleva a cabo mediante la concesión de créditos, materializados a través de asientos de haber en la

contabilidad y partidas del activo en el balance, ya que son derechos del banco.

Por su parte, las operaciones pasivas, se refieren a la captación de recursos y representan aquellas actividades mediante las cuales el Banco recibe créditos y recauda capitales de varios sectores económicos, a fin de disponer de ellos. Por lo que atañe a las operaciones neutras, se concretan en la ejecución de negocios ajenos por medio de contratos de prestación de servicios, mandato o mediación e inclusive fiducia.

En el derecho colombiano, las actividades financieras se encuentran reguladas en su mayoría en el *Decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, aunque hayan normas especiales diseminadas en el orden jurídico, consignadas en su mayoría en el Código de Comercio y disposiciones administrativas, proferidas por órganos de control y vigilancia, como la Superintendencia del ramo.

El Sistema Financiero ostenta una indiscutible importancia social y económica resaltadas además por la propia Constitución Política que considera la actividad financiera como de interés público (artículo 335), consecuencia de lo cual sólo el Estado puede otorgar autorizaciones para su ejercicio, circunstancia que da origen a que ésta tenga un carácter eminentemente profesional.

Entonces, el Banco como profesional autorizado por el Estado tiene el deber de actuar en aplicación de su objeto social con un grado máximo de diligencia, sobre todo, si se tiene en cuenta que su descuido se refleja, directa y fehacientemente, sobre el patrimonio de los particulares que en él confiaron; circunstancia que genera como secuela natural que en contrapartida de la actividad empresarial desarrollada por el Banco en su propio interés y bajo su control, fluyan

diversos riesgos relativos a la actividad bancaria de control, manejo, custodia del patrimonio de cuentahabientes o cuentacorrentistas, con lo cual, le es dable “*emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes*” conforme lo dispone el art. 98, núm. 4 del ya citado Dto. 663/93.

Como lo ha sostenido la jurisprudencia patria en Sentencia 3 de agosto de 2004. M.P. Edgardo Villamil Portilla de la Corte Suprema de Justicia:

*“Desde esta perspectiva, la diligencia exigible a las instituciones financiera no es apenas la que se espera de un buen padre de familia, referida por tanto a los negocios propios, sino la que corresponde a un profesional que deriva provecho económico de un servicio que compromete el ahorro privado y en el que existe un interés público. Con otras palabras, a la hora de apreciar la conducta de uno de tales establecimientos, es necesario tener presente que se trata de un comerciante experto en la intermediación financiera, como que es su oficio, que maneja recursos ajenos con fines lucrativos y en el que se encuentra depositada la confianza colectiva”.*

Bajo ese entendido, luce inobjetable, que corresponde a las instituciones financieras soportar las contingencias que en desarrollo del contrato de depósito celebrado con sus clientes se presenten, a menos claro está, que se acredite la presencia de fuerza mayor o caso fortuito o la culpa de la víctima, pues, de lo que se trata aquí es de la presencia de una responsabilidad objetiva, distinta por demás a la presunción de culpa, dada la posición dominante que respecto de sus usuarios ésta ostenta.

Desde este umbral, resulta oportuno indicar que el ordenamiento, en procura de la protección del usuario financiero expidió la ley 1328 de 2009, con el propósito de «*establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, sin perjuicio de*

*otras disposiciones que contemplen medidas e instrumentos especiales de protección» (art. 1).*

## **DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE**

En el Código de Comercio se regulan los «*contratos y obligaciones mercantiles*», dedicando el título XVII a los «*contratos bancarios*», entre los cuales están el de cuenta corriente (arts. 1382 a 1392) y el de depósito de ahorro (arts. 1396 a 1398).

El contrato de cuenta corriente bancaria, de manera especial prevé que el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques suministrados por el banco, o en cualquiera otra forma previamente acordada con éste. Art. 1.382 del C.Co

A su vez, el banco, en este tipo contractual, asume la **obligación de seguridad cuidado y custodia de los dineros recibidos**, pues, de suyo, siendo la cuenta corriente un contrato real, al que le es aplicable las disposiciones del depósito irregular por constituir el objeto de la prestación, la entrega de una cosa fungible y de genero como el dinero, **su actividad debe ser sometida a un tipo de diligencia propia de un profesional especializado**, lo cual eleva la responsabilidad, no al de un buen padre de familia, sino a un régimen más estricto.

De ahí que a la institución de depósito se le haya exigido responder por las irregularidades en el manejo de los dineros dejados

a su cuidado, por el pago de cheques falsificados o alterados en su cantidad conforme lo dispone el art. 1391 C.Co.

Respecto al régimen, la jurisprudencia patria, a partir de lo dispuesto en el artículo 191 de Ley 46 de 1923, según el cual «Todo Banco será responsable a un depositante por el pago que aquél haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al banco, dentro de un año después de que se le devuelva el comprobante de tal pago, que el cheque así pagado era falso o que la cantidad de él se había aumentado» (se destaca), entendió que dicho precepto deducía la responsabilidad del Banco bajo la **teoría del riesgo creado** (CSJ SC, 9 Dic. 1936, G.J. T. XLIV, 405, reiterada en CSJ SC, 15 Jul. 1938, G. J. T. XLVII, 68, y CSJ SC, 11 Mar. 1943, G. J. T. LV, 48).

Ahora, tanto el riesgo creado como el riesgo profesional constituyen factores de atribución de la **responsabilidad objetiva**, en el que se prescinde por naturaleza del análisis de la culpa como fuente de valoración de la conducta como elemento o criterio de imputación. Sobre su aplicación a la actividad de los Bancos, la CSJ sostuvo lo siguiente:

*(...) al Banco correspondía soportar las consecuencias derivadas del pago de un cheque falsificado o cuya cantidad se hubiera aumentado, responsabilidad de la cual no se exoneraba ni aún con la prueba de que la falsedad o la adulteración habían encontrado su causa determinante en la conducta negligente de! cuentacorrentista, en la guarda del instrumento. Los perjuicios de dicho cobro indebido eran, pues, de cuenta del Banco girado, siempre que el cliente le hiciera saber oportunamente el hecho fraudulento (CSJ SC, 9 Sep. 1999, Rad. 5005; se subrayó).*

Es por eso que la responsabilidad del banco en la circulación y pago de cheques, atendiendo la **responsabilidad profesional**, dispuso un régimen de responsabilidad más estricto, “salvo que [dice el art. 1391 que] *el cuentacorrentista haya dado lugar a ello por su culpa o la*

*de sus causahabientes, factores o representantes. [en ese sentido] La responsabilidad del banco cesará si el cuentacorrentista no le hubiere notificado sobre la falsedad o adulteración del cheque”, es decir, que la única manera de romper el nexo causal y por consiguiente de exonerarse de responsabilidad, será aquella en la que se demuestre una causa extraña, vale decir, el hecho o culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o caso fortuito y en algunos casos, la asunción voluntaria de riesgos por parte de la víctima.*

La Corte suprema de Justicia, en sentencia **SC18614-2016** Radicación No. 05001-31-03-001-2008-00312-01 del 19 de diciembre de 2016, extrapoló dicho régimen de responsabilidad profesional previsto en los artículos 732, 733 y 1391 del C. de Co., a los fraudes cometidos con instrumentos diferentes de los cheques, o también denominados fraudes electrónicos, conforme los cuales, en uso de las nuevas tecnologías y, de manera fraudulenta se haya hecho *“...disposición de los fondos puestos por los ahorradores bajo la custodia y cuidado de tales entidades, tales como notas débito, certificados de depósito a término, transferencias y otras transacciones que involucren los recursos provenientes del ahorro privado.”*

Dijo la corte que

*“Entre los avances tecnológicos que han sido incorporados a la actividad de la banca en los últimos años para permitir que las operaciones bancarias se efectúen con mayor agilidad, se destacan los referentes a la modernización de la distribución de productos y servicios financieros, lo que determinó el paso de las oficinas físicas de las sucursales a la atención al cliente por otros canales transaccionales como los cajeros automáticos, los receptores de cheques, los receptores de dinero en efectivo, los sistemas de audio respuesta, los centros de atención telefónica, los sistemas de acceso remoto para clientes (RAS), el internet y, recientemente, las aplicaciones en dispositivos móviles.”*

(...)

*Sin embargo, no es posible ignorar que se trata de riesgos que son propios de la actividad asumida por las entidades y corporaciones que participan en el e-commerce, entre ellas los Bancos, de la cual obtienen grandes beneficios económicos, pues son estos los que para disminuir costos y obtener mejores rendimientos, han puesto al servicio de sus clientes los recursos informáticos y los sistemas de comunicaciones a través de la red, en una estrategia de ampliación de la oferta y cobertura de productos y servicios financieros.*

*Es natural y obvio que la implementación de medios como el portal virtual de transacciones, si bien requiere de una inversión para su operación y mantenimiento, genera un lucro para la entidad, en la medida en que atrae un mayor número de clientes y de operaciones bancarias.*

*No obstante, el uso de este lleva insito el riesgo de fraude electrónico, el cual es de la institución financiera precisamente por la función cumplida por las instituciones financieras y el interés general que existe en su ejercicio y la confianza depositada en él, lo que determina una serie de mayores exigencias, cargas y deberes que dichas entidades deben cumplir con todo el rigor; por el provecho que obtiene de las operaciones que realiza; por ser la dueña de la actividad, la que - se reitera- tiene las características de ser profesional, habitual y lucrativa; y además, por ser quien la controla, o al menos, a quien le son los exigibles los deberes de control, seguridad y diligencia en sus actividades, entre ellas la de custodiar dineros provenientes del ahorro privado.*

Al respecto, y con el propósito de regular las medidas de seguridad, respecto a los canales virtuales ofrecidos por las entidades bancarias para el manejo de sus recursos o depósitos, se han expedido instrucciones específicas a través de Circulares Externas 052 de 2.007, 022 de 2.010, 042 de 2.012 y 049 de 2.016, la cuales actualmente se encuentran incorporadas en el Capítulo I del Título II de la Parte I de la Circular Básica Jurídica en la Circular 029 de 2.014.

## Caso Concreto

En el caso que ocupa la atención de esta judicatura, se trata de un contrato de cuenta corriente No. 053043001-62, celebrado el 10 de marzo de 2.000 entre la sociedad **SIERVO RODRÍGUEZ CÁRDENAS & CIA S. EN C. COLOMBIANA DE INVERSIONES FINCA RAÍZ** con la entidad bancaria **BANCOLOMBIA S.A.**, contenido en los folios 125 y 372 del C.1., del que se advierte la existencia y validez, cuyos sujetos negociales quedaron comprometidos con la responsabilidad aplicable al régimen de que se viene hablando.

### **Del perjuicio**

Respecto a este elemento, viene señalando la jurisprudencia que el daño es *“la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio”* Sentencia CSJ SC 6 de abril de 2001, rad. 5502.

Como quiera que la ley no define el concepto de daño, hay que decir que, aunado a lo ya dicho, según el tratadista y doctrinante Adriano de Cupis en su obra *“El Daño. 2.º edición. Barcelona: Editorial Bosch (1975, p. 81)”* destaca que el *“daño no significa más que perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”* mientras que el maestro Fernando Hinestrosa en su libro *“Derecho de Obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (año 1967, p. 529),* señala que el daño es una *“...lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja”*

En efecto, se tiene que el perjuicio aquí reclamado a título de daño emergente, consistente en la pérdida o detrimento patrimonial por el débito de la cuenta corriente No. 053043001-62, por valor de \$29.600.000.00, se produjo como consecuencia de transferencias de pagos virtuales no consentidas o no autorizadas en los días 3 y 4 de enero de 2.006, y cuya devolución no se ha hecho efectiva por parte del banco, lo cual da lugar a la pérdida de los frutos civiles o intereses legales dejados de percibir desde dicha data, y por cuya causación pide, se indemnice hasta la actualidad dichos rendimientos a título de lucro cesante.

En el plenario obra el movimiento de la cuenta corriente a folios 77 y 78, en donde se vislumbra el debito bancario producido los días 3 y 4 de enero de 2.006, de la siguiente manera:

1. *“2.006/01/03 PAGO DE NOMINA INGXSERV CARRERA DECIMA POR VALOR DE \$-10.000.000”*
2. *“2.006/01/03 PAGO A PROVEEDORES CARRERA DECIMA POR VALOR DE \$-14.600.000”*
3. *“2.006/01/04 PAGO A TERCERO COBRO IVA CARRERA DECIMA POR VALOR DE \$-1.000.000”*
4. *“2.006/01/04 PAGO A PROVEEDORES CARRERA DECIMA POR VALOR DE \$-4.000.000”*

A su vez, a folios 81 a 91 obra *“log de operaciones”* rendido por el banco de fecha 5 de enero de 2.006, respecto a los movimientos que se registraron en el sistema de pagos virtuales de los días 3 y 4, entre

los que se cuentan: **(i)** pagos a proveedores, **(ii)** pago a nómina y **(iii)** pagos a terceros.

Del material probatorio allegado al expediente, no existe duda que la sociedad demandante sufrió un menoscabo patrimonial los días 3 y 4 de enero de 2006, debido al débito o sustracción de los dineros antes señalados de la cuenta corriente No. 053043001-62, los cuales no encuentran relación de causalidad con relación a alguna autorización previa expedida por el titular, o que los mismos, se hubieran efectuado desde la sucursal virtual, cuyo manejo estaba en cabeza de la titular, conforme pasa a explicarse:

### **DE LA CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN**

Frente a tales elementos, refiere la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC13925-2016 Radicación nº 05001-31-03-003-2005-00174-01, que “[e]l daño jurídicamente relevante debe ser atribuido al agente como obra suya, pero no como simple causalidad natural, sino como mecanismo de imputación de la acción (o inactividad) a un sujeto. (...) Por tal razón, 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.

A su paso, para el 7 de julio de 2.001, el cuentacorrentista elevó ante el banco, para el manejo de la cuenta, “*solicitud de tarjeta y clave para personas jurídicas*”, en cuya tarjeta de firmas designó como autorizada a la señora **YURY NEYITH LEAL GÓNGORA**, vale decir, que era ella, junto con la sociedad demandante y más concretamente a través del representante legal, las personas que tenían a su cargo tarjetas expedidas por el banco, y cuyo NIP (*número de identificación personal o clave secreta*) también estaba bajo su estricto manejo y recelo conocimiento. (fl. 371)

Ahora bien, sin perjuicio de la suscripción o no, tanto del “*contrato de utilización de servicios bancarios por internet*”, cuyo formato milita a folio 375, como del “*reglamento de pagos ordenados por internet*” fl. 376, lo cierto es que los servicios tecnológicos ofrecidos por el banco, y más concretamente, el de banca virtual de pagos para el manejo de la cuenta corriente, **fue tomado y aceptado** por parte de la sociedad demandante y titular de la cuenta corriente, al punto que, el débito de dineros que hoy nos ocupa tuvo como modalidad de pago a través del citado canal virtual.

Por tanto, aducir la inexistencia o nulidad absoluta del contrato o negocio jurídico “*contrato de utilización de servicios bancarios por internet*”, por la carencia de la firma, según se advirtió en la demanda, contrasta todas las actuaciones que precedieron al mencionado débito.

Lo anterior, supondría el desconocimiento de la voluntad real de la cuentacorrentista, y por lo mismo, un contrasentido de cara a sus propios actos. Tal pretensión, sin duda, constituye una conducta desleal que vulnera los principios de la buena fe contractual y confianza legítima, aspecto estos sobre los cuales descansa la regla denominada “*venire contra factum proprium non valet*”, que de suyo supone la inadmisibilidad o prohibición que el derecho le impone a una persona de actuar contra los propios actos.

Pues bien, siendo usuario del canal virtual, a la demandante le fue sustraído de su cuenta de ahorro la suma de \$29.600.000, razón por la cual, hicieron la reclamación al banco Bancolombia, quien, mediante investigación interna No. 262006 de 2006 y cuyo resultado fue dado a conocer a la demandante mediante misiva de fecha 24 de abril de 2006 (fl.227 y 229) **concluyó que hubo descuido en el manejo de información que contenía la clave virtual y que**, por lo

tanto, “*los pagos fueron realizados por un tercero que conocía el usuario y el password (numero de clave) del producto S.V.E.*”.

No obstante, para el presente proceso, no existe respaldo probatorio que lleve a la conclusión de que existió un tercero distinto al titular de la cuenta, esto es, el señor **SIERVO RODRÍGUEZ CÁRDENAS** y a la autorizada **YURY NEYITH LEAL GÓNGORA**, conoció la clave virtual y usuario de la sucursal virtual de pagos, pues, la sola investigación interna antedicha no logra evidencia de que existe culpa exclusiva de la víctima, respecto al cuidado de la información que le fue suministrada para el manejo de la cuenta.

En efecto, en interrogatorio de parte practicado el 12 de agosto de 2015, al señor **SIERVO RODRÍGUEZ CÁRDENAS**, como representante legal de la sociedad demandante, ante la pregunta de “*qué personas (...) autorizó para el manejo de las claves e ingresar a la sucursal virtual banca empresarial*” contestó que había autorizado a la “*jefe de arrendamientos y a la auxiliar contable que estaba en ese momento*”, haciendo referencia a que “*yuri era la auxiliar contable y Johanna era la jefe de arrendamientos*”, quienes, habían trabajado “*...mas o menos 2 años la una y 3 años la otra, en los periodos 2004 al 2006 o 2007*”.

Al contrastar dicha información, prontamente se advierte que dichas empleadas o dependientes, fueron autorizadas conforme se desprende de la tarjeta de las solicitudes de “*tarjeta y clave para personas jurídicas*” y de “*...afiliación sucursal virtual*”, cuyos formatos militan a folios 371 y 374, de tal modo que no existe duda que eran ellas, y no terceros, los que manejaban el usuario y clave del canal virtual, y por lo mismo, no era necesario dar esa información al banco, pues esta reposaba en los archivos y formularios que guardaba la entidad bancaria.

Por su parte, el representante legal del banco Señor **JORGE ALBERTO PACHÓN SUÁREZ** en esa misma oportunidad adujo que, una vez revisado el “*log de operaciones*” de fecha 5 de enero de 2006, que reposa en el plenario a folios 80 a 91 “*ninguno de estos folios (...) se evidencia que haya operaciones en estado fallido para los días 3 y 4 de enero de 2006*”

No obstante, al revisar el “*log de operaciones*” citado, observa el despacho que para el día 3 de enero de 2006, **se presentaron 62 operaciones bancarias “interrumpidas”**, que si bien, no fueron fallidas sí resultan sospechosas y, de la cuales, puede ser predecible un resultado como el que aquí se alega como perjuicio, siendo ello una causa adecuada del débito sin autorización.

Ello es lo que comúnmente ocurre conforme a las reglas de la experiencia, cuando quiera que se pretende defraudar electrónicamente al consumidor financiero y al banco, en donde los intentos por acceder al canal virtual, sin distinción de que puedan ser *interrupciones* en el acceso o intentos fallidos son tan numerosos que logran ingresar al sistema virtual. Ahora bien, tales artilugios, por el contrario, en el común de los casos y por regla general es imposible que se consiga en un solo intento de acceso al canal virtual de pagos.

En ese sentido, le correspondía al banco demostrar que tales intentos de acceso, correspondió a la negligencia, incuria o culpa exclusiva de la víctima en el manejo de la cuenta, y que fue ella, conforme su impericia la que generó las 62 operaciones bancarias que resultaron interrumpidas, además de las causas por las cuales, no se completó la operación.

Dichas circunstancias debieron ser motivo de alerta para bloquear la cuenta corriente sin esperar a que se generara una operación fallida que diera lugar a tal propósito, con lo cual el banco

asumió el riesgo de la operación bancaria que trajo consigo el débito de la cuenta corriente sin la autorización del titular y de la persona autorizada.

Así entonces, la responsabilidad derivada de esos hechos no fue desvirtuada por el demandado, quien ningún esfuerzo hizo para destruir el nexo causal, pues no alegó, ni demostró que en la generación del suceso hubiere mediado una causa extraña, esto es, un caso fortuito o fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima o el de un tercero, únicos eventos que en el plano de la responsabilidad civil por actividades peligrosas pueden exonerar al agente productor del daño.

En este estado, tendiendo claro que el usuario y la clave virtual no fueron indebidamente custodiadas, pues no existe prueba de ello ya que el banco nada hizo para demostrar lo contrario, lo propio será someter a su cargo el acaecimiento del riesgo que supuso el débito por valor de \$29.600.000, y que, conforme la jurisprudencia deben soportar las entidades bancarias. Ello, en la medida que el banco no tomó las medidas de seguridad necesarias para controlar de manera adecuada y oportuna la gestión bancaria que se estaba llevando a cabo el pasado 3 y 4 de enero 2006, y no activó los mecanismos tecnológicos suficientes para responder a la alerta de 62 intentos interrumpidos por acceder al sistema.

Frente al particular, bueno es recordar que si bien para el año 2006, las Circulares Externas 052 de 2.007, 022 de 2.010, 042 de 2.012 y 049 de 2.016, las cuales actualmente se encuentran incorporadas en el Capítulo I del Título II de la Parte I de la Circular Básica Jurídica en la Circular 029 de 2.014, no se encontraban vigentes, sí existía para la fecha de los hechos la norma técnica colombiana NTC-ISO/IEC 27001 sobre *«Tecnología de la información. Técnicas de seguridad. Sistemas de gestión de la seguridad de la información (SGSI)»*

Dicha norma técnica, que es aplicable a las entidades bancarias, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, en la ya citada **SC18614-2016** del 19 de diciembre de 2016, “fija un estándar o referente en cuanto a lo que se espera de un sistema de gestión de seguridad de la información y la implementación de controles que permitan preservar la confidencialidad de datos, entre otros aspectos.”

Y agrega la Corte que:

“En cuanto al riesgo derivado del manejo de información, establece que a cada institución le corresponde, entre otras cosas: «definir el enfoque organizacional para la valoración del riesgo; (...) Identificar los riesgos», labor en la que es preciso «1) identificar los activos dentro del alcance del SGSI y los propietarios de estos activos. 2) **identificar las amenazas a estos activos.** 3) **identificar las vulnerabilidades que podrían ser aprovechadas por las amenazas.** 4) Identificar los impactos que la pérdida de confidencialidad, integridad y disponibilidad puede tener sobre estos activos» para después «e) Analizar y evaluar los riesgos» lo que comprende: «1) valorar el impacto de negocios que podría causar una falla en la seguridad, sobre la organización, teniendo en cuenta las consecuencias de la pérdida de confidencialidad, integridad o disponibilidad de los activos. 2) **valorar la posibilidad realista de que ocurra una falla en la seguridad, considerando las amenazas, las vulnerabilidades, los impactos asociados con estos activos, y los controles implementados actualmente.** 3) estimar los niveles de los riesgos. 4) determinar la aceptación del riesgo o la necesidad de su tratamiento a partir de los criterios establecidos en el numeral 4.2.1, literal c)» y por último «f) Identificar y evaluar las opciones para el tratamiento de los riesgos».

También indica la Norma Técnica Colombiana que, entre las acciones a realizar para tratar los riesgos en el ámbito de seguridad de la información, se encuentran las de «1) aplicar los controles apropiados. 2) aceptar los riesgos con conocimiento y objetividad, siempre y cuando satisfagan claramente la política y los criterios de la organización para la aceptación de riesgos (véase el numeral 4.2.1, literal c); 3) evitar riesgos, y 4) transferir a otras partes los riesgos asociados con el negocio, por ejemplo: aseguradoras, proveedores, etc.».

4.3. Tales contingencias o eventualidades son consideradas como puramente operacionales y en una clasificación muy básica se les relaciona con las amenazas a los sistemas de información que aparejan «**pérdida de integridad de los datos, pérdida de la privacidad de los datos, pérdida de servicio y pérdida de control**», e imponen, de modo obligatorio e ineludible, la adopción de medidas que permitan alcanzar un grado de seguridad y confianza en la circulación electrónica de la información y particularmente en las transacciones realizadas por ese canal.

Como se observa, el banco, conforme a la norma técnica señalada, no avizoro, después de, el tan alto número de intentos, las amenazas que podían ellas traer, no identificó en el proceso la posible vulnerabilidad o fortaleza del sistema banca virtual, es decir, no trajo una prueba técnica que demostrara con convicción real, el infranqueable sistema de seguridad que podía tener en aquella época le sistema tecnológico al servicio del usuario y que lo respaldaría para que de aquel mecanismo tecnológico se advirtiera que no podía tener una falla técnica u operativa que llevara a la sustracción del dinero por causas imputables al banco, y que por tanto, la culpa exclusiva era de la demandante.

Si la causa adecuada del daño, fue una omisión, debió el banco probarla, pues la carga de la prueba era suya conforme al riesgo creado, riesgo provecho o **riesgo profesional** que, conforme al tipo de régimen de responsabilidad la jurisprudencia le impone, que, de suyo es más estricto.

### **De la indemnización de perjuicios**

Según el artículo 1613 del C.C., “*La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.*”

A su turno, el artículo 1614 *ib.*, define al **daño emergente** como “*el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento...*” **y al lucro cesante como** “*...la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento*”.

Entendiendo lo anterior, el despacho hará la indexación o corrección monetaria de las cifras reportadas como daños en el acápite de pretensiones.

Lo anterior, por cuanto si bien existe dictamen pericial que obra a folios 501 a 522 del c.1., que previamente había calculado los perjuicios, el mismo no se tendrá en cuenta, toda vez que no versó sobre el objeto de la pericia decretada en el auto que abrió a pruebas y que había sido solicitado por la misma demandante, tal como lo recordó el apoderado judicial del banco demandado en sus alegaciones.

## **DAÑO EMERGENTE CONSOLIDADO**

De las pretensiones principales se obtiene que, a dicho título, la demandante solicitó la suma de \$29.600.000, como consecuencia del débito automático causados el 3 y 4 de enero de 2006, por manera que, para proceder a la indexación de la condena, se debe tener en cuenta la siguiente formula:

$$\mathbf{VR = VH \times (IPC \text{ actual}/IPC \text{ inicial})}$$

Entonces:

$$\text{Valor final} = \text{Valor inicial} * \text{IPC final}/\text{IPC inicial}$$

$$\text{Valor}_{2020} = \text{Valor}_{2006} * \text{IPC}_{2020}/\text{IPC}_{2006}$$

$$\mathbf{\underline{\text{Valor}_{2020} = \$29600000 * 121.32/68.607 = \$52,342,077.61}}$$

A valor presente, la suma a indemnizar por concepto de daño emergente consolidado, corresponde a \$52.342.077.61, cifra que recoge la pretensión prevista en el literal a) del numeral 1.1. de los perjuicios materiales (fl.319) y la pretensión b) del numeral 1.2 del acápite “*lucro cesante*” (fl.320) que corresponden a la misma solicitud de condena.

### **LUCRO CESANTE**

A título de réditos y/o utilidades que pudo obtener la demandante, del dinero debitado por concepto de intereses remuneratorios durante 72 meses, y cuyo calculo estimó en \$53.280.000.00, para indexar esa suma, se utilizará la misma operación antedicha:

$$\mathbf{VR = VH \times (IPC \text{ actual}/IPC \text{ inicial})}$$

Entonces:

$$\text{Valor final} = \text{Valor inicial} * \text{IPC final/IPC inicial}$$

$$\text{Valor 2012} = \text{Valor 2006} * \text{IPC 2012/IPC 2006}$$

$$\underline{\text{Valor 2012} = \$53280000 * 89.049/68.607 = \$69,155,079.57}$$

En consecuencia, a título de lucro cesante consolidado por la causación de intereses remuneratorios, corresponde la suma de \$69.155.079.57, suma que, de suyo, excluye el reconocimiento de intereses legales, por \$8.000.000.00, habida cuenta que corresponde al mismo capital y al mismo tiempo del débito hasta la fecha de la conciliación (que el despacho interpreta, quiso decir demanda), con lo cual, estaríamos frente a una acumulación objetiva de pretensiones. Al demandante se le indica que, cuando hace relación a intereses legales, dicho concepto enmarca un tipo de frutos civiles, que pueden ser: (i) intereses remuneratorios o corrientes y (ii) moratorios, los cuales tienen, cada uno una regulación diferente.

Se niega el reconocimiento de los perjuicios subjetivos, habida consideración que, al ser la parte demandante un sujeto de derecho persona jurídica, sobre aquellas, la jurisprudencia en el último quinquenio, no ha reconocido perjuicios extrapatrimoniales de tipo contractual frente a este tipo de daño. Sobre este aspecto se pronunció la sentencia del 29 de abril de 2016 SC5516-2016.

Ahora, si en gracia de discusión se tiene dicho reconocimiento, siempre se ha hecho en favor de uno de los sujetos contractuales cuando quiera que sea persona natural, pues el concepto de *pretium doloris* refleja el estado de acongojo y sufrimiento de una persona natural, situación que por naturaleza no se podría reflejar sobre una persona jurídica, ya que aquella es simplemente una ficción jurídica

que goza sí de unos atributos, pero que no cuenta con la posibilidad sentir dolor.

Se niega la pretensión de daños objetivados, ya que en la actualidad la jurisprudencia tan solo ha reconocido tres tipos de daños extrapatrimonial, a saber: (i) daño moral subjetivo, (ii) daño a la vida de relación y (iii) daños a bienes y derechos convencional y constitucionalmente reconocidos, éste ultimo a partir de la año 2014 con la sentencia del 5 de agosto de esa anualidad con ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez.

Luego, el daño moral objetivado, cuyo planteamiento fue reiterado hasta los 80's, fue cuestionado entre otras, en las sentencias de la Corte Supremas de Justicia, de fechas 14 de marzo 1942 y 2 de abril de 1943, en donde se dijo que se podían causar dos clases de perjuicios, pero se debían estimar por aparte, así que, Vg., si una persona sufre un perjuicio moral porque se le murió un hijo y tiene consecuencias patrimoniales porque dejó de trabajar, en ese evento toca pagarle el mal entendido daño moral como el **lucro cesante**, por manera que, lo que en realidad se entiende es dicha categoría, hace relación a la perdida de ganancias a las que tenía derecho conforme lo define el artículo 1614 antes señalado.

Así las cosas, sin que se hubieran probado las excepciones “ausencia de cualquier tipo de responsabilidad de Bancolombia”, “El manejo de la clave es de responsabilidad exclusiva de la demandante”, “Las transacciones materia de este proceso fueron realizadas mediante la digitación de la clave secretan cuya custodia es de responsabilidad exclusiva de la demandante”, “Los sistemas de seguridad de Bancolombia impiden que se realcen transacciones electrónicas sin autorizar la clave asignada”, “Culpa exclusiva de la víctima y/o hecho de un tercero: la clave entregada al titular de la cuenta y con ello se consintió en el deber de custodia y cuidado de las mismas”, “Inexistencia de perjuicios materiales”, e Inexistencia de perjuicios

*morales*”, lo propio será declarar la responsabilidad civil contractual del banco y reconocer los daños ya señalados.

## **VII. DECISIÓN**

Por lo expuesto, **El JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO TRANSITORIO BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR** que **BANCOLOMBIA S.A.**, es civilmente responsable de los perjuicios ocasionados a la sociedad **SIERVO RODRÍGUEZ CÁRDENAS & CIA S. EN C. COLOMBIANA DE INVERSIONES FINCA RAÍZ**, por los hechos dañosos generados el pasado 3 y 4 de enero de 2.006, conforme a lo esbozado en la parte motiva de ésta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADAS Y NO PROBADAS** las excepciones de *“El manejo de la clave es de responsabilidad exclusiva de la demandante”*, *“Las transacciones materia de este proceso fueron realizadas mediante la digitación de la clave secretan cuya custodia es de responsabilidad exclusiva de la demandante”*, *“Los sistemas de seguridad de Bancolombia impiden que se realcen transacciones electrónicas sin autorizar la clave asignada”*, *“Culpa exclusiva de la víctima y/o hecho de un tercero: la clave entregada al titular de la cuenta y con ello se consintió en el deber de custodia y cuidado de las*

*mismas*”, “*Inexistencia de perjuicios materiales*”, e *Inexistencia de perjuicios morales*”, atendiendo a la parte considerativa de este proveído.

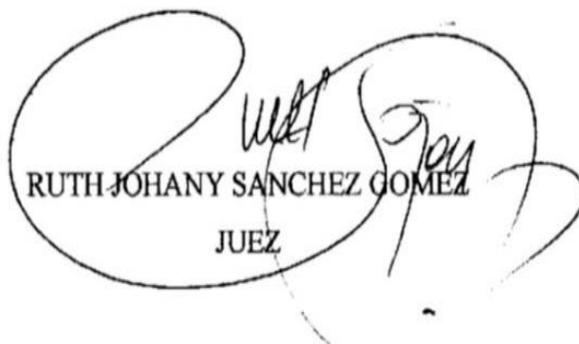
**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** al banco **BANCOLOMBIA S.A.**, al pago de la siguiente indemnización de perjuicios:

1. Por concepto de **DAÑO EMERGENTE** en favor de la sociedad **SIERVO RODRÍGUEZ CÁRDENAS & CIA S. EN C. COLOMBIANA DE INVERSIONES FINCA RAÍZ**, por la suma de cincuenta y dos millones trescientos cuarenta y dos mil setenta y siete pesos (**52,342,077.61**) M/cte., valor que deberá pagarse dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión.
2. Por concepto de **LUCRO CESANTE CONSOLIDADO**, en favor de la sociedad **SIERVO RODRÍGUEZ CÁRDENAS & CIA S. EN C. COLOMBIANA DE INVERSIONES FINCA RAÍZ**, por la suma de sesenta y nueve millones ciento cincuenta y cinco mil setenta y nueve pesos (**\$69,155,079.57**) Mcte., valor que deberá solucionarse dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión.
3. **NEGAR** la condena del perjuicio al daño material pretendido por valor de \$8.880.000.00, atendiendo a lo considerado.
4. **NEGAR** la condena a los daños extrapatrimoniales por perjuicio moral subjetivo y objetivado por lo conforme lo expuesto en la motivación.

**CUARTO:** Condenar a BANCOLOMBIA S.A., al pago de las costas procesales a favor de la demandante SIERVO RODRÍGUEZ CÁRDENAS & CIA S. EN C. COLOMBIANA DE INVERSIONES FINCA RAÍZ..Liquídense conforme al artículo 365 del C. G del P., incluyendo la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.00), como agencias en derecho.

**QUINTO:** Ejecutoriada la presente decisión devuélvase al Juzgado de origen. Déjense las constancias y desanotaciones del caso.

**Notifíquese y cúmplase,**



RUTH JOHANY SANCHEZ GOMEZ  
JUEZ

JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO TRANSITORIO DE BOGOTA D.C.	
SECRETARÍA	
Bogotá, D.C., 11 agosto 10 de 2020	Notificado por anotación en <u>Estado No.</u>
<u>22</u>	de esta misma fecha.
EDGAR. R. RODRIGUEZ ARANGO	
SECRETARIO	

ERA.

