

*Sentencia TSDJ
Contrato de cuenta
corriente y responsabilidad
de la entidad financiera*

Diciembre 18 de 2009

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ, D. C.
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., dieciocho(18) de diciembre de dos mil nueve (2009)

**REF. Ordinario. TERESA DE JESUS RODRIGUEZ DE
GORDILLO contra BANCO DE BOGOTÁ.**

**Magistrada Ponente
LUZ MAGDALENA MOJICA RODRÍGUEZ.**

Discutido y aprobado en Sala de 19 de agosto de 2009.

Se decide el recurso de apelación concedido contra la sentencia calendada treinta y uno (31) de marzo de dos mil ocho (2008), pronunciada en el proceso de la referencia por el Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. Teresa de Jesús Rodríguez de Gordillo y Luis Felipe Celio Gordillo Gordillo, por medio de apoderado judicial, demandaron al Banco de Bogotá, para que previo el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes o similares declaraciones:

“PRIMERA. Que es civilmente responsable el BANCO DE BOGOTÁ, como consecuencia de la relación contractual existente entre el demandante y mis poderdantes, por el incumplimiento en las obligaciones que emanan del contrato estándar de cuenta corriente No. 024012395, celebrado y aquí verificado el día 3 de ABRIL DE 1991, en la sucursal Álamos de esta entidad bancaria; conforme transgredió el principio superior establecido en el artículo 1382 del Código de Comercio y subsiguientes en cuanto que el BANCO se obliga para con el titular a la **CUSTODIA** de dineros depositados y a reintegrárselos en el momento en que lo solicite, y habida cuenta del régimen especial de responsabilidad frente al cliente

que tiene el banco por el manejo de dineros captados del público; esto es, que tiene una “responsabilidad objetiva” por el hecho de verificarse la entrega de los depósitos a persona distinta del titular.

“**SEGUNDA.** Que en consecuencia el BANCO DE BOGOTA debe pagar a los señores TERESA DE JESUS RODRÍGUEZ DE GORDILLO Y LUIS FELIPE CELIO ORDILLO GORDILLO, la suma de Seis Millones de Pesos (\$6'000.-000.00) M/Cte., monto de los extraviado de la cuenta corriente mencionada.

2. Pretensiones que se fundaron en el siguiente compendiado supuesto fáctico:

2.1. Los demandantes suscribieron con el banco demandado contrato de cuenta corriente, asignándoselesla No. 024-01239-5, y consecuentemente les entregaron chequera y tarjeta débito, con su respectiva clave, para poder realizar retiros, pagos, consultas de saldo, etc.

2.2. En la mencionada cuenta depositaban el salario que los cuentacorrentistas devengaban como docentes del sector oficial, consignando en la última quincena del mes de octubre de 2004 la cantidad de \$9'110.000.00, suma que luego de algunos retiros quedó aproximadamente en \$6'500.000.00, la que inexplicablemente se redujo a \$19.000.00.

2.3. Ante tal situación los actores procedieron a reclamar ante el Banco demandado por la sustracción de sus fondos en la primera semana de noviembre de 2004, ante lo cual la entidad les respondió que la causa directa y exclusiva de esa situación era la inobservancia de las condiciones de seguridad mínima para el manejo del NIP o clave por parte del cliente, mientras que el Banco había actuado con la debida diligencia y con fundamento en las disposiciones legales y contractuales, por lo que no tenía ninguna responsabilidad frente a las transferencias realizadas a través del sistema de Internet-Banco de Bogotá.

2.4. Posteriormente, el 7 de junio de 2004, presentaron nueva reclamación ante la División de la Defensoría del Cliente, contestándole que la realización de transacciones por Internet requiere los números de cédula del titular, de la cuenta, de la tarjeta débito y el NIP o clave que el Banco le entrega, el cual no debe

ser conocido por terceras personas, de manera que si no fue el titular quien efectuó la operación, necesariamente un tercero tuvo conocimiento y usó indebidamente el NIP, por lo que “si la reclamantese considera defraudada (sic) en sus intereses debe presentar el correspondiente denuncia (sic) ante la Fiscalía General de la Nación – Oficina de Averiguaciones, a fin de que se investigue (sic) los hechos, individualice a los responsables, y ordene a las empresas de servicios reservar (sic) los pagos ilícitos y reintegrar los dineros a su legítimo dueño (...)”

2.5. La actora formuló la correspondiente denuncia por la sustracción de su dinero por terceras personas, agregando que *nunca* le entregaron la clave a ningún tercero, ni *nunca* han dispuesto de dineros por Internet “es decir nunca utilizaron el servicio”.

2.6. Que junto con el contrato de cuenta corriente los cuenta habientes adhesivamente aceptan cláusulas relativas a la utilización de servicios por Internet “home Banking o banca remota”.

DE LA ACTUACIÓN

3. Correspondió conocer del proceso al Juzgado 32 Civil del Circuito de esta ciudad, Despacho que admitió la demanda, y dispuso correr traslado a la entidad demandada. (fl. 38 c.1)

3.1. El Banco de Bogotá se notificó a través de apoderada judicial constituida para el caso, quien en oportunidad contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, aceptando uno de los hechos, negando otros y estando a lo que se probara en los restantes. Asimismo propuso las excepciones que denominó “INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DEL DEMANDANTE”, “CULPA EXCLUSIVA DE LA PARTE DEMANDANTE”, “EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO”, “INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO DE BOGOTÁ”, “INCONCURRENCIA DE LOS PRESUPUESTOS AXIOLÓGICOS PARA DECLARAR LA RESPONSABILIDAD INVOCADA”, “CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN” Y “LA

GENÉRICA”, fincadas en los supuestos que en lo necesario y de ser pertinente se resumirán en líneas posteriores.(fls. 45 a76 C. 1.)

3.2. Surtida la audiencia prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, sin lograr que las partes conciliaran el conflicto, se abrió el proceso a pruebas, decretándose las solicitadas por las partes. Vencido el término probatorio, se corrió traslado para alegar de bien probado, oportunidad que aprovecharon ambas partes para insistir en sus posiciones.

4. Profirió el *a-quo* sentencia de mérito, en la cual resolvió:

“1.- No acoger las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada”

“2. Declarar civilmente responsable al BANCO DE BOGOTA S.A., por el daño sufrido por los demandantes, con la utilización fraudulenta de dineros que ellos tenían en su cuenta corriente 024.01239-5, mediante operaciones vía INTERNET y por SERVILÍNEA, los días 03, 05 , 06 y 07 de noviembre de 2007.

“3.- En consecuencia, se condena al BANCO BOGOTA S.A. a pagarle a los demandantes TERESA DE JESUS RODRIGUEZ DE GORDILLO y LUIS FELIPE CELIO GORDILLO GORDILLO, a partir de la ejecutoria de este fallo, la suma de ocho millones cuarenta y dos mil ciento quince pesos (\$8'042.115) M.L., por daño emergente, con valores indexados hasta febrero de 2008, más la corrección monetaria que se cause hasta la ejecutoria de la sentencia; más los intereses moratorios a una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente, a partir del día siguiente a la ejecutoria del fallo y hasta cuando se verifique el pago.

“4.- Condenar en costas a la parte demandada. Tásense conforme al artículo 393 del C. de P.C.” (Fls. 177 a 186)

4.1. Decisión que apeló la parte demandada y concedido el recurso, compete a esta Sala resolverlo, luego de haberse atendido en legal forma el trámite de la segunda instancia.

EL RECURSO

4.2. Fincó su inconformidad el extremo pasivo,entre otras, en que la sentencia se edificó en precedentes judiciales que pregonaban la responsabilidad objetiva de las entidades financieras, los cuales no aplicaban para este caso, a más

que tales se superaron por el desarrollo jurisprudencial, de manera que como el mismo juez lo reconoció la Corte terminó por acoger la teoría subjetivista en la responsabilidad contractual, de donde era necesario estudiar el tema de la culpa a efecto de establecer el incumplimiento de la parte demandada, como también el que le puede caber a la parte contraria, en tanto que de conformidad con el artículo 1546 del Código Civil sólo el contratante cumplido está legitimado para incoar la acción.

Que el juzgado de origen exoneró de la carga de la prueba a los actores, pues consideró que la aseveración en punto a que no le habían entregado la clave a ningún tercero era indefinida, para proceder a señalar que le correspondía al Banco desvirtuar esa afirmación, lo que no hizo, porque se limitó a afirmar la culpa de los cuentacorrentistas; dicho que se formuló con total preterición de la prueba documental que se aportó con la contestación de la demanda, arrasando, de otro lado, la ley contractual que gobierna este asunto, particularmente las cláusulas 1ª., 5ª., 14 y 21 en las cuales no sólo se concertó que el NIT era intransferible, que el recibo de la tarjeta implicaba la obligación de custodia, sino que “Toda operación activa o pasiva que aparezca en los registros del banco efectuadas a solicitud verbal o con base en mi tarjeta o clave, declaro expresamente que fue realizada por mi y bajo mi total responsabilidad, de tal suerte que además e (sic) comprometerme (...) asumo íntegramente todos los riesgos y consecuencias no podré formular al Banco reclamo alguno al respecto (cláusula 21ª.)”. Que también desconoció el juzgador los artículos 10 de la Ley 527 de 1999, 68 y 69 del Código de Comercio, así como la prueba trasladada de la Fiscalía, en la cual se encuentra la declaración que rindió Teresa Rodríguez Gordillo “pieza de la que desprende (sic) que obró con culpa al momento de utilizar la tarjeta en algunos establecimientos de comercio de la ciudad.”

Que el Banco de Bogotá siempre ha sostenido que las transacciones fueron válidamente realizadas, afirmación que también debió tomar el juez como indefinida, con las consecuencias probatorias pertinentes, pese a lo cual el banco aportó suficiente prueba documental para demostrar su manifestación.

Indicó, además, que cuando se entrega el sobreflex que contiene la clave se le informa al cliente que con ella debe únicamente realizar la primera

operación, la que justamente es el cambio de clave, lo que da una combinación de 4 dígitos que solamente puede conocer el cliente, lo que hace imposible que el banco pueda tener acceso a la cuenta.

Insistió en que los demandantes incumplieron el contrato, pues no guardaron con el suficiente sigilo la clave que se les entregó para utilizar con la tarjeta débito, por lo que el banco debía ser absuelto, ya que, además, no se demostró responsabilidad por parte de éste.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto concurren los presupuestos procesales, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia; además, no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se proferirá decisión de mérito.

Respecto al tema que ocupa a la Sala se advierte que de conformidad con las pretensiones y la causa petendi la parte demandante acudió a la jurisdicción para reclamar por la responsabilidad derivada del contrato de cuenta corriente número 024012395, celebrado con la entidad demandada, el 3 de abril de 1991, en cuanto ésta no custodió en debida forma los dineros depositados, permitiendo que se realizaran varias operaciones entre la última quincena de octubre y la primera semana de noviembre debitando de su cuenta una suma aproximada de \$6'500.000.00, transacciones que al parecer fueron realizadas por Internet, y que los titulares de la cuenta no efectuaron ni ordenaron.

Trátase, entonces, de un asunto ubicado en el campo de la responsabilidad civil contractual, edificada en el postulado de responsabilidad a cargo del Banco, por atender operaciones bancarias no realizadas por los cuentahabientes, y que afectó los depósitos por ellos realizados.

Este tipo de responsabilidad, en principio fue analizada por la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, bajo el lente del artículo 191 de la Ley 46 de 1923, atendiendo criterios diversos en su interpretación, comenzando en una primera fase con la aplicación de la *“teoría del riesgo creado”*¹; luego con la *“presunción de responsabilidad”*², y excepcionalmente con la *“presunción de culpa civil contractual”*³.

Con posterioridad, y ante el advenimiento del rigorismo del momento, la ley sobre instrumentos negociables, permitió que la misma Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al hacer uso de la función creadora del derecho, diera paso al examen de la conducta del custodio de los formularios, sus dependientes, factores o representantes, como eximente de la responsabilidad atribuida de modo general a la entidad bancaria. Este nuevo criterio quedó recogido en el inciso 2º del artículo 732 y en el inciso 1º del artículo 1391 del Código de Comercio.

Sobre el fundamento moderno de la responsabilidad bancaria, su recorrido normativo y jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia, en fallo reciente precisó:

“(…) El hecho es que el art. 191 de dicha Ley 46 de 1923 por su contexto consagra el sistema del riesgo creado: es decir, el aludido principio de que la responsabilidad por el pago del cheque falso es el riesgo normal del comercio de banco, ‘Todo banco será responsable a un depositante por el pago que aquél haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado’. Pero según se ha visto, el sistema legal del riesgo creado no impide que el banco pueda exonerarse de responsabilidad demostrando una culpa, malicia, negligencia o imprudencia del parte del girador o de sus empleados. Sólo que la carga de la prueba de esas circunstancias corresponde darla al Banco (...)

“Ya en vigencia del Decreto 410 de 1971, la Sala continuó elaborando el sistema de responsabilidad, conjugando los artículos 732, 733 y 1391 del Código de Comercio. Para ello reiteró la teoría del riesgo atenuado, lo que hizo en providencias de 29 de noviembre de 1976 y de 24 de octubre de 1994; en ésta última, retomando el fallo de 15 de julio de 1938, calificó la responsabilidad con soporte en que la organización y

¹En tal sentido las sentencias de 9 de diciembre de 1936, reiterada en los fallos de 15 de julio de 1938 y 11 de marzo de 1943

²Providencias de 23 de abril de 1959 y 26 de noviembre de 1965.

³Sentencia de 7 de abril de 1964

ejecución de la empresa bancaria, hace nacer un tácito deber general de seguridad y garantía, pues tal es la consecuencia de ejercer una actividad profesional y hacer suyas las contingencias inherentes al desarrollo de la banca de depósito, línea de pensamiento que según la Corte “hoy en día encuentra visible reflejo en el artículo 1391 del Código de Comercio, se estima que el ejercicio de la banca de depósito se equipara fundamentalmente al de una empresa comercial que, masivamente, atrae a sí y asume los riesgos inherentes a la organización y ejecución del servicio de caja, luego es precisamente en virtud de este principio de la responsabilidad de empresa, cuyos rasgos objetivos no pueden pasar desapercibidos, que el establecimiento bancario asumiendo una prestación tácita de garantía, responde por el pago de cheques objeto de falsificación, ello en el entendido, se repite, que es inherente a la circulación y uso de títulos bancarios de ésta índole el peligro de falsificación, (...) y el costo económico de tener que pagarlos se compensa sin duda con el lucro que para los bancos reporta el cúmulo de operaciones que en éste ámbito llevan a cabo”.

“A este propósito es de ver como en sentido semejante al artículo 733 del Código de Comercio Colombiano, expresa el artículo 124 del Proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina, preparado en 1966 por el Instituto para la Integración de América Latina INTAL, cuando se refiere a que “El librador que habiendo perdido el formulario o los formularios proporcionados por el librado no hubiere dado aviso a éste oportunamente, sólo podrá objetar el pago si la alteración o la falsificación fueren notorias”.

“A su vez el artículo 194 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, promulgada el 26 de agosto de 1932, en su artículo 194, dispone que “La alteración de la cantidad por la que el cheque fue expedido, o la falsificación de la firma del librador, no pueden ser invocadas por éste para objetar el pago hecho por el librado, si el librador ha dado lugar a ellas por su culpa, o por la de sus factores, representantes o dependientes. Cuando el cheque aparezca extendido en esqueleto de los que el librado hubiere proporcionado al librador, éste sólo podrá objetar el pago si la alteración o la falsificación fueren notorias, o si, habiendo perdido el esqueleto o el talonario, hubiere dado aviso oportuno de la pérdida al librado. Todo convenio contrario a lo dispuesto en este artículo es nulo”, reglas que permiten rastrear los antecedentes y conexiones de nuestro ordenamiento.

“Entonces, la línea jurisprudencial de la Sala, a partir de la inteligencia del artículo 191 de la Ley 46 de 1923, como de los artículos 732, 733 y 1391 del Código de Comercio, había sido constante en adoptar el postulado general de responsabilidad del banco por el pago de cheque falso, excluido en veces por la culpa del cuentacorrentista o de sus empleados, casos en que esta opera como eximente de responsabilidad, incluido cuando el cuentacorrentista pierde el instrumento, suceso en que se restringía la forma de objetar el pago, en la medida en que el riguroso principio se quiebra, “si por culpa del cuentacorrentista, de sus dependientes, factores o representantes, se dio lugar al pago del cheque con firma falsificada, o alterado, cesando la responsabilidad para el banco en el caso de no haber sido noticiado por el cuentacorrentista sobre la falsedad o adulteración del cheque dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió la información sobre tal pago (art. 1391 del C. de Co.); en el evento de no haber dado oportuno aviso al

banco, se restringe la posibilidad al cuentacorrentista de objetar el pago, al hecho de que la alteración o falsificación fueren notorias. (art. 733 C. de Co.)” (Sent. Cas. Civ. de 31 de julio de 2001, Exp. No. 5831).

“Sin embargo, según la doctrina contemporánea de la Corte, que emerge con la sentencia de 8 de septiembre de 2003, y se reitera en los fallos de 15 de junio de 2005, 29 de septiembre de 2006 y 17 de octubre de 2006, el artículo 733 del Código de Comercio, en tanto contempla un supuesto particular, se sustrae del principio general de responsabilidad a cargo de la entidad bancaria por el riesgo profesional que se deriva del ejercicio y del beneficio que reporta su actividad financiera especializada, regla aquella que la jurisprudencia construyó con base en la interpretación acompañada de los artículos 732 y 1391 del Código de Comercio, que atrás se ha explicado brevemente, para cargar al cuentacorrentista con las consecuencias que de esa pérdida se derivan, por el solo hecho de perder uno o más formularios, sin importar cuál haya sido su conducta en el cuidado del talonario, salvo que la falsedad sea notoria o que no siéndolo, el tenedor hubiere dado aviso oportuno del extravío al banco.

“De este modo, en la sentencia que inaugura esta nueva tendencia jurisprudencial, la Corte sostuvo que “dentro del mismo tema de la responsabilidad, pero sin que haya lugar a confundirlo por tratarse de una hipótesis particularísima que, por lo mismo, merece un manejo disímil, impónese resaltar que el artículo 733 del Código de Comercio exige distinguir el pago de cheques falsificados o adulterados, sin mediar su pérdida por parte del dueño de la chequera - riesgo propio de la circulación -, como lo prevén las normas aludidas en los párrafos precedentes, de aquel que se haga de títulos igualmente apócrifos, pero precedido de la ‘pérdida’, evento este que, como se analizará con detenimiento, está regulado exclusiva y preferentemente por la disposición que se acaba de mencionar”⁴.

Emerge, entonces, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en punto a la responsabilidad bancaria ha adoptado la exigencia de deberes especiales de diligencia al sistema financiero, justamente, por la confianza pública depositada en las instituciones bancarias, para derivar su responsabilidad civil del ejercicio y del beneficio que reporta su especializada actividad financiera.

En efecto, sabido es que los bancos como instituciones intermediarias de crédito, en su actividad comercial ejecutan operaciones, asumiendo los riesgos inherentes a la organización y ejecución de sus distintos

⁴C.S.J. S. C. Civil, Sentencia 16-06-2008.M. P. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA. Exp. No. 11001-3103-007-1995-01394-01

servicios, como el de caja, visación, captación masiva de dineros del público, situándolos en poder de quienes los requieren para el cumplimiento de actividades económicas o la satisfacción de necesidades inmediatas. Ciertamente es también, que por estos servicios reciben una remuneración, en todos los casos, mediante el pago del manejo de cuentas, el uso de tarjetas de débito y crédito, consultas y transacciones telefónicas o por internet, extractos, el pago por sobregiros, el uso de cajeros propios y de otras entidades financieras, pago de talonarios, pago de intereses a quien deposita tales dineros en la entidad bancaria o, mediante el cobro de los mismos a quienes los utilizan por adquirirlos en virtud de un crédito y demás operaciones internas.

Identificado el tipo de responsabilidad que gobierna al caso, la Sala se detiene sobre la naturaleza de la relación jurídica que vinculó a los demandantes con el banco demandado, cuya existencia ninguna discusión presentó. En tal sentido, debe señalarse que el contrato de cuenta corriente celebrado entre las partes, facultó a los primeros para hacer retiros y transferencias de los recursos que en dicha cuenta previamente hubieran depositado, y obligó a la entidad bancaria, no sólo a recibir y abonar las sumas de dinero en la cuenta de los clientes, sino a atender satisfactoriamente todas aquellas operaciones de retiro y canjes requeridas por estos, en ambos casos, sin descuidar su diligencia y cuidado profesional. Precísase que aun cuando el mencionado contrato no contiene acuerdo alguno sobre transacciones electrónicas o similares, el deber antes comentado se mantiene, en tanto que tal conlleva un riesgo y siendo que la entidad bancaria es la que ofrece ese servicio al realizar la captación de fondos provenientes del público, su custodia va implícita, tanto desde el punto de vista físico, como del registro electrónico.

Aseveración que se acompaña con el deber de actuar con grado especial de diligencia en el desarrollo de las operaciones comerciales que constituyen el objeto social de las instituciones financieras, pues la infracción de una cualquiera de las normas legales o estatutarias llamadas a gobernarlas, no sólo puede repercutir en el patrimonio de las personas directamente vinculadas a la respectiva operación de crédito, sea ella activa o pasiva, sino también en el de

terceros que, por rebote, pueden resultar afectados por la desatención del establecimiento bancario, en el entendido que ha incumplido los deberes y las obligaciones que les son propias⁵.

De manera que la conducta de los establecimientos bancarios debe mirarse teniendo en cuenta su calidad de comerciante experto en la intermediación financiera, como que tal es su actividad, pues la diligencia exigida a los bancos no es apenas la que se espera de un buen padre de familia, referida por tanto a los negocios propios, sino a la de un profesional que deriva provecho económico de un servicio en el que existe un interés público.

Ahora, tampoco es un secreto, que los rigurosos principios de diligencia y cuidado exigidos a los establecimientos bancarios, al realizar operaciones en desarrollo de su objeto social quedan resquebrajados si por culpa del cuentacorrentista o de sus dependientes, factores o representantes, se produce el pago de un cheque o se materializa un traslado u otro tipo de operación en el que se comprometan recursos del cliente con base en fraudes, firmas falsificadas o alteradas, evento en el cual, cesa la responsabilidad para el banco si se dan las hipótesis legales para ello,⁶ situaciones que no se consolidan entratándose de transacciones realizadas por Internet porque su misma dinámica difiere de la materialidad que representa el cheque, sin que por ello pueda predicarse que el banco queda liberado de responsabilidad frente a retiros o traslados efectuados por persona diferente a quien está autorizado, en tanto que no puede hacerse recaer el fraude o la suplantación de personas en el usuario, quien no tiene obligación distinta a la de conservar en reserva la clave y cuidar la tarjeta que le permite el acceso a ese medio, mientras que la entidad bancaria continúa siendo la garante y custodia de los dineros que en depósito se le han entregado.

Entonces, si se demuestra a través de cualquier prueba que el cliente actuó culposamente, por ejemplo, ya por perder su tarjeta débito, ora por

⁵El artículo 98 numeral 4 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), obliga a las instituciones del sector el deber de *"emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes"* lo mismo que a sus administradores el de *"obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio a los intereses sociales"* (artículo 72).

⁶Artículos 732, 733 y 1391 del Código de Comercio

entregarla a terceras personas o informarles a éstas su clave, el banco es exonerado de responsabilidad contractual correlativa por la suma debitada. En tesis de la Corte que resulta aplicable al tema en estudio, se dijo:

"(...) como la medida de responsabilidad de un banco por el pago de un cheque falso no se de tiene en la culpa sino que alcanza el riesgo creado, no le basta el lleno de las precauciones habituales, sino que es preciso probar algún género de culpa en el titular de la cuenta corriente para que el banco quede libre"⁷

Ya de cara al recurso de apelación propuesto, la Sala recuerda que cuando la entidad bancaria recibe depósitos en dinero o títulos valores se constituye en deudor del depositante y, por contera le corresponde responderle a éste por las erogaciones que de esos depósitos autorice, con independencia del medio que con ese fin se utilice.

Por ello el Código de Comercio enseña en el artículo 1382 que el contrato de cuenta corriente bancaria es aquel por el cual el cliente o cuentacorrentista frente a un establecimiento bancario adquiere la facultad de realizar depósitos irregulares de dinero, para disponer de ellos bien sea total o parcialmente, utilizando como mecanismo de retiro el giro de cheques, u otra forma previamente concertada con el banco, para el presente asunto tarjeta débito.

Y del reglamento y las condiciones para uso de la tarjeta débito puede predicarse su condición de adhesivas, en tanto que su elaboración es unilateral y estandarizada por el Banco, quien lo suscribe debe aceptar todas sus cláusulas, ya que, en general, no se permite su negociación individual, ni su variación o modificación en sentido alguno, como tampoco discusión alguna de su contenido.

Contexto que pone desde ya en evidencia que las cláusulas contractuales que resulten abusivas, que lo serán aquéllas en que aún actuando de buena fe causan un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, y que hayan sido redactadas previamente por uno de los contratantes,

⁷G.J. 1943, pág. 73; G.J. t. CLII, pág. 28

sin que el adherente haya podido influir en ella, no pueden ser observadas para la definición de la responsabilidad del banco, en tanto que como la doctrina y la jurisprudencia, de tiempo atrás, lo han denotado se debe delimitar su contenido, especialmente para *“excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual”*.

Y justamente esa calificación les cabe a aquellas cláusulas fijadas por el Banco en el reglamento y las condiciones para el uso de la tarjeta débito, según las cuales aún en el caso de “falsificación” *“acepto de antemano el cargo que se me haga por concepto de tal comprobante en mi cuenta de ahorros”* (cláusula 5), y *“Toda operación activa o pasiva que aparezca en los registros del Banco efectuada por solicitud verbal o con base en mi tarjeta o clave, declaro expresamente que fue realizada por mi y bajo mi total responsabilidad, de tal suerte que, además de comprometerme a su pago asumo íntegramente todos sus riesgos y consecuencias no podré formular al Banco reclamo alguno al respecto.”* (Cláusula 21), pues inexorablemente surge que dichas estipulaciones resultan totalmente lesivas al cliente; contrarias, aún, a disposiciones legales como los artículos 733 y 1391 del Código de Comercio, a más de trasladar el riesgo que debe soportar la entidad bancaria, por ser la profesional y la que ofrece el servicio, al usuario del mismo, lo que sin hesitación conlleva ventaja desproporcionada para la entidad.(fl. 47)

De manera que con prescindencia de esas cláusulas, por las razones anotadas, se procede a establecer si el Banco debe responder por los hechos que originaron este debate, y la respuesta es afirmativa de conformidad con las siguientes consideraciones.

Se sabe que el perjuicio que se cause a una persona origina responsabilidad entre la víctima y el autor del hecho dañoso; los elementos esenciales de esta relación son invariablemente el daño, la culpa y la relación de causalidad entre ésta y aquel.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina citan como fuentes de la responsabilidad civil cuatro clases de actos generadores, a saber: a) el *ilegal*, que

viola un mandato o una prohibición del derecho; b) el *abusivo*, que no es ilícito en sí sino por la circunstancia del fin para el cual se ejecutó, o sea que corresponde al ejercicio de un derecho en sentido contrario a su finalidad ontológica; c) El *negativo*, o *por omisión*, que resulta de la inejecución de obligaciones positivas impuestas a determinadas personas, o bien en la omisión de un acto o en la falta de una intervención o de una iniciativa, cuando se les considera como deberes jurídicos positivos; d) El de *riesgo o excesivo*, desarrollo de la teoría de la culpa objetiva, en donde el deber de reparar el daño deriva de la idea de que quien ejecuta una actividad generadora de riesgo tiene que responder de las consecuencias de su realización, por la abstracción hecha de la consideración de culpa.

En el *sub-judice* se está de cara a la tercera clase de actos, esto es, al *negativo o por omisión*, por lo que corresponde establecer si la entidad bancaria demandada en punto de sus obligaciones con el cuenta-correntista incurrió en culpa u omisión de alguna de ellas; por ello frente a esta especie de responsabilidad el interesado está en el imperativo de demostrar los siguientes supuestos: a) la preexistencia de un vínculo convencional; b) el incumplimiento o inejecución del contrato; c) una conducta culposa en el obligado, dentro de los varios grados de culpa legalmente establecidos, y d) una relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio causado, de donde procede la Sala a analizar si cada uno de esos presupuestos se hallan presentes en este evento.

Ninguna discusión suscita la celebración del contrato de cuenta corriente número 024-01239-5 de 3 de abril de 1991, por cuyo incumplimiento se demandó al Banco de Bogotá, quien reconoció la existencia y validez de dicho pacto.

Convención cuyo incumplimiento se pregonó por la parte demandante, bajo la cardinal consideración que nunca entregaron la clave a terceros, a más que "*nunca han dispuesto de dineros por Internet es decir nunca utilizaron el servicio*" (Hechos 9 y 11)

Sin lugar a dudas las manifestaciones precedentes constituyen negaciones indefinidas, que a voces del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, no requieren prueba, de donde correspondía al extremo demandado desvirtuarlas, empero, éste, en la contestación solo manifestó que “estaremos a los hechos probados en el proceso”, pudiendo acreditar en contrario, por ejemplo, demostrando que los demandantes a partir de la entrega de la tarjeta débito – 1998 – en diferentes oportunidades, con prescindencia de las que desconocen los actores, utilizaron el servicio de Internet para efectuar retiros o traslados de los dineros depositados en su cuenta corriente.

Por otra parte, del material probatorio recaudado no surge que además de las transacciones objeto de reclamo los clientes hubieran efectuado, en otros tiempos, cualquier clase de transacción por Internet, de donde esa conducta, en principio, tornacreíble su versión, pues extraño resulta, al menos, que habiéndoles entregado el 8 de enero de 1998 la tarjeta y la clave, según se anotó en documento que milita a folio 3, los movimientos registrados se hayan llevado a cabo únicamente entre el 3 y el 5 de noviembre de 2003, sin que ese comportamiento inusual de los clientes hubiera llamado la atención del Banco, pese a que éste manifestó que el nivel de seguridad de dichas transacciones es alto y confiable.

Además, de conformidad con las declaraciones rendidas en la Fiscalía General de la Nación, es lo cierto que ninguna de las personas que declaró y que resultó beneficiada con el pago que se hizo del servicio público, particularmente telefonía, conocía a la aquí demandante, como tampoco, de otro lado, las direcciones suministradas en el informe del Banco de Bogotá respecto a los inmuebles para los cuales se facturó el servicio cancelado, corresponde a la de los actores. (fl. 3)

Luego, no cabe duda que imposible resulta predicar que esas transacciones fueron realizadas por los demandantes, máxime cuando Teresa Rodríguez de Gordillo no perdió, ni extravió la clave y la tarjeta débito, sino que tales, como lo anotó ante la Fiscalías guardaba bajo llave, y ni siquiera a su esposo le dio a conocer la primera de ellas. Entonces, la propuesta dela apoderada

de la parte demandada no tiene acogida, en primer lugar porque no se probó por el Banco que los clientes hubieran descuidado la tarjeta – ya se anotó que tal no se perdió, ni fue objeto de hurto -, o hubieran entregado la clave a terceras personas, obligaciones que tenían los usuarios del servicio de conformidad con las cláusulas 1 y 14 del reglamento de la tarjeta débito, y ante la falta de prueba en punto a su cumplimiento, deben tenerse por satisfechas; en segundo término porque el extremo demandado derivó la responsabilidad de la actora señalando que de su versión dada ante la Fiscalía se *“desprende que obró con culpa al momento de utilizar la tarjeta en algunos establecimientos de comercio de la ciudad”*, lo que en criterio de la Sala no ocurrió, ya que tanto en la denuncia, como en la ampliación, reitero el cuidado que tenía con su clave, y la utilización de la tarjeta de conformidad con las exigencias de los establecimientos en los cuales la usaba, conducta que, en verdad, no puede reputarse culposa, más aún, cuando justamente la entrega que se hace de la tarjeta multi-propósito (para ser utilizada en variedad de propósitos, compras, a diferentes prestatarios o vendedores), entre otras, cubre esa finalidad – adquirir bienes en almacenes, institutos o establecimientos de comercio con las cuales el Banco tenga convenio -, de manera que su manejo en las actividades permitidas no puede tildarse de negligente o culposa, como lo enunció la parte demandada. Además, según la respuesta del Banco a la usuaria, la tarjeta no es necesaria para ese tipo de negociación.

Reitérase que existe total orfandad probatoria en punto a las aseveraciones del Banco en relación con las seguridades que dice utilizar para impedir la ocurrencia de los riesgos propios de su actividad realizada por medios electrónicos o Internet, como también respecto a la falta de custodia por parte de los actores, y particularmente de la demandante, de la tarjeta débito y la clave, sin que sea suficiente su manifestación frente a la validez de las transacciones, puesto que conocido es que en la banca electrónica o el uso del dinero electrónico se presentan diversos riesgos, como por ejemplo, la aparición de los mal llamados “hackers” expertos en fraudes y actividades similares, la duplicidad, clonación, etc., de las tarjetas para indebidamente sustraer dineros ajenos, etc., los que como delantadamente se anotó no puede ser trasladados al usuario, sino que por tal debe responder la entidad financiera, dada la actividad profesional a la cual se dedica, lo

que le exige para enfrentar los problemas que presenta el servicio que ofrece la utilización de medios de seguridad actualizados y apropiados, como también la realizaciones de acciones correctivas para responder a cada uno de los diferentes riesgos, y ello debe probarse en el proceso para eximirse de culpa, lo que significa que ante la ausencia de prueba en ese sentido, debe responder por la pérdida de los dineros pertenecientes a los actores, en tanto que no demostró que la sustracción de esos dineros obedeciera a negligencia o descuido de los cuenta correntistas, ni que hubiera adoptado las medidas de seguridad y corrección necesarias para evitar esos sucesos.

Puestas así las cosas, la ejecución de las operaciones relacionadas con el pago de servicios públicos, de telefonía Celular, que no controló adecuadamente el Banco de Bogotá a través de los medios pertinentes para tal fin, desemboca en una responsabilidad de la entidad por el hecho de haber atendido transacciones de forma irregular, sin que correspondieran verdaderamente a la orden dada por sus clientes, causándoles a éstos el daño determinado en el libelo, concretado en la pérdida de su dinero.

De donde emerge que se dan los elementos necesarios de la responsabilidad contractual, lo que conlleva el éxito de la acción, precisando que no era necesario esperar las resultas del proceso penal, para adoptar la decisión correspondiente en este litigio, en tanto que el material probatorio recaudado constituye suficiente soporte para determinar la responsabilidad civil del Banco.

Así las cosas, se confirmará la sentencia impugnada, con la respectiva condena de costas, precisando que la actualización de la cantidad adeudada, aplicando la fórmula que se plasmó en el fallo de primera instancia, desde el mes de noviembre de 2003 a diciembre de 2009, asciende a \$8.615.184,24

VALOR PRESENTE = $\frac{\text{INDICE PERIODO ACTUAL}}{\text{INDICE PERIODO HISTORICO}}$ x VALOR HISTORICO

VALOR PRESENTE = $\frac{102.001808}{75.568889} \times \$6'382.631 = \$8'615.184,24$

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha preanotada, pronunciada por el Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, precisando que el monto a cancelar **indexado hasta el mes de diciembre de 2009 asciende a OCHO MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL CIENTO OCHENTA Y CUATRO PESOS CON VEINTICUATRO CENTAVOS (\$8'615.184,24) M/CTE.**

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte apelante. Tásense.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

LUZ MAGDALENA MOJICA RODRÍGUEZ

CARLOS JULIO MOYA COLMENARES

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Sentencia TSDJ
Contrato de cuenta
corriente y responsabilidad
de la entidad financiera

Diciembre 18 de 2009