

**VERBAL CONJUNTO RESIDENCIAL BUGAN-VILIA P.H. vs. BANCO AV. VILLAS. RADICADO 11001400300820190094501. Sustento apelación**

MANUEL Gamboa <gamboamanuel2016@gmail.com>

Jue 14/01/2021 3:07 PM

**Para:** Juzgado 50 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C. <j50cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**CC:** tovarm@bancoavillas.com.co <tovarm@bancoavillas.com.co>

 1 archivos adjuntos (200 KB)

Sustento apelación circuito.pdf;

Buenas tardes.

Adjunto remito escrito sustentando el recurso de apelación.

Muchas gracias

MANUEL J. GAMBOA SERRANO

C.C. 19 '091.080 de Bogotá

T.P. 14.691



Libre de virus. [www.avast.com](http://www.avast.com)

Señor  
JUEZ 50 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
j50cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co  
E. S. D.

REF: VERBAL CONJUNTO RESIDENCIAL  
BUGANVILIA P.H. vs. BANCO AV. VILLAS.  
RADICADO 11001400300820190094501

MANUEL J. GAMBOA SERRANO, apoderado de la demandante dentro del proceso citado en la referencia a Ud. Respetuosamente

### MANIFIESTO

Que me permito sustentar el recurso de apelación que formulé en contra de la sentencia proferida por su Despacho el día 1 de octubre de 2020, lo cual realizo en la siguiente forma:

El fallo proferido llegó a la conclusión que el Banco AV Villas probó las excepciones que planteó al contestar la demanda indicando que el Banco no tenía responsabilidad por las transferencias realizadas por la exadministradora Lucy Camargo a lo cual me opuse en su momento y así lo planteé en forma sucinta al formular los reparos a la providencia que estoy apelando, los cuales mantengo y amplío a continuación.

En el servicio de internet empresas que aparece en este proceso dentro del registro de cuentas habilitadas para BBS se expresó que la cuenta número 40064362 **SI** es de recaudo y que **NO** permite las transferencias ACH.

El Reglamento de Convenios para prestación de Servicios Bancarios que se encuentra adosado a este expediente, estipula:

*“(…) TITULO III PARTE ESPECÍFICA. Capítulo 1. Nómina. Servicio por medio del cual efectúa pagos de su nómina a través de transferencias periódicas de fondos realizados desde su cuenta operativa a las cuentas individuales que para el efecto abra cada uno de los empleados en AV Villas (…) Capítulo 2 Pago de proveedores o servicio de pago: Es el servicio a través del cual el cliente efectúa pagos periódicos de las obligaciones que haya contraído con terceros y/o proveedores realizando transferencias de fondos de su cuenta operativa a las cuentas individuales de los proveedores y/o terceros. (…) Capítulo 3. Transferencias interbancarias (ACH) Artículo 2: Se entiende por transferencia interbancaria (ACH) el servicio que permite al cliente impartir órdenes a AV Villas para que ésta realice a través de CENIT U OTRA, transacciones crédito por virtud de las cuales se va a debitar su cuenta operativa y acreditar una cuenta receptora destinataria de la recepción. (…) Capítulo 3: El cliente autoriza a AV Villas para que realice a través de CENIT U OTRA las transacciones crédito por él ordenadas en los términos establecidos los*

*cuales afectarán sus cuentas operativas. Únicamente serán ejecutadas por AV Villas las transacciones crédito que el cliente ordene. (...)*” (Lo subrayado y negrilla no es del texto original).

Ahora bien, la Real Academia de la Lengua Española define la palabra transferir en la siguiente forma:

- “trasferir. Del lat. transferre.  
1. tr. Pasar o llevar algo desde un lugar a otro.  
2, 3 (...)  
4. tr. Remitir fondos bancarios de una cuenta a otra.”

Y para transferencia indica:

*“Tb. transferencia.*

*De transferente y -ncia.*

*1. f. Acción y efecto de transferir.*

*2. f. Operación por la que se transfiere una cantidad de dinero de una cuenta bancaria a otra. (...)*”

De acuerdo a lo anterior tenemos que, conforme a la Academia, en la segunda de las acepciones, transferir es la operación por la que se remite una cantidad de dinero de una cuenta bancaria a otra; pasar o llevar algo de un lugar a otro.

Según el servicio de internet empresas convenido entre las partes consta el registro de cuentas habilitadas para BBS donde se expresó que la cuenta número 40064362 **SI** es de recaudo y que **NO** permite las transferencias ACH.

La anterior prohibición es clara y tajante: de esta cuenta no se permiten transferencias. De dicha cuenta fue de donde se trasladaron, pasaron o llevaron unos dineros de la cuenta de la demandante a la cuenta personal de quien fungía como administradora. Esto es una transferencia.

Expresa el Convenio atrás citado que Nómina es el servicio por medio del cual se efectúan pagos de su nómina a través de **transferencias periódicas de fondos realizados desde su cuenta operativa a las cuentas individuales que para el efecto abra cada uno de los empleados en AV Villas**. Es claro también que estos pagos de nómina son para pago de empleados en cuentas de AV Villas. Las transferencias que son materia de este proceso fueron para una cuenta en Bancolombia y no para cuentas de AV Villas.

El suscrito apoderado al contestar las excepciones formuladas por la parte demandada aportó como prueba dos comunicaciones de fecha 24 de octubre de 2017 en donde el Banco AV Villas, a través de la Jefatura de Soporte Postventa PQRS señala expresamente “(...) Se valida el movimiento de las cuentas y no se evidencian pagos de nómina (...)” y adjuntan los documentos soporte de la operación y en parte alguna aparece “pago de nómina”. Se probó que el mismo día 11 de octubre de 2017 existió una transferencia de 8 millones de la cuenta de Buganvilía a otra cuenta de esta misma, cumpliendo lo señalado en el Convenio. Esta figura la llama el Banco “transferencia uno a uno” lo cual en nada difiere de transferencia a otra cuenta ajena. Estos documentos tienen su soporte. Otra cosa es que meses más tarde el Banco haya aclarado la situación. Claro no le convenía tener esos soportes pues su teoría se venía abajo. Pero lo cierto es que siempre serán transferencias. Es una prueba creada por él mismo que se contradice con la que no le conviene.

Todo usuario de las entidades financieras entiende transferencia tal y como lo define la Academia de la Lengua. Nunca un usuario corriente como es Buganvilia tendrá el concepto que expresa el Banco respecto de transferencia.

En parte alguna del proceso se llegó a probar que AV Villas dio instrucciones precisas al Conjunto para el manejo estricto de sus cuentas, tanto corriente, como de ahorros.

Se expuso dentro todo el proceso y en particular en las intervenciones de la representante legal, como del funcionario de riesgo del Banco, que lo que sucedió fue un “fraude interno”, conociendo perfectamente en qué consiste esta figura, sus riesgos y consecuencias. Esto, puesto que el Banco ejerce una actividad de servicio público, de altísimo riesgo. Conociendo el Banco estas actividades delincuenciales NUNCA instruyó a Buganvilia para evitarlos, teniendo la obligación de hacerlo. El Banco es un profesional de las finanzas y por ende debe tener todos los cuidados para proteger los dineros que se le han encomendado. Si conoce de fraudes, como el que nos ocupa, debió advertirlo a la demandante. Allí incurrió en culpa y debe responder por su omisión. Era su deber precaverlo. El Banco tiene ese deber puesto que su responsabilidad va hasta la culpa leve.

Si el Banco conocía de los fraudes internos era su responsabilidad instruir al Conjunto para evitarlos y no proceder en la forma en que lo hizo entregando todas las instrucciones, soportes, token, claves, etc. a una sola persona. El Conjunto determinó que para el pago de cheques eran necesarias 2 firmas; ello indica un nivel de precaución que el Banco no tuvo al entregar, ingenuamente, todas las seguridades a una sola persona. Si el Banco era tan cuidadoso y estricto ha debido tener comunicación con los superiores de la administradora, el Consejo de Administración, para advertir un posible riesgo y no dejar en manos de una sola persona todos los implementos de seguridad.

No se ha demostrado conducta imprudente de Buganvilia, lo cual era la obligación de AV Villas. La carga de la prueba corresponde al Banco que es la parte fuerte, la parte dominante en el negocio financiero. El cliente es la parte débil. Las entidades financieras están obligadas a atender las cuentas de sus clientes en «operaciones de retiro y canjes requeridas (...) sea usando los medios electrónicos o similares disponibles y ofrecidos por la entidad, siempre, sin descuidar su diligencia y cuidado profesional», lo que se acompasa con el deber de «actuar con grado especial de diligencia en el desarrollo de las operaciones comerciales que constituyen su objeto social», pues se le exige la diligencia y cuidado de «un profesional que deriva provecho económico de un servicio en el que existe un interés público», como señalan los artículos 72 y 98 numeral 4° del Decreto 663 de 1993. El Banco no tuvo esta diligencia.

Aquí se aplica la teoría, hoy vigente, del *riesgo profesional* que consiste en una modalidad del riesgo en la que no solo se exige la obtención de un beneficio económico, sino además la existencia de una actividad calificada como especializada o técnica, es decir, se tiene en cuenta el concepto de profesionalismo. En este contexto, el riesgo profesional tiene su fundamento en las conductas realizadas de manera profesional que implican riesgos para terceros.

Las explicaciones rendidas por los funcionarios del Banco más parecen descargos internos de empleados a sus superiores. Manejan unos temas supremamente complicados que sólo ellos entienden y soportan actividades de control posterior. Nunca probaron que Buganvilia conociera

esos temas. No existe prueba alguna de advertencias del riesgo. Como se dijo arriba, si el Conjunto tuvo la precaución de exigir 2 firmas para el giro de cheques, el Banco ha debido exigir que el Conjunto tuviera, por lo menos, otro control para la transferencia de dineros. El Conjunto creyó que la prohibición establecida en el convenio era suficiente y a él se atuvo.

En el proceso que nos ocupa no lograron distinguir entre las palabras “pago” y “transferencia” y para tal efecto acudieron, por parte del Banco, a dar explicaciones indicando que una transferencia debía tener “n” condiciones mientras que pago era simplemente el traslado de dinero, lo cual, en el fondo y en la práctica, es lo mismo.

Dispone el artículo 1603 del Código Civil: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley pertenecen a ella".

El artículo 1560 del Código Civil dispone que, “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. La intención tanto del Banco, como de Bugarvilia, era prohibir las transferencias.

El artículo 2 de la ley 153 de 1887 dispone “La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.”

Conforme al artículo 2 de la ley 153 de 1887 podemos analizar el Servicio de Internet Empresas – BBS que obra en la foliatura. Tenemos que, en orden estricto, primero aparecen los “MÓDULOS A HABILITAR” en donde se seleccionan unos módulos y unas condiciones para su utilización y posteriormente aparece el REGISTRO DE CUENTAS HABILITADAS BBS en donde aparecen unos números de cuentas, en particular la 40064362 en donde, en la segunda columna en su título dice “Permite Transf. ACH (\*); aparece muy claro un NO. Entonces si en esta columna aparece la prohibición, es contraria a la primera en donde se permite hasta un tope. Luego aplicando la ley 153 de 1887 la norma posterior prima sobre la anterior, por cuanto la disposición de la ley 153 se aplica para todo tipo de contrato puesto que el artículo 1602 del Código Civil dispone: “Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

“(…) La banca en sus diferentes manifestaciones es una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican disponen de un enorme poderío económico que ‘barrenando los principios liberales de la contratación’ como lo dijera un renombrado tratadista (...), les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponer a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar...” (CSJ SC, 30 Jun. 2001, Rad. 1999-00019-01).

“(…) Siendo la bancaria y la de intermediación financiera, actividades en las que -como atrás se dijo- existe un interés público y son realizadas por expertos que asumen un deber de custodia de dineros ajenos, siéndole exigibles, según lo previsto por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) y las Circulares Básica Contable y Financiera (100 de 1995) y Básica Jurídica (007 de 1996) unos altos y especiales cargos o cumplimiento de estándares de seguridad, diligencia, implementación de mecanismos de control y verificación de las transacciones

e incluso de seguridad de la confiabilidad de la información y preservación de la confiabilidad, es natural que la asunción de tales riesgos no les corresponda a los clientes que han encomendado el cuidado de parte de su patrimonio a tales profesionales, de ahí que sea ellos quienes deban asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos.

En ese orden de ideas, «a la hora de apreciar la conducta de uno de tales establecimientos - ha dicho la Corte- 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» (CSJ SC-076, 3 Ago. 2004, Rad. 7447) y por tales razones se le exige «obrar de manera cuidadosa, diligente y oportuna en ejercicio de sus conocimientos profesionales y especializados en materia bancaria» para impedir que sean quebrantados los derechos patrimoniales de titulares de las cuentas de ahorro y corrientes de cuya apertura y manejo se encarga (CSJ SC, 3 Feb. 2009, Rad. 2003-00282-01).

“(…) de modo que ‘si llega a producirse una operación de transferencia de fondos que incida en el saldo, cualquier reclamo o inconformidad que muestre el cuentacorrentista puede comprometer la responsabilidad de la entidad bancaria que para exonerarse debe acreditar, por cualquier medio idóneo, que contó con la autorización de aquel” (sent. del 23 de agosto de 1988, resaltado fuera del texto)» (ibídem)» (ibídem)”

La norma técnica de Icontec NTC NTC-ISO/IEC 27001 sobre «Tecnología de la información. Técnicas de seguridad. Sistemas de gestión de la seguridad de la información (SGSI)» y los requisitos de éstos, la cual corresponde a una adopción idéntica por traducción de su documento de referencia que es la norma ISO/IEC 27001, que es un estándar internacional para la «seguridad de la información» aprobado y publicado en octubre de 2005, reconocida como la principal pauta técnica a nivel mundial en esa materia, de ahí que muchas entidades públicas y privadas busquen certificarse en ella, es decir, que una entidad de certificación externa, independiente y acreditada audite su sistema y determine si se encuentra conforme a dicho estándar.

La Norma Técnica Colombiana es aplicable a todo tipo de organizaciones públicas y privadas, como, por ejemplo, empresas comerciales, agencias gubernamentales y entidades sin ánimo de lucro. Desde luego, entre ellas se encuentran las instituciones financieras y aunque no es obligatoria ni constituye medio de prueba, 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.

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 actual-

mente. 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.».

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.

En suma, los Bancos al ofrecer a sus clientes la prestación de servicios bancarios a través de un portal de internet, las medidas de precaución y diligencia que le son exigibles no corresponden a las mínimas requeridas en cualquier actividad comercial, sino a aquellas de alto nivel que puedan garantizar la realización de las transacciones electrónicas de forma segura, siendo requerida la implementación de herramientas, instrumentos o mecanismos tecnológicos adecuados, idóneos y suficientes para evitar la contingencia de la defraudación por medios virtuales o minimizar al máximo su ocurrencia, rodeando de la debida seguridad el entorno web en que se desarrolla, los elementos empleados, las contraseñas y claves, el acceso al sistema, la autenticación de los usuarios, la trazabilidad de las transacciones, el sistema de alertas por movimientos sospechosos o ajenos al perfil transaccional del cliente y el bloqueo de cuentas destinatarias en transferencias irregulares, de ser el caso. (CSJ SC 18614-2016 diciembre de 2016 Rad 2008-00312-01).

Sea lo anterior más que suficiente para solicitar la revocatoria de la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar aceptar las pretensiones de la demanda por cuanto hay dos hechos que se deben tener en cuenta: 1) si se acepta que lo sucedido fue una transferencia, como se anotó al inicio, el Banco es responsable y 2) si fue un pago, ese pago debía ser a una cuenta de AV Villas; además, el Banco es responsable por no evitarlo dando mayores seguridades a las transacciones que sucederían con los dineros de Buganvilia.

Señor Juez,

**MANUEL J. GAMBOA SERRANO**  
**C.C. 19'091.080 de Bogotá**  
**T.P. 14.691**

c.c. tovarm@bancoavvillas.com.co