



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ
Magistrado Ponente

AC4623-2015

Radicación n° 08001-31-03-008-2009-00485-01

(Aprobado en sesión de ocho de julio de dos mil quince)

Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil quince
(2015).

Se decide a continuación sobre la admisibilidad de la demanda presentada por los accionantes, para sustentar el recurso extraordinario de casación interpuesto frente a la sentencia de 12 de diciembre de 2013, proferida por la Sala Primera de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario de Sandra Morán de Dau, Sheyla, William y Alexander Dau Morales, en calidad de cónyuge e hijos de Fuad Dau Miguel, contra el Banco BBVA Colombia.

ANTECEDENTES

1.- La esposa supérstite y los herederos de Fuad Dau Moran pidieron declarar la responsabilidad civil contractual de la entidad financiera por los débitos no autorizados en la «*cuenta corriente y ahorro N° 001300911101200000109*», de que era titular el causante, los cuales ascendieron a ciento setenta y siete millones doscientos veintinueve mil trescientos setenta y cuatro pesos (\$177'229.374), que deben ingresar a la masa hereditaria con «*intereses, corrientes y moratorios y el reajuste monetario*», del 14 de enero de 2009 a la «*fecha en que se haga la restitución debida*», así como los perjuicios «*materiales e inmateriales*» tasados por peritos. En subsidio piden igual resarcimiento, pero a título extracontractual (folios 67 a 70).

2.- Fundamentaron sus aspiraciones como a continuación se resume (folios 1 al 11, cuaderno 1):

a.-) El cuentahabiente era cliente del Banco desde junio de 1984 y tenía autorizada a Sandra Moran de Dau para realizar transacciones relacionadas con los productos contratados.

b.-) Del 14 de enero al 6 de febrero de 2009, se registraron «*movimientos fraudulentos*», mediante el traslado de dineros a cuentas de otros titulares y el pago de servicios públicos, que sumaron ciento setenta y siete millones doscientos veintinueve mil trescientos setenta y cuatro pesos (\$177'229.374), siendo que no se utilizaban «*tarjetas*

débitos, y el manejo de la cuenta para retiros era realizado solo con chequera y por medio de la sucursal virtual» o directamente en las oficinas del «BBVA Colombia S.A. sucursal 84».

c.-) Las operaciones irregulares se hicieron «*desde la ciudad de Bogotá*», excediendo en ciertas fechas los topes diarios por cinco millones de pesos (\$5'000.000) para «*transferencias y pagos*», sin verificar que provinieran de «*mis representados*», a pesar de que «*las cuentas a las cuales fueron transferidas algunas cantidades de dinero no están enlazadas*» a las de ellos.

d.-) No les llegó aviso al correo ni recibieron los extractos «*por lo cual fue imposible que notaran el fraude*».

e.-) El Banco les respondió Enviaron el derecho de petición formulado, negando cualquier responsabilidad en los retiros.

f.-) A Fuad Dau Miguel le realizaron una intervención quirúrgica (15 ene. 2009) que presentó muchas complicaciones y permaneció recluido por tres (3) meses, lapso durante el cual se enteró de la pérdida del dinero, lo que «*contribuyó a que su estado de salud desmejorara y ocasionó que (...) presentara un cuadro depresivo de angustia, poca tolerancia e irritabilidad, inquietud e insomnio, que al final le condujeron a la muerte*», acaecida el 3 de julio.

3.- Notificado el contradictor, se opuso y excepcionó

«el BBVA Colombia ha cumplido el contrato de cuenta de ahorro y corriente y los reglamentos de los servicios electrónicos», «el señor Miguel Fuad Dau incumplió el contrato de cuenta corriente y los reglamentos de los servicios electrónicos que utilizó», «ausencia de los requisitos o presupuestos valorativos de la responsabilidad civil contractual demandada», «culpa contractual del titular de la cuenta», «culpa de terceros ajenos al Banco», «operatividad y seguridad de los servicios de banca electrónica (BBVA.net y Call Center o Línea BBVA)», «validez de las operaciones realizadas mediante la página web en internet y la línea telefónica BBVA – y su prueba», «cobro de lo no debido» y «buena fe del Banco BBVA Colombia y de sus funcionarios» (folios 90 al 106, cuaderno 1).

4.- La sentencia del Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla negó las pretensiones (folios 418 al 430, cuaderno 2).

5.- El superior la confirmó, al desatar la alzada de los promotores.

Las razones de esa determinación se comprendían así (folios 34 al 45, cuaderno 4):

a.-) En los casos de responsabilidad contractual, la demostración del daño recae en el reclamante, quien está en la obligación de acreditarlo, como lo establecen los artículos 171 y 177 del Código de Procedimiento Civil, según «los principios generales reguladores de la carga de la

prueba».

b.-) Al examinar el dictamen pericial se concluye la falta de certeza de que «*las transferencias realizadas puedan endilgarse al Banco BBVA, como tampoco que hubo violación a los términos del contrato suscrito entre el finado y el Banco, no existiendo entonces dentro del plenario conductas que se dirijan a afirmar que [el] daño producido puede ser imputado al demando BBVA».*

c.-) Como para realizar las transacciones eran necesarias las claves de ingreso, que son personales y de uso exclusivo, el usuario incurrió en culpa al suministrárselas a su cónyuge «*porque no puede explicarse de que otra manera se hubiesen efectuado de forma exitosas las transacciones en BBVA.net».*

Y a pesar de que se aduce que Sandra Morán «*tenía poder especial para conocer la mencionada clave y realizar transacciones*» a sabiendas de la entidad, no existen pruebas de esa afirmación.

d.-) En la experticia también consta que «*el Banco utilizo las mejores prácticas de manejo de información garantizando así la seguridad del dinero*» y «*ni el correo electrónico o teléfono se encontraban enlazados o registrados para*» recibir notificación instantánea de los movimientos en las cuentas, además de que el límite diario era hasta por diez millones de pesos (\$10'000.000), por lo que no era «*necesario que el Banco emitiera alertas o bloqueos si las transacciones no superaron el máximo requerido*».

e.-) En cuanto a las restricciones y controles que se debían implementar por el Banco, según se desprende del interrogatorio absuelto por el represente legal, no eran posibles ya que «*una de las características básicas de ese servicio, era que el titular de la cuenta podría ingresar al mismo desde cualquier lugar o por distintos aparatos electrónicos*».

f.-) Las «*recomendaciones finales de la auxiliar en el sentido de que el Banco debería aplicar una nueva política para las transacciones en internet y a su vez afirmo que el banco tuvo una falencia procedural en cuanto a los pagos de servicios que se hiciese en otra ciudad*», no permiten concluir una responsabilidad directa del BBVA en las transacciones fraudulentas «*ya que a lo largo del informe la perito no llegó a la conclusión que ello sí fue por falta de cuidado en los protocolos de seguridad*».

g.-) Las declaraciones y condenas subsidiarias tampoco proceden porque para acceder a «*una responsabilidad civil extracontractual derivada de la ejecución defectuosa o incumplimiento contractual se requiere que unas personas ajenas al contrato hubieran recibido perjuicios propios derivados de tal contrato y por consiguiente pidan la indemnización*» por los perjuicios propios, mientras que los gestores «*no pretendieron nada para sí mismos, sino para "...la sucesión del causante, Fuad Dau Miguel (Q.E.P.D.)"*».

6.- Los apelantes interpusieron recurso de casación

que concedió el *ad quem* (folios 55 y 56, cuaderno 4) y admitió la Corte (folio 55).

7.- En tiempo hábil sustentaron la impugnación (folios 62 al 75).

CONSIDERACIONES

1.- El numeral 3º del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil consagra que el escrito por medio del cual se provoca esta vía extraordinaria debe contener "*l/la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación en forma clara y precisa*", derivándose para el disconforme la obligación de respetar las reglas de técnica que faciliten la comprensión de los puntos con que pretende rebatir los pilares del proveído atacado. Precisamente esa característica dispositiva impide que las deficiencias observadas sean subsanadas directamente y a iniciativa propia por la Corporación.

Así lo precisó la Sala en AC 16 ago. 2012, rad. 2009-00466-01, reiterado en AC2887-2015, al exigir que

(...) sin distinción de la razón invocada, deben proponerse las censuras mediante un relato hilvanado y claro, de tal manera que de su lectura emane el sentido de la inconformidad, sin que exista cabida para especulaciones o deficiencias que lo hagan incomprensible y deriven en deserción, máxime cuando no es labor de la Corte suplir las falencias en que incurran los litigantes al plantearlos.

2.- Se formulan contra la sentencia dos ataques, los que se desarrollan así:

a.-) En el primero atribuyen al fallo la infracción de «*la ley sustancial por violación indirecta material, la transgresión mediata de la normatividad a causa de yerros manifiestos, como secuela de defectos de valoración probatoria de los hechos de la demanda, generándose la causal por error facti in iudicando*

Radica la inconformidad en que al adjudicarles «*la carga de la prueba*», con base en los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, se desconoce lo que contempla «*para estos asuntos en particular (...) en lo atinente a la carga de la prueba en materia financiera, el artículo 12 literal c, de Ley 1328 de 2009*», relacionado con las prácticas abusivas que «*limitan o restringen la posibilidad de que el usuario financiero pueda demostrar el daño recibido por la entidad financiera generándose un desequilibrio contractual y haciendo más gravosa la carga probatoria para la parte más débil de la relación*».

Para el caso se estableció el vínculo entre las partes y la realización de las transacciones por ciento setenta y siete millones doscientos veintinueve mil trescientos setenta y cuatro pesos (\$177.229.374), «*sustraídos ilegalmente de las cuentas corrientes y de ahorro de Fuad Dau Miguel (Q.E.P.D.) sin que mediara su autorización expresa*», siendo deber del Banco «*demostrar ausencia de culpa, lo que no se ha*

probado», ya que no fue «prudente y diligente en el manejo de los dineros que le fueron confiados», tal como consta en el informe pericial que se descontextualizó.

b.-) La segunda censura consiste en que «*la sentencia acusada es violatoria de la ley sustancial por vía directa*», esto es, los artículos 3º, literales a y c, y 12, literal c, de la Ley 1328 de julio 15 de 2009.

Desarrollan el cuestionamiento en que con el fallo se desconocen los principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, ya que el BBVA no tuvo «*la debida diligencia en las prestación de sus servicios al señor Fuad Dau Miguel (...), cuando realizaron transacciones que no fueron autorizadas por éste*» y tampoco cumplió con la «*transparencia e información cierta, suficiente y oportuna puesto que realizaron las transacciones sin informar en forma oportuna al cuentahabiente o a la persona autorizada*».

En cuanto a la prohibición de invertir «*la carga de la prueba en caso de fraudes en contra del consumidor financiero*», fue desatendida por el Tribunal al preferir los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, «*normas que se encontraban derogadas tácitamente para ser aplicadas al caso de marras por tener una norma especial que la regula en el sector financiero y por su inaplicación se cerceno el derecho de mis representados*».

3.- Ya sea que en esta impugnación extraordinaria se

acuda a la vía directa o la indirecta, en cualquiera de sus dos manifestaciones, por incursión en *yerros de facto* o de *iure*, es imprescindible señalar «*las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas*», pues, a partir de allí se estructura la incursión de la equivocación planteada por vicios *in iudicando*.

No se trata, por ende, de enumerar aleatoriamente preceptos incluidos en codificaciones o leyes, sino que, fuera de contener «*una prescripción enderezada a declarar, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas*» (G.J. CLI, pág. 254), al menos uno de ellos debe estar íntimamente relacionado con el fondo del asunto o debió serlo, de conformidad con el numeral 1 del artículo 51 del decreto 2651 de 1992.

Ningún efecto tiene, en consecuencia, que los artículos mencionados cuenten con la calidad requerida, si no sirvieron de sustento al sentenciador y son ajenos completamente al debate, puesto que la relevancia de la exigencia trasciende de ser un mero formalismo, a focalizarse en la esencia del derecho en disputa y el desvío jurídico del fallo.

La Sala en AC 13 dic. 2011, rad. 2008-00146, reiterado en AC 18 dic. 2013, rad. 2005-00055-01, recordó sobre el particular que

(...) según las voces del numeral 3º del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, figura entre los requisitos para la admisión

de la demanda de casación, la indicación de las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas, cuando la vía escogida para el ataque es la causal primera, pues como otrora señaló esta Corporación, si dicha causal “(...) tiene como premisa la violación de una norma sustancial, es apenas lógico que el impugnador indique cuál o cuáles disposiciones de esa estirpe entiende vulneradas por la sentencia que combate (auto de 21 de junio de 2002, Exp. No. 1965-01, reiterado en auto de 1 de diciembre de 2005, Exp. No. 00478 01), porque sólo de esa manera pueden cumplirse los fines de la casación en cuanto concierne a la nomofilaquia y a la unificación de la jurisprudencia; en últimas, si el recurrente no señala el precepto sustancial que considera vulnerado, ¿cómo la Corte podría propender por una defensa concreta y específica del derecho objetivo, sentando criterios de autoridad en relación con la hermenéutica de las normas en un tiempo y en un contexto determinado?” (auto de 4 de junio de 2009. Exp. No. 08001-31-03-008-2001-00065-01).

4.- Ninguno de los reparos propuestos, que se relacionan con la causal primera de casación, cumple con los parámetros de técnica que exige este medio extraordinario de contradicción, ya que los preceptos citados no tienen la connotación sustancial predicada y, algunos de ellos, son ajenos a los eventos narrados, como pasa a verse:

a.-) Los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil son de estirpe demostrativa ya que se refieren, en su orden, a la necesidad y la carga de la prueba.

Al respecto la Corte con anterioridad se pronunció en el sentido de que «*los artículos 174, 175, 177, 179, 180, 183, 187, 236, 238, 243 [y] 267 del Código de Procedimiento Civil, no son sustanciales, toda vez que, como se desprende de su simple lectura, corresponden a normas de disciplina probatoria*» - resaltado adrede- (CSJ AC 17 sep. 2013, rad. 2007-00378-01).

b.-) En cuanto a los artículos 3° y 12 de la Ley 1328 de julio 15 de 2009, no serían aplicables al caso puesto que el relato factual del libelo se circumscribe a «*movimientos fraudulentos*» ocurridos entre el 14 de enero y el 6 de febrero de 2009, esto es, con anterioridad a la expedición del «*Régimen de Protección del Consumidor Financiero*».

Incluso, de conformidad con el artículo 101 de la citada ley, los «*artículos 1° a 22*» empezaron a regir «*a partir del 1° de julio de 2010*», cuando ya se había admitido el trámite (2 dic. 1999) y trabado la litis con la notificación de dicho proveído a la contraparte (20 ene. 2010).

Además, tanto el artículo 3°, como el 12, son normas enunciativas y descriptivas de carácter general, que no se refieren a la declaración o constitución de derechos en particular que les de alcance material.

Es así como el inicial corresponde a los «*principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas*», entre ellos la «*debida diligencia*» del literal a), y la «*transparencia e información*

cierta, suficiente y oportuna» del c), sin que se asocie al postulado algún precepto que determine las consecuencias de la desatención o que den paso a los reclamos de los demandantes.

El último, a su vez, trata sobre las que se consideran «prácticas abusivas por parte de las entidades vigiladas», como lo es «la inversión de la carga de la prueba en caso de fraudes en contra de consumidor financiero» del literal c), sin que siquiera se cite alguna regulación sobre la obligación de reparar por abuso de la posición dominante a que alude. Es más, la referencia a éste es descontextualizada porque al plantear ambos ataques se duele es de la ocurrencia de la conducta indebida no en relación con el opositor sino respecto del juzgador.

La Corte, en AC 5 ago. 2009, rad. 1999-00453-01, citado en AC1933-2015, indicó como

(...) aceptado el que la naturaleza de la codificación no establece la categoría de la estipulación, ello no implica que todas las imperativas legales tengan el carácter sustancial requerido, ya que como bien lo ha referido la Corte carecen de tal connotación los preceptos materiales que se limitan a definir fenómenos jurídicos, o a precisar los elementos estructurales de los mismos, o los puramente enunciativos o enumerativos, o los procesales, entre ellos, los de disciplina probatoria (resalta la Sala).

5.- Al no ceñirse las acusaciones a las formalidades que deben cumplir, no es viable su aceptación.

DECISIÓN

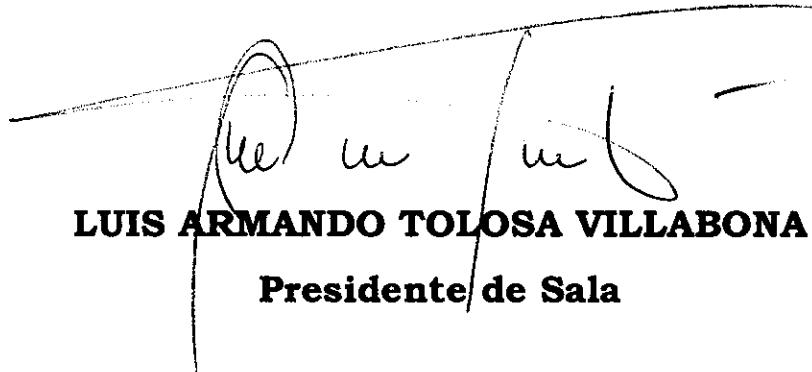
En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil,

RESUELVE

Primero: Declarar inadmisible la demanda y, en consecuencia, desierto el recurso de casación interpuesto en el proceso de la referencia por los accionantes.

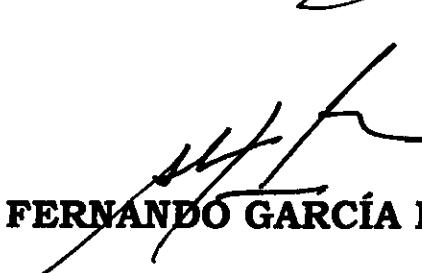
Segundo: Devolver por la Secretaría el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese


LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Presidente de Sala


MARGARITA CABELLO BLANCO


ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Fernando Giraldo Gutiérrez
FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

~~ARIEL SALAZAR RAMÍREZ~~