

Popayán, 19 de Octubre de 2020

Honorable Magistrada
DORIS YOLANDA RODRIGUEZ CHACÓN
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN
SALA CIVIL – FAMILIA
E.S.D.

Radicado: 2017 00 034
Proceso: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
Demandante: CARLOS GERARDO ORDOÑEZ DULCEY Y OTROS
Demandado: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. - BBVA

CLAUDIA PATRICIA CHAVES MARTINEZ, mayor de edad y vecina de Popayán, identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.539.701 expedida en Popayán, portadora de la tarjeta profesional No. 72633 del C.S.J., por medio del presente en forma respetuosa me permito reiterar los argumentos **SUSTENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN**, interpuesto contra la sentencia No. 087 y/o 089 del 27 de agosto de 2020, proferida por este despacho, dentro del proceso de la referencia:

1. SENTENCIA OBJETO DE RECURSO:

El Juzgado de conocimiento emitió sentencia No. 087 y/o 089 del 27 de agosto de 2020, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda de responsabilidad civil extracontractual instaurada por los señores **CARLOS GERARDO ORDOÑEZ DULCEY, MARIA CECILIA DULCEY DE ORDOÑEZ, MARIA ESPERANZA ZAMBRANO, CECILIA ESPERANZA ORDOÑEZ ZAMBRANO, GERARDO IVAN ORDOÑEZ ZAMBRANO y MARIA ALEJANDRA ORDOÑEZ ZAMBRANO**, por la tenencia arbitraria de dineros del Señor **CARLOS GERARDO ORDOÑEZ DULCEY** por el **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. – BBVA**, en los siguientes términos:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por la demandada sociedad **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.**, denominadas: **“INEXISTENCIA DE CULPA DE BBVA COLOMBIA S.A.”** y **“AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO BBVA EN LOS HECHOS QUE SUSTENTAN LAS PRETENSIONES”**.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de los demandantes **CARLOS GERARDO ORDOÑEZ DULCEY, MARIA CECILIA DULCEY DE ORDOÑEZ, MARIA ESPERANZA ZAMBRANO, CECILIA ESPERANZA ORDOÑEZ ZAMBRANO, GERARDO IVAN ORDOÑEZ ZAMBRANO y MARIA ALEJANDRA ORDOÑEZ ZAMBRANO**, en contra del **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.**, por las razones indicadas en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a los demandantes, al pago de las costas ocasionadas dentro del proceso, a favor del **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.** Se tasan las Agencias en Derecho en la suma de \$4.000.000.00.

CUARTO: ORDENAR que en firme la presente decisión, previa la cancelación de su radicación, se ARCHIVE el proceso dejando las constancias en el libro radicador como en el sistema Justicia Siglo XXI.

La presente decisión se notifica en estrados de acuerdo con lo previsto por el art. 294 del Código General del Proceso”.

2. EL OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La parte actora persigue con el presente recurso:

- A) Se revoque la sentencia y en su lugar se condene a la entidad demanda a pagar la totalidad de los perjuicios pretendidos.
- B) Se condene en costas a la parte demandada.

3. MOTIVO DE INCONFORMIDAD:

El Ad quo, negó las pretensiones de la demanda, al considerar , que dentro del proceso no se logró probar, uno de los elementos de la responsabilidad extracontractual, la CULPA, postura que la parte demandante, con todo respeto, NO comparte, teniendo en cuenta que esta se encuentra

debidamente acreditada, consideración a la que no llegó el Ad quo, porque no valoró en forma conjunta, toda la prueba allegada al proceso, la que de haber sido valorada en su integridad y conforme a las reglas de la sana crítica hubieran cambiado el sentido del fallo.

Marco legal:

1. Constitución Política de Colombia:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

2. Código del Civil:

Artículo 2341: “Responsabilidad extracontractual. 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.”

3. Jurisprudencia:

- Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil Exp. 5099, sentencia de febrero 19 de 1999:

“La responsabilidad extracontractual opera entre quienes ha vinculado únicamente el azar y la extensión de los imperativos de conducta incumplidos en los que toma causa la respectiva prestación resarcitoria del daño en que dicha responsabilidad se traduce, es definida con frecuencia con normas de notoria abstracción, lo que en último análisis lleva a concluir que no es indiferente en modo alguno el régimen en que de hecho se sitúa una demanda entablada para obtener el pago de perjuicios”

4. Convenios:

- Convenio suscrito entre el Banco Ganadero y la Fiduciaria La Previsora S.A. para la utilización de la red de oficinas del Banco. (Sello Notarial del 15 de septiembre de 1994).
- Anexo N° 1 Al convenio suscrito entre el banco Ganadero y La fiduciaria La Previsora S.A. para la utilización de red de oficinas del Banco. Instructivo para el manejo del fideicomiso del magisterio y otros fondos de prestaciones sociales.
- Otro Si al Convenio suscrito el 09 de septiembre de 1994 entre el Banco Ganadero y la Fiduciaria La Previsora S.A. para la utilización de la red de oficinas del Banco.

- Otro Si N° 2 al Convenio suscrito el 09 de septiembre de 1994 entre el Banco Ganadero y la Fiduciaria La Previsora S.A. para la utilización de la red de oficinas del Banco.
- Convenio para el pago de pensiones celebrado entre la Fiduciaria Previsora S.A. y el BBVA Colombia.
- Otro Si N° 3 Al Convenio de pago de mesadas pensionales celebrado entre fiduciaria La Previsora S.A. y el BBVA Colombia.

Documentos aportados durante el periodo probatorio, por la Fiduprevisora mediante oficio radicado N° 20200822374371 de fecha 21 de agosto de 2020, donde indica que son “...las reglas y el convenio que existían entre la Fiduprevisora S.A. y el Banco BBVA desde el año 2007 hasta el año 2016 para el pago de las prestaciones que ellos efectúan y que resultan aplicables para la fecha de los hechos”, prueba documental que no fue objetada.

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD – PROBADOS EN EL PROCESO:

a) HECHOS

- CARLOS GERARDO ORDOÑEZ DULCEY**, es hijo de **MARIA CECILIA DULCEY ORDOÑEZ**, esposo de **MARIA ESPERANZA ZAMBRANO** y padre de **CECILIA ESPERANZA ORDOÑEZ ZAMBRANO**, **GERARDO IVAN ORDOÑEZ ZAMBRANO**, **MARIA ALEJANDRA ORDOÑEZ ZAMBRANO**.
- El Señor **CARLOS GERARDO ORDOÑEZ DULCEY**, es padre cabeza de familia y responde por todo el mantenimiento de su hogar: alimentación, transporte, educación de sus tres hijos, hipoteca, en fin todos los gastos en los que se incurre en un hogar.
- El Señor **ORDOÑEZ DULCEY**, adquirió un crédito hipotecario con el banco GRANBANCO S.A, o BANCAFÉ, obligación No. 00200511556, por un valor de **\$30.000.000**, para adquirir vivienda nueva, fecha inicial del crédito 13 de abril de 2005, por 15 años; crédito hipotecario que por el cambio en la plataforma tecnológica del banco, cambio de número correspondiéndole el N°5701196100043576, conservando las condiciones de plazo, tasa y saldo adeudado a la fecha de migración, conforme a oficio, con fecha 26 de marzo de 2013, suscrito por la señora Mónica Paola Herrera Rodríguez, Departamento de Reclamaciones Superfinanciera y Defensoría, del banco DAVIVIENDA.
- La Secretaria de Educación Cultura y Deporte – Fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio – Regional Popayán, expidió la Resolución N° 517 del 23 de noviembre de 2006, por la cual reconoce el pago de las cesantías parciales del señor **CARLOS GERARDO ORDOÑEZ DULCEY**, con destino a Granbanco S.A para liberar gravamen hipotecario.
- El Señor **ORDOÑEZ DULCEY**, interpuso demanda de Nulidad y Restablecimiento del derecho, contra la resolución N° 517 del 23 de noviembre de 2006, por cuanto se descontó un mayor valor, por concepto de cesantías parciales pagadas, conocida por el Juzgado Octavo Administrativo de Popayán, despacho que declaro la nulidad parcial del acto administrativo, en consecuencia, ordena a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar al señor **ORDOÑEZ DULCEY** por concepto de cesantías parciales la suma de \$12.249.405.00, indebidamente descontada.

- f. El 16 de enero de 2007, la **FIDUPREVISORA** giro al **banco BBVA Colombia sucursal** Popayán 0721, la suma de \$21.032.570.oo.
- g. En marzo del 2013, el señor Carlos Ordoñez Dulcey, interpuso derecho de petición al BBVA, entidad que guardo silencio, por lo cual se vio obligado a interponer una acción de tutela, conocida, por el Juzgado Tercero Civil Municipal en primera instancia y en segunda por el Juzgado Segundo Civil del Circuito, que modifica el fallo. Ordenando al BBVA que de respuesta al señor ORDOÑEZ, al punto 2 de su petición.
- h. El 29 de abril de 2013, El Banco BBVA, en respuesta a derecho de petición del Señor Ordoñez Dulcey manifiesta:

“1. Nos permitimos informar que el 16 de enero de 2007 la entidad pagadora FIDUPREVISORA, consignó a una cuenta de pagos masivos del banco la suma de \$21.032.570

2. Nos permitimos informar que a la fecha, la entidad GRANBANCO S.A. no ha reclamado el dinero, razón por la cual no existe copia del recibo solicitado por usted...”

Adicionalmente, le informa EL Banco BBVA, después de siete años, que hay Un cheque de gerencia por valor de \$21.032.570, dinero que el señor Ordoñez Dulcey, no podía reclamar, sencillamente, no lo podía recibir, porque, la Resolución 517 DE NOVIEMBRE DE 2006, es clara en la parte resolutive, en indicar, que el saldo líquido, de las cesantías parciales, **se girara como anticipo de cesantías con destino a liberación de gravamen hipotecario, valor que pagara el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Entidad Fiduciaria a GRANBANCO S.A. del señor ORDOÑEZ DULCEY, \$21.032.570.**

- i. El 24 de Junio de 2013, el Banco BBVA, informa al señor CARLOS GERARDO ORDOÑEZ DULCEY, dando respuesta a derecho de petición, donde acepta tener la suma de \$21.032.570 desde el 16 de enero de 2007, a demás acepta que este dinero, va con destino a la entidad GRANBANCO hoy DAVIVIENDA, con destino al crédito hipotecario a su cargo, cuando dice:

“En atención al primer punto de su escrito de derecho de petición, nos permitimos informar que efectivamente el 16 de enero de 2007 la entidad pagadora FIDUPREVISORA, consignó a una cuenta de pagos masivos del Banco BBVA la suma de \$21.032.570, con destino al crédito hipotecario a su cargo con la entidad GRANBANCO hoy DAVIVIENDA...”

- j. El 14 de Septiembre de 2016, el señor CARLOS GERARDO ORDOÑEZ DULCEY recibió el dinero del banco BBVA, mediante cheque de gerencia N° 0023574 por valor de \$ 21.032.570.oo correspondiente a cesantías parciales de la Fiduciaria La Previsora.

b) CULPA:

La culpa entendida como la infracción al debido cuidado, se demostró conforme al recaudo probatorio obrante en el expediente; pues existe culpa en el proceder del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA DE COLOMBIA S.A., en el manejo arbitrario que le dio a los dineros, consignados el 16 de enero de 2007, por LA FIDUPREVISORA, siendo beneficiario GRAN BANCO hoy DAVIVIENDA, como pago de las cesantías parciales RECONOCIDAS a favor del señor CARLOS GERARDO ORDOÑEZ DULCEY, mediante Resolución No.517 del 2006; con destino a liberación de gravamen hipotecario, por un monto de \$21.032.570, como se indica a continuación:

1. OBJETO DEL CONVENIO CELEBRADO ENTRE LA FIDUCIARIA PREVISORA S.A. Y EL BBVA COLOMBIA:

El objeto del convenio suscrito entre el Banco Ganadero y la Fiduciaria La Previsora S.A. para la utilización de la red de oficinas del Banco consistía en:

“PRIMERA – OBJETO: EL BANCO facilitara a LA FIDUCIARIA la utilización de la infraestructura de su red de oficinas, para desarrollar las actividades que se pactan de común acuerdo, bajo los parámetros del decreto 2239 de 1991. Por su parte La FIDUCIARIA hará uso de dicha red sin exceder las normas citadas, suministrando para ella la información clara y precisa y reconociendo las contraprestaciones pactadas en clausulas posterior de este convenio, Todo ello con sujeción a la ley y a lo estipulado en este convenio...”

2. PLAZO DE DEVOLUCION DE 90 DIAS:

Conforme a los Convenios firmados entre el BBVA y la Fiduprevisora, para el pago de pensiones celebrado entre la fiduciaria previsora S.A. y el BBVA Colombia (el cual según el oficio de la Fiduprevisora N° 20200822374371 del 21 de agosto de 2020, es uno de los vigentes y aplicables para el caso) el Banco BBVA tenía un plazo de 90 días para realizar la devolución de los dineros consignados:

*Cláusula tercera OBLIGACIONES DEL BBVA COLOMBIA, literal “a) Si el pago es por ventanilla: i). Pagar a los pensionados y/o beneficiarios sustitutos el valor de las mesadas pensionales dentro de los **noventa (90) días siguientes** a la fecha de programación de dicho pago.”*

Igual término, fue el señalado por la gerente encargada del BBVA sucursal Popayán Sra. Gloria Collazos, quien señaló en su testimonio, que el banco tenía en ese momento un plazo de tres meses para realizar la devolución de los dineros, plazo que en la actualidad es de un mes.

Es decir, que el Banco BBVA, NO cumplió con los plazos establecidos por los convenios, relacionados con el tiempo máximo para tener dineros, como en el caso que hoy nos ocupa, teniendo los dineros del Señor Ordoñez Dulcey por más de 9 años, sin justificación legal alguna.

3. BENEFICIARIO DEL PAGO ERA GRANBANCO – TERCERO REQUIERE AUTORIZACION:

Teniendo en cuenta que el beneficiario del dinero era un banco, el representante legal del BBVA, dijo: “De acuerdo con el convenio con la Fiduprevisora, Granbanco debía acercarse a retirar la suma girada a su nombre, de otro lado entiendo que solo es en el 2016 que se acredito al banco la resolución y el interés que tenía el Señor Ordoñez de llevar los recursos a Davivienda, solamente cuando se acredito el interés legítimo se entregó la plata a él, no a él sino para que la llevara a Davivienda.”

La señora Gloria Collazos, gerente encargada del BBVA sucursal Popayán, indicó en su testimonio: “Se pide la cedula y la resolución, si esta girado a un tercero, tiene que venir el tercero el tercero es el que tiene que venir, a cobrar siempre tiene que venir el beneficiario”.

Con lo anterior, el BBVA, intento trasladar su carga obligacional al Señor CARLOS GERARDO ORDOÑEZ, obligaciones que competían únicamente al banco BBVA y que fueron incumplidas en todo momento, pues en ninguna parte el convenio establece que los docentes deben presentarse a reclamar los dineros que tienen como destino un banco.

Así, el interrogatorio del representante legal del BBVA y el testimonio de la funcionaria del BBVA, se contradicen con lo establecido en el convenio, al momento de indicar lo que hacen y lo que deben realizar.

El convenio entre el BBVA y la Fiduprevisora, establece:

“ – **CLAUSULA TERCERA, OBLIGACIONES DEL BBVA COLOMBIA, LITERAL a)** Si el pago es por ventanilla: (...) **iv)** Cuando se presente un tercero autorizado, **exigir el poder especial** conferido por el pensionado en el que figure la constancia de presentación personal y autenticación de firma (...)”

Así, tenemos que el beneficiario del “cheque”, era el Banco Davivienda, quien debía recibir el mismo era el beneficiario y si lo iba a recibir un tercero, el BBVA debía exigir un poder del beneficiario para que lo reclamara un tercero, lo que no hizo.

4. ENTREGA DEL DINERO A UN BENEFICIARIO DIFERENTE:

El dinero fue entregado finalmente por medio de cheque, siendo beneficiario de este, el Señor CARLOS GERARDO ORDOÑEZ, sin mediar autorización alguna. Un nuevo incumplimiento del Banco.

Frente a esto el Señor Nelson Castró REPRESENTANTE LEGAL DEL BBVA, indico:

“No tengo conocimiento de un cheque a nombre del señor Ordoñez, se entrega a él, pero va dirigido al Granbanco hoy Davivienda”;

Por su parte la funcionaria que atendió el caso del Señor Ordoñez y el mismo Señor Ordoñez, indicaron que el cheque estaba girado a él como beneficiario.

El cheque entregado al Señor CARLOS GERARDO ORDORÑEZ, es de carácter nominativo, es decir a su nombre, siendo el, el único llamado a cobrar su importe, en ningún momento el cheque fue emitido a Granbanco como beneficiario, lo cual conforme a los convenios vigentes entre el BBVA y la Fiduprevisora, específicamente lo señalado en la cláusula TERCERA, literal a, numeral “ iii). Identificar al pensionado o al tercero autorizado, aplicando todas las medidas de seguridad necesarias procurando que el pago se efectuó al real beneficiario del mismo”, el BBVA INCUMPLIO.

5. AUTORIZACION PARA REALIZAR TRANSFERENCIAS:

Frente a la pregunta que realizo el Juez Segundo Civil del Circuito de:

¿El convenio con la Fiduprevisora, los pagos solo se hacen en efectivo por ventanilla?, ¿En efectivo o en cheque de gerencia cuando superan los 5 millones, nunca a través de transferencias electrónicas?

El representante legal del BBVA, expreso: “No señor no, no estaba previsto, precisamente el objeto del convenio de la cuenta de la Fiduprevisora, el banco debite esas recursos para ser entregados por ventanilla, lo que sucede doctor es que la gran mayoría corresponden a mesadas pensionales mensuales, entonces, la generalidad es que esos pagos sean por ventanilla, son sumas que la gran mayoría no son muy significativas, en este caso era diferente”,

Respuesta que contradice lo establecido, en el convenio señalado que indica:

“El convenio de 1994 - CLAUSULA SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL BANCO: EL BANCO en virtud del presente convenio se compromete a: (...) **b)** Efectuar los recaudos y pagos y/o desembolsos que requiera LA FIDUCIARIA, en desarrollo de sus fideicomisos, así como **transferir** las sumas recibidas en nombre y por cuenta de la fiduciaria a los sitios que esta indique, siempre con arreglo a las instrucciones que conjuntamente se pacten, **evitando demoras en las transferencias de los recursos.**”
(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Es así, como el banco BBVA, se encontraba autorizado y tenía la obligación de “transferir las sumas recibidas en nombre y por cuenta de la fiduciaria a los sitios que esta indique”, como lo eran los dineros del Señor Ordoñez Dulcey, que estaban dirigidos a GRANBANCO, transferencia que el BBVA nunca realizó, aun con la obligación de realizarla, omisión arbitraria que perjudicó de manera notoria a los hoy demandantes de este proceso.

6. RETENCION ARBITRARIA Y CAPRICHOSA DEL PAGO:

En su testimonio la Sra. Gloria Collazos, Gerente (E) del BBVA sucursal Popayán, indico que desconocía el convenio suscrito por el BBVA con la FIDUPREVISORA, que a todos los funcionarios del banco se los capacitaba sobre esta información, pero el convenio como tal lo conocía Bogotá, que no conocía el texto del mismo, que el BBVA tenía tres meses para devolver los dineros NO reclamados, que en la actualidad este término era de un mes.

El desconocimiento de los convenios suscritos entre la FIDUPREVISORA y el BBVA, por los funcionarios de este banco, quienes debían transferir o devolver los dineros del Señor Ordoñez Dulcey, explican, el actuar negligente del mismo, pues aun, conociendo solo la cláusula del termino de devolución, este NO fue realizado, ni se realizó transferencia de los dineros y cambió de beneficiario sin autorización alguna por la FIDUPREVISORA.

La Sra. Gloria Collazos, en su testimonio también indico: “NO reversamos nada, es la Fiduprevisora, es la que recoge o modifica, no nosotros no” ... “viene un beneficiario y me dice cámbieme por otro el cheque, eso no se puede hacer, es directamente la Fiduprevisora”, sin embargo y pese a ello los dineros fueron trasladados de la sucursal Cartago del BBVA a la sucursal Popayán del mismo banco, SIN intervención alguna de la FIDUPREVISORA, lo que demuestra que el banco BBVA si podía manejar los dineros dispuestos en otras sucursales.

El representante del BBVA, señaló que la suma de dinero del Señor Ordoñez Dulcey, permaneció, (durante más de 9 años), depositada en la cuenta de Fiduprevisora; pero la Sra. Gloria Collazos, funcionaria del BBVA, que atendió el caso del Señor Ordoñez de manera directa, indicó que los dineros fueron retirados de la cuenta de la FIDUPREVISORA con la expedición del cheque y que el mismo permaneció sin entregar por más de 3 años, tres años en los cuales, los \$21.032.570 no estaban en poder ni de la FIDUPREVISORA, ni del Señor CARLOS GERARDO ORDOÑEZ y menos de GRANBANCO hoy DAVIVIENDA; SIEMPRE LOS TUVO el banco **BBVA**.

Además, es de tener en cuenta que la Señora Collazos ante la pregunta del Juez Segundo Civil del Circuito, al indagar sobre el destino de los dineros que salen de la cuenta principal de la Fiduprevisora girados a los beneficiarios, “¿Qué hay en las de destino? ¿No hay nada?”, la Señora Collazos respondió “NO SEÑOR”(minuto 46:31 Aud. Pruebas), lo que demuestra que desde el año 2007, momento en que la FIDUPREVISORA giro los dineros al banco BBVA, este valor de \$21.032.570 salió de la cuenta de la FIDUPREVISORA, quedando en poder y a disposición, como ya se ha indicado, del banco BBVA.

Con todo lo anterior, contrario a lo señalado por el Ad quo, queda demostrado el obrar impudente y negligente del banco y con esto el elemento de la CULPA, que le asiste al Banco BBVA, al NO devolver los dineros en el término convenido para ello, NO transferirlos al beneficiario encontrándose habilitado para esto, mantenerlos en sus arcas y a su disposición, entregarlos a un beneficiario diferente sin autorización alguna de la misma, quedándose con ellos de manera caprichosa y arbitraria desde el 16 de enero de 2007 hasta el 14 de septiembre de 2016; usufructuándose de los mismos por más de 9 años, en gracia de discusión, desde la emisión del cheque en el año 2013 hasta el 14 de septiembre de 2016, momento en el cual el Señor Ordoñez, frente a tanta negligencia del Banco BBVA, el mismo entrega los dineros al banco Davivienda.

El Ad quo, hace varias afirmaciones, desde el minuto 2.09.00, en la lectura de la sentencia, que son:

“...Por lo que el dinero estaba a su disposición y por lo que podía retíralo cuando a bien tuviera es decir los recursos estuvieron a disposición del demandante desde el 29 de abril de 2013, es importante la respuesta del 29 de abril de 2013 que suscribió el banco BBVA al Señor Carlos Gerardo Ordoñez Dulcey Folio 69 en el que expresa “1.Nos permitimos informar que el 16 de enero de 2007 la entidad pagadora FIDUPREVISORA, consignó a una cuenta de pagos masivos del banco la suma de \$21.032.570. 2. Nos permitimos informar que a la fecha, la entidad GRANBANCO S.A. no ha reclamado el dinero, razón por la cual no existe copia del recibo s por usted solicitado” del caudal probatorio arrimado en la demanda y el recaudado en el trámite del proceso no hay evidencia que el señor Carlos Gerardo Ordoñez Dulcey hubiera solicitado al Granbanco S.A. que procediera a reclamar los dineros consignados a su nombre en el BBVA, AL PUNTO TAL QUE EL CHEQUE n° 0023574 por valor de \$21.032.570 pesos le fue entregado al demandante el 14 de septiembre de 2016, Folio 82, bajo este entendido se tiene que no obra dentro del plenario, prueba determinante que permita señalar que la mora en la entrega de la suma de \$21.032.570 pesos al Granbanco S.A: hoy Davivienda ocurrió por negligencia del banco BBVA, pues esta entidad solo fungió como receptora y garante de dicha Cuma de dinero o para que la misma fuera cobrada o recibida por el Granbanco S.A. hoy Davivienda...”

Teniendo en cuenta lo anterior, olvida, el Ad quo, que el Banco BBVA, conforme al convenio firmado con Fiduprevisora, tenía unas obligaciones y lineamientos que incumplió, siendo víctima de este incumplimiento reiterado, el Señor ORDOÑEZ DULCEY y su grupo familiar, pues ni siquiera devolvió los dineros, ni pago a quien se le había ordenado por parte de la Fiduprevisora, siendo este hecho por sí solo, demostrativo de la negligencia en el actuar del banco BBVA, tampoco hay evidencia, que el BBVA, hubiera informado a la FIDUPREVISORA, que tenía el dinero es decir la suma de \$21.032.570, sin reclamar desde 16 de enero de 2007, o por lo menos de los tres últimos años, teniendo en cuenta la emisión del cheque en el año 2013.

Carga obligacional que le correspondía únicamente al BANCO BBVA y que no puede ser trasladada a los hoy demandantes.

Es tan cierto lo anterior que el mismo Ad quo indica en el fallo proferido: “El banco no podía realizar la diligencia diferente a la de entregar el dinero a la persona jurídica que dispuso la Fiduprevisora en el presente caso” y además indica “los recursos estuvieron a disposición del demandante desde el 29 de abril de 2013” dejando de lado, que el dinero fue consignado en el año 2007 argumentando la disposición del mismo en el año 2013, siete años que conforme al Ad quo, los dineros NO estuvieron “disponibles” para el Señor Ordoñez Dulcey, siete años que no se tuvieron en cuenta, siete años que perjudicaron de manera notoria al Señor Ordoñez y su grupo familiar, siete años de los casi diez años que el BBVA retuvo de manera arbitraria y caprichosa los dineros del Señor Ordoñez, perjudicándolo a él y a su grupo familiar.

c) EL DAÑO:

Se demostró con el histórico de pagos de Davivienda aportado con la demanda, el cual fue solicitado y decretado como prueba en la audiencia inicial, que, debido a la retención arbitraria por parte del banco BBVA, del pago de las cesantías parciales con destino a liberación del crédito hipotecario, el Señor Carlos Gerardo Ordoñez Dulcey, se vio obligado a continuar pagando una cuota mensual del crédito hipotecario el cual solo pudo saldar en el 2016, momento en el que el BBVA entregó el cheque.

La cuota mensual, incluía pago de seguros, intereses, abono a pagos futuros, capital, sumando un total de \$98.801.513,02 millones de pesos, con el pasar de los años; dinero que sobradamente, podría a ver mejorados las condiciones de vida y emocionales de él y su familia.

Valga aclarar que DAVIVIENDA, aporta después de proferida la sentencia objeto de alzada, una certificación e histórico de crédito, que no han sido puestos en conocimiento para ejercer el derecho de contradicción, sin embargo y por economía procesal me permito manifestar lo siguiente:

La certificación expedida por el banco DAVIVIENDA, sobre la fecha en la que se terminó de pagar el crédito hipotecario correspondiente al 21 de octubre de 2016, no corresponde a la realidad, lo que se demuestra con el mismo histórico de pagos que adjunta en su respuesta, donde el último pago realizado fue el del 15 de septiembre de 2016 con anotación de "ABONO EXTRAORDINARIO", por el canje del cheque y la última anotación, corresponde a una "REVERSION INT.CTE FM P.N" realizada el 27 de septiembre de 2016.

Respecto al histórico de pagos aportado en la respuesta fechada del 03 de septiembre de 2020, que completa el histórico de pagos de crédito hipotecario, aportado con la demanda, (pagos realizados desde el 11.09.2015 hasta el 15.09.2016), se comprueba aún más, el elevado valor que termino pagando el señor ORDONEZ DULCEY, por un valor total superior al de \$98.801.513,02 millones de pesos.

También se demostró, con los interrogatorios de parte y los documentos aportados, que debido a la retención de dicho dinero; el núcleo familiar del Señor Dulcey, se vio bajo situaciones económicas y emocionales difíciles, debiendo el Señor **Ordoñez Dulcey**, conseguir más trabajos, horas extras en docencia, prestamos, uno de ellos con DAVIVIENDA por el valor de \$23.000.000 millones de pesos m/cte. , para cumplir con la carga de la casa, como padre cabeza de familia y ayudar al mantenimiento de su madre.

Su esposa, madre e hijos, se vieron en una situación estresante y desgastante, como era la constante angustia, porque el dinero no alcanzaba y provocaba daños de salud en los miembros de la familia, el Señor Ordoñez padeció de hipertensión, la Señora Esperanza se vio afectada por su tiroides que se agravo por la depresión de la situación que vivía su familia, la Señora Cecilia se enfermó al no poder ayudar a su hijo, pues era este quien la ayudaba a ella.

Por su parte, los hijos del Señor Carlos, se vieron obligados a conseguir trabajos, cuando solo debían dedicarse a sus estudios, para ayudar un poco con los gastos de la casa; los tres: Cecilia, Gerardo y María Alejandra, vieron reducidos sus espacios de compartir con su padre, quien debía trabajar todo el tiempo y para cuando llegaba a casa, ya los encontraba dormidos.

d) RELACION DE CAUSALIDAD:

Es así, como las actuaciones y omisiones desplegadas por el BANCO BBVA por más de 9 años con el manejo de los dineros correspondientes al pago de cesantías del Señor Ordoñez Dulcey con destino a liberación de gravamen hipotecario, al **NO** haber devuelto el dinero a la Fiduprevisora, en el término de los tres meses, establecidos en el convenio, **NI** haber transferidos a Granbanco en su momento dichos dineros, encontrándose habilitado para ello, pese a tener para el 2013 cuenta el Señor Ordoñez Dulcey en el banco BBVA, **NI** informar a la FIDUPREVISORA, ni al Señor Ordoñez de tener su dinero, lo cual solo informó hasta la acción constitucional que debió interponer mi representado con el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, produjeron perjuicios materiales e inmateriales al Señor CARLOS GERARDO ORDOÑEZ DULCEY y su familia, representadas en el pago de un crédito que se hubiera podido saldar sobradamente, con el actuar diligente del BANCO y el sometimiento de todo un grupo familiar a una situación económica, de condiciones de vida y familiar gravemente afectada.

Con lo cual surge la obligación del Banco BBVA de reparar, tanto al Señor Ordoñez Dulcey, como a su madre, esposa e hijos, el daño causado injustificadamente a ellos.

e) ACTIVIDAD BANCARIA COMO ACTIVIDAD DE RIESGO:

Señala el Ad quo que, la obligación del presente proceso es una obligación común o de medio, dejando de lado, que las actividades bancarias son consideradas, actividades riesgosas y exigen diligencia y cuidado, estando dotada de presunción de culpa, y exigiendo como causal de exoneración, caso fortuito, fuerza mayor, hecho de la víctima o de un tercero, causales de exoneración que NO fueron demostradas por el Banco BBVA.

Que le asistían a el BANCO BBVA obligaciones reciprocas con la Fiduprevisora, al tener esta cuenta corriente con el banco.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SC1697-2019 del 14 de mayo de 2019, Radicación n.º 05001 31 03 009 2009-00447 01, M.P. Margarita Cabello Blanco, señaló:

“2.2. Las Operaciones Bancarias son definidas como aquellas que desarrollan los bancos de manera profesional con sus clientes, ora entre dos o más bancos y que han sido clasificadas, entre otras formas y para lo que interesa a este asunto, como activas y pasivas, dependiendo de si con ellas los bancos colocan o captan recursos, o neutras.

3. Una de las operaciones pasivas que celebran los bancos es el depósito bancario, a través del contrato de cuenta corriente bancaria, que nuestro ordenamiento ha definido como aquel por medio del cual *«el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco»*; definición de la que emergen como características el carácter bilateral, consensual y de tracto sucesivo, en la medida que **surgen obligaciones reciprocas, tanto para el cuentacorrentista como para el banco**, se perfecciona con el sólo acuerdo de voluntades y **presupone siempre una disponibilidad de fondos** a favor del titular de la misma contra el banco que los retiene. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

(...)

5. Ha sido pródiga la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que **la profesión bancaria envuelve una actividad riesgosa, motivo por el cual a quienes la ejercen se les exige la diligencia y cuidado necesarios para este tipo de actividades, lo que genera una presunción de culpa en su contra**, diciendo al respecto esta Corte que:

«"Hay una presunción de culpa –dice la Corte- en quien no las satisface (las obligaciones) en el modo y tiempo debidos, porque el incumplimiento es un hecho o una omisión que afecta el derecho ajeno. El deudor puede destruir esa presunción probando que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor, o caso fortuito que sobrevino sin culpa...Pero la culpa proviene de no obrar con la diligencia o cuidado que la ley gradúa según la naturaleza del contrato (arts. 63 y 1604), resulta que el deudor, para exonerarse de responsabilidad no le basta probar el caso fortuito, sino también que empleó la diligencia, o cuidado debido para hacer posible la ejecución de su obligación” (Cas. 7 junio de 1951, LXIX. 688» (CSJ SC de 7 de abril de 1967)

En relación a esa presunción de culpa en el caso particular de las entidades bancarias apuntó lo siguiente:

«...deriva del ejercicio y del beneficio que reporta de su especializada actividad financiera, como así lo tiene definido la jurisprudencia cuando asevera que una entidad crediticia es una empresa comercial que dado el movimiento masivo de operaciones, 'asume los riesgos inherentes a la organización y ejecución del servicio de caja'» (Cas. Civil 24 de octubre de 1994)» (CSJ SC976-2004 del 3 de agosto de 2004, rad. 7447). (Negrilla y subrayado fuera de texto).»

En Sentencia SC665-2019 del 7 de marzo de 2019, Radicación n° 05001 31 03 016 2009-00005-01,
M.P. OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SEÑALÓ:

“...De otra parte, el artículo 2356 del Código Civil, dispone que «[p]or regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta», norma a partir de la cual se ha edificado el régimen de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas con culpa presunta, ampliamente desarrollado por la Corte en su Jurisprudencia, a partir de la emblemática SC de 14 mar. 1938, reiterada en SC 31 mayo 1938 y en CSJ SNG 17 jun. 1938.

A partir de la presunción de culpabilidad que rige en las acciones de responsabilidad extracontractual por daños ocasionados en el ejercicio de actividades peligrosas, se itera, la víctima sólo está obligada a probar el daño y la relación de causalidad, mientras que al autor para exonerarse está obligado a acreditar la presencia de un elemento extraño como causa exclusiva del daño, esto es, fuerza mayor o caso fortuito, culpa de la víctima o intervención de un tercero.

En ese sentido, en SC 26 ago. 2010, rad. 2005-00611-01, la Corte de manera enfática expuso,

La Corporación de modo reiterado tiene adoptado como criterio hermenéutico el de encuadrar el ejercicio de las actividades peligrosas bajo el alero de la llamada presunción de culpabilidad en cabeza de su ejecutor o del que legalmente es su titular, en condición de guardián jurídico de la cosa, escenario en el que se protege a la víctima relevándola de demostrar quién tuvo la responsabilidad en el hecho causante del daño padecido cuyo resarcimiento reclama por la vía judicial, circunstancia que se explica de la situación que se desprende de la carga que la sociedad le impone a la persona que se beneficia o se lucra de ella y no por el riesgo que se crea con su empleo. El ofendido únicamente tiene el deber de acreditar la configuración o existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y la conducta del autor, pudiéndose exonerar solamente con la demostración de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un tercero¹. (Subraya intencional)...»

Es de tener en cuenta, que fue la conducta adoptada por el SEÑOR CARLOS GERARDO ORDOÑEZ, la que hizo que el banco BBVA no generara más perjuicios de los ya causados, pues el banco aún en conocimiento de tener dineros de manera arbitraria, pues NO los devolvió en los 3 meses siguientes a su consignación, al no haber sido reclamados, y que para el 2013, habían transcurrido más de 6 años, estos dineros retenidos, sin que fueran canalizados a su destino (Granbanco - Davivienda), no realizó ningún tipo de actuación, por cumplir con lo establecido en los convenios con la FIDURPEVISORA, ni con lo ordenado en la transferencia inicial de los mismos.

Los convenios existentes entre el BBVA y la FIDUPREVISORA, evidentemente NUNCA fueron cumplidos por el banco BBVA, pues conociendo desde 2007 el destinatario del dinero (GRANBANCO), nunca hizo la transferencia que le correspondía, ni devolvió los dineros en el término de tres meses, retuvo el dinero de manera negligente, después en el 2013 genero el cheque N° 0023574 y no entrego los dineros ni a Davivienda, ni a la Fiduprevisora, ni al Señor Ordoñez, en cambio los mantuvo en sus arcas por 3 años más y es solo hasta que el señor Ordoñez, recibe el cheque al ver que el BBVA no hacía nada para entregarlo a DAVIVIENDA, que los perjuicios ocasionados por el BBVA, a él y su familia, cesan.

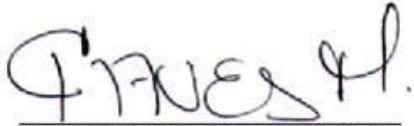
Es la actuación diligente y desplegada por mi poderdante, la que cesa el daño causado por el BBVA, pues sin el actuar diligente de mi representado, este podría ser el momento que el BBVA

Continuara con el dinero en sus arcas, sin realizar trámite alguno conociendo el destinatario y con la obligación contractual de hacerlo.

Es de tener en cuenta, que se encuentra pendiente de resolver, el recurso parcial de apelación, interpuesto contra el auto proferido dentro de la audiencia inicial, realizada el 30 de julio de 2020, dentro del proceso de la referencia, en el cual se NEGÓ la práctica de los testimonios de los Señores JAIME MANUEL BURBANO BURBANO, EDUARDO CAICEDO VELASQUEZ, ORLANDO GUERRERO GAYARDO, IRNE NORVEY RODRIGUEZ URBANO, CARLOS FREDY INFANTES y NURY JAZMIN MORIONEZ ZAMBRANO

Por lo anterior, solicito al Honorable Magistrado Ponente, se revoque la sentencia objeto de recurso y en su lugar se acceda a la totalidad de las pretensiones solicitadas en la demanda, al existir las pruebas que dan fe de la veracidad de los argumentos expuestos.

Atentamente,



CLAUDIA PATRICIA CHAVES MARTINEZ
C.C. No. 34.539.701 de Popayán
T.P. No. 72633 del C.S.J.