

Asunto: DESCORRE TRASLADO DE EXCEPCIONES Y PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LA OBJECCIÓN FORMULADA AL JURAMENTO ESTIMATORIO
Proceso: VERBAL-RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandante: LUIS HORACIO LOZANO ROJAS
Demandadas: BANCO BILBAO VIZCAYA COLOMBIA "BBVA COLOMBIA" Y LA SOCIEDAD "COMUNICACIÓN CELULAR S.A. "COMCEL"
Radicado: 761473103002-2024-00045-00

Pereira, 06 de septiembre de 2024.

Doctor,

DIEGO JUAN JIMÉNEZ QUICENO

Juez Segundo Civil del Circuito

J02cccartago@cendoj.ramajudicial.gov.co

Cartago (Valle del Cauca)

JHOANA CRISTINA GRAJALES RAMÍREZ abogada en ejercicio, conocida en el proceso de la referencia como apoderada de la parte demandante, procedo a pronunciarme frente a las excepciones de mérito propuestas por las demandadas BANCO BILBAO VIZCAYA COLOMBIA SA "BBVA COLOMBIA" Y COMUNICACIÓN CELULAR SA "COMCEL SA", en ese orden y en los términos que detallo a continuación.

Frente a la demandada BBVA COLOMBIA, se tienen siete (7) excepciones que denominó así: i) Ausencia de los elementos de Responsabilidad Civil frente al BANCO BILBAO VIZCAYA COLOMBIA SA "BBVA COLOMBIA", ii) Inexistencia de daños y perjuicios; iii) Operaciones realizadas con elementos de conocimiento exclusivo del cliente-obligaciones de seguridad a cargo del cliente; iv) Desatención de obligaciones en cabeza del consumidor financiero; v) Cumplimiento de las obligaciones a cargo del banco BBVA, y, vii) Excepción genérica consagrada en el artículo 282 del CGP, respecto de las cuales me pronunciaré de manera general al entrelazarse sus argumentos en su gran mayoría.

Inicio señalando, en primer lugar, que nos ratificamos en las razones de derecho y defensa contenidas en la demanda, en las que se explicó que,

contrario a lo afirmado por la demandada BBVA COLOMBIA SA, sí tienen responsabilidad en el fraude del cual fue víctima el señor LUIS HORACIO LOZANO ROJAS, ya que si bien partió del actuar de COMCEL SA, también se suscitó en el Banco BBVA, quien pese a la alerta generada por el demandado, fue demorada no solo para bloquear el producto del cual era titular el señor LOZANO ROJAS, sino que otorgó de manera indiscriminada y por medios tecnológicos productos a nombre del demandante sin su aquiescencia o solicitud, además de bloquear y desbloquear la cuenta inesperadamente, todo lo cual fue aprovechado por los delincuentes para orquestar el acto delictivo, tal como quedó dicho en la situación fáctica descrita en el hecho 2-13.

Es decir, la demanda debe ser analizada en un todo y no de manera fragmentada como se hace en la contestación, puesto que se itera, el Banco SI tiene responsabilidad en el daño que padeció el señor LUIS HORACIO LOZANO, al ser el actuar negligente frente a la solicitud presentada por el demandante en relación con el servicio contratado, al no proceder de manera rápida y eficiente en procura de proteger a su cliente, no solo por lo delicado y real de la situación que le ponían de presente, sino también porque tal como lo ha expuesto el máximo órgano judicial en material ordinaria, los bancos tienen una mayor exigencia en la prestación del servicio atendiendo la especialidad del mismo, según se puede leer en la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil-Familia, SC 5176 de 2020, con ponencia del Magistrado Ponente, Dr. Luis Alonso Rico Puerta, en la que se expuso *“La referida labor de administración del ahorro del público tiene gran relevancia social, lo que explica que, de un lado, el Estado regule y vigile la actividad bancaria, y de otro, que se le exija a quienes la ejercen un profesionalismo, probidad y diligencia muy superiores a los estándares ordinarios”*.

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia señala que: *“Todos esos canales transaccionales hacen necesario definir un protocolo de autenticación, que le permita al banco establecer, con certeza, el origen de cada orden impartida. Aunque esa carga no se encuentre consagrada en el derecho positivo, ni se incluya expresamente en los reglamentos*

respectivos, es connatural al negocio jurídico, al menos como se concibe hoy en día. Actualmente, sería inimaginable una relación banco-cuentahabiente en la que no fuera mandatorio «verificar la identidad [del] cliente, entidad o usuario», mediante «algo que se sabe [como las claves personales], algo que se tiene [como los tokens], algo que se es [la biometría]» (Circular Básica Jurídica, Parte I, Título II, Capítulo I, numeral 2.2.5.). Cuando un tercero burla esos protocolos de autenticación, y -haciéndose pasar por el cuentahabiente dispone por cualquier medio de los recursos depositados en cuentas de ahorros o corrientes, la obligación de verificación se incumple, pues la carga de que se viene hablando no puede entenderse satisfecha simplemente con los buenos oficios del banco, sino con la efectiva confirmación de la identidad de su cliente. ”

De todo lo expuesto, se desprende el daño, la culpa y el nexo causal que se le endilga a la entidad financiera demandada, ya que está ligado a la prestación del servicio a su cargo, y no en relación con el servicio de comunicaciones, por lo que es ésta la llamada a demostrar que actuó con diligencia, lo cual entra en contraposición con lo acreditado dentro del proceso, específicamente en las respuestas otorgadas por el Banco, en el que se advierte múltiples transacciones realizadas por persona distinta de mi mandante y por un largo tiempo con la aquiescencia de ésta, pero que lo soportó mi representado quien veía como el dinero depositado en su cuenta era objeto de operaciones bancarias a las anchas por parte del (los) delincuente (s), así como verse a la espera de cuándo cesaría dicho fraude, de si le devolverían los recursos procedentes de su cuenta de nómina y si cesaba el obtener a su nombre otros productos financieros, ante la permisividad por el actuar demorado y negligente del BBVA.

En segundo lugar, si bien BBVA devolvió en su gran mayoría los recursos no lo hizo en la totalidad, ya que la transacción por valor de \$424.211 se proclama por la entidad financiera como exitosa, pese a que mi mandante no la hizo, y que la demandada no demuestra de donde coligen que si lo fue, obligándolo, o más bien pretendiendo que mi representado demuestre un imposible, ya que escapa a la lógica que yo pruebe que no realicé una

compra, no solo porque se cuenta con los medios para ello, contrario ocurre con el Banco, sino que es algo inverosímil.

En conclusión y como soporte de las pretensiones, se tiene que la entidad financiera debió ejercer un control más riguroso para la validación de su cliente, así como de cualquier persona natural o jurídica que realizó dichas operaciones bancarias, no solo porque cuentan con un mayor andamiaje para el efecto, sino ante su posición dominante en el sector financiero, además de la especificidad del servicio o actividad que desarrollan, como lo dije anteriormente, lo cual los obliga a contar con un nivel de seguridad altísimo en sus transacciones, en especial, cuando se presenta la solicitud elevada por mi mandante, de ahí el reproche y la culpa que se le endilga.

Es más, esa situación no solo ocurrió con mi prohijado sino que fue una constante a lo largo del año 2022, tal como lo anuncia la entidad financiera en su página, cuando afirma *"En el 2022 los casos de fraude digital crecieron un 52% en el mundo y un 134% en Colombia, según el estudio Consumer Pulse de TransUnion."*¹, es decir, tal fue la magnitud y capacidad creciente del actuar delictivo que se suscitó en dicha anualidad que fue objeto de estudio².

En tercer lugar, son precisamente esas situaciones que se deben ponderar y analizar en el presente asunto, específicamente, en el sentido que el fraude del cual fue víctima mi poderdante no obedece, como erradamente, afirma el Banco demandado, culpa o desatención del demandante, ya que en esa época en la que estaba en auge operaciones financieras por medio remotos se vio la fragilidad de la seguridad de la gran mayoría de Bancos quienes se vieron enfrentados a soportar delitos financieros, y esa carencia en ninguna medida puede trasladarse o endilgarle responsabilidad al cliente quien es realmente la parte débil de dicha relación, ya que si logran los delincuentes superar o burlar la seguridades de los bancos porque se esperarí que no lo hiciera

¹ <https://www.bbva.com.co/personas/blog/educacion-financiera/seguridad/seguridad-bancaria.html>

² <https://noticias.transunion.co/859-aumentaron-intentos-de-fraude-digital-en-colombia-durante-los-ultimos-tres-anos/>

con las personas del común, es decir, no es que mi mandante hubiese desatendido sus obligaciones de seguridad, ya que no pedía ayuda de terceros para realizar sus transacciones y mucho menos otorgó sus datos a nadie.

En cuarto lugar, Frente a la probanza de las situaciones fácticas que soportan las pretensiones patrimoniales, habrá que decir que efectivamente se demuestra el fraude que fue víctima mi representado no solo en el trámite de la tutela que se aporta como prueba, sino que la entidad lo constató en la investigación financiera que realizó, o por lo menos así se presume, al ser el soporte de la devolución de los dineros provenientes de la cuenta o producto financiero de titularidad del demandante, así como que dicho fraude no fue por su actuar, y que por el contrario, el Banco no actuó como le correspondía según las exigencias legales y jurisprudenciales para impedir el delito sufrido por el señor LUIS HORACIO, con lo cual es el llamado a resarcir los daños que padeció éste. Finalmente, frente a las pretensiones extrapatrimoniales se demuestran con los medios probatorios arrojados y se convalidaran con las demás pruebas a recaudarse a lo largo del proceso.

Por su parte, la demandada COMCEL SA formuló ocho (8) excepciones que denominó: i) Falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que COMUNICACIÓN CELULAR SA "COMCEL SA", no tuvo injerencia en el proceso de portabilidad de la línea móvil de la cual es titular el demandante; ii) Inexistencia de Responsabilidad civil por ausencia del nexo causal; iii) Comcel SA cumplió el deber legal de portabilidad, por lo que existe una ausencia de culpa; iv) Improcedencia del reconocimiento de los perjuicios patrimoniales pretendidos por el demandante; v) improcedencia del reconocimiento del daño moral pretendido por el demandante; vi) Improcedencia del reconocimiento del perjuicio denominado daño al buen nombre y honra; vii) Enriquecimiento sin causa y; viii) La genérica, innominada y otras; frente a las cuales procederé en los mismos términos que las presentadas por la otra codemandada, es decir, no me pronunciaré individualmente.



Dicho esto, procederé a manifestar que la demandada COMCEL SA sí se encuentra legitimada para fungir como parte pasiva de la presente demanda, no solo por las normas de responsabilidad civil invocadas, que expondré someramente más adelante, sino en la misma norma por ella referida, esto es, la Resolución 5050 del 2016, en varios de sus articulados, tal como el art. 2.6.2.2, en el que regula los derechos de los usuarios frente a la portabilidad, en donde expresamente se contempla el que el usuario este informado del estado del proceso por parte del prestador de su proveedor, a elegir el día en el que se hará efectiva la portación, entre otros, lo cual no aconteció en el presente caso, en el que el señor LUIS HORACIO LOZANO ROJAS acudió a poner de presente los inconvenientes y encontró una rotunda inoperancia de parte de su operador a través de sus dependientes, ya que solo le dieron a conocer del trámite que presuntamente él había solicitado, y de nada sirvió el que directamente y estando allí en persona les manifestara no haberlo hecho y elevara adicionalmente petición en ese sentido.

Es decir, la labor que realiza la ABD es simplemente de intermediario, por lo que no le compete determinar o validar las solicitudes de portabilidad como pretende sustentar la codemandada, pero si en gracia de discusión se dijera que su actividad no es intermediación sino de su titularidad, nada impide para que el proveedor donante (COMCEL SA) ante la solicitud que le hizo de forma presencial su usuario LUIS HORACIO LOZANO ROJAS, cliente con antigüedad de más de diez (10) años, realizara una labor diligente para impedir dicho trámite porque la persona que supuestamente lo estaba realizando, LUIS HORARIO LOZANO ROJAS, plantado en persona en las oficinas de atención estaba informando que no estaba realizando ningún trámite de portabilidad.

Pero no solo es esa norma la que incumplió COMCEL SA y de donde se predica su responsabilidad y vinculación, puesto que más adelante, se tiene el ARTÍCULO 2.6.2.5. OBLIGACIONES DE LOS PROVEEDORES DE REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES, en su numeral 2.6.2.5.3. *Obligación del Proveedor Donante*, contempla las siguientes obligaciones a su cargo " 2.6.2.5.3.1. *Autorizar la Solicitud de Portación, o rechazarla*

según las condiciones establecidas en la regulación, de manera eficiente y eficaz. 2.6.2.5.3.2. *Abstenerse de realizar prácticas de recuperación de los Usuarios solicitantes durante el Proceso de Portación*”, de donde se colige que la sociedad demandada perfectamente pudo intervenir para rechazar a solicitud del usuario -cliente la portación, ya que éste expresamente manifestó no haberlo tramitado, pero como si no fuera suficiente la inoperancia de parte del proveedor nunca gestionó realmente trámite alguno para cesar la afectación acarreada a mi prohijado, ya que se itera, fue necesaria la intervención del Juez constitucional para reversar dicha portabilidad.

Adicionalmente a las normas referidas, se tiene la traída a colación por la demandada, específicamente el artículo 2.6.4.4, inciso final en el que se contempla “ *En ningún caso, el ABD en el proceso de portación, con ocasión del intercambio de información, podrá verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales del Proveedor Donante y el usuario, en la medida que dicha verificación es potestad de las partes o del juez del contrato. (Resolución CRC 2355 de 2010, artículo 17 – modificado por la Resolución CRC 3069 de 2011)*”, es decir, la ABD en su calidad de administradora e intermediaria, solo se encarga entre otros aspectos de enviar el NIP y validar que concuerde con el que se informe con posterioridad, más no, la relación contractual entre proveedor donante y usuario, por lo que si COMCEL SA hubiese intervenido diligentemente en el momento que fue alertada posiblemente hubiese impedido el traslado, pero de no ser así, por lo menos, tendría un eximente, el cual no se tiene en este caso, ya que simplemente su desidia facilitó que se cohonestara el fraude que sufrió mi representado.

En ese orden de ideas, se tiene que el señor LUIS HORACIO LOZANO ROJAS tenía contratado en el año 2022 una línea celular con COMCEL SA aproximadamente diez (10) años atrás mediante plan postpago, que un tercero solicitó ante otro operador de telecomunicaciones la portabilidad de dicha línea, lo cual fue advertido a tiempo por el demandante y puesto de presente a su operador de forma inmediata sin que dicho operador se hiciera nada por su parte para evitar que un tercero realizara un trámite

de portabilidad haciéndose pasar por LUIS HORARIO LOZANO ROJAS a sabiendas de que este se encontraba allí explicando que él no estaba realizando ningún trámite de portabilidad, actuar negligente que fue el que facilitó la efectividad del traslado y, con ello, hizo posibles todos los fraudes que a partir de este iniciaron, tornándose entonces en el responsable y, por tanto, legitimado para ser parte pasiva de la presente demanda, al ni siquiera realizar debidamente sus posibilidades para rechazar la solicitud bajo las causales de las normas ya citadas.

Es más, este panorama resulta cuestionable y reprochable, por el solo hecho que se excusen en un tercero, ABD, que ni siquiera es el responsable de dicha labor, para no responder por un servicio deficiente que se prestó para ese momento, por lo que contrario a lo afirmado, no solo en virtud al contrato de telecomunicaciones existente y vigente entre COMCEL SA y el señor LOZANO ROJAS, y en las normas referidas, habrá que concluir que se encuentra debidamente facultado y legitimado como parte pasiva.

Ahora bien, son los argumentos antes esbozados y los referidos en la demanda suficientemente fuertes para encontrar acreditado el daño, la culpa y el nexo causal, con los que se configura la responsabilidad civil que se endilga, por la que la suscrita no ahondará o traerá nuevamente éstos para no ser extensivo aún más el presente documento.

Siendo consecuentes con lo discurrido hasta aquí, que le resulta claro a la suscrita, obviamente sobre la base de las situaciones fácticas descritas y ampliamente demostradas mediante acciones constitucionales, derechos de petición, entre otros, que COMCEL SA si incurrió en la culpa del daño que sufrió el demandante, ya que si bien existe un deber legal de portabilidad como lo anota la parte en sus excepciones, también resulta cierto que tiene unas obligaciones constitucionales, contractuales e incluso legales para evitar fraudes con sus medios tecnológicos en contra de sus clientes, como se dejó visto en las normas referidas, para haber intervenido en pro que la portabilidad no fuera efectiva, puesto que los cánones citados hacen referencia a la obligación de aceptar la decisión del usuario, pero en este caso la portabilidad no provenía de la voluntad

del demandante, como se lo hizo saber al proveedor de telecomunicaciones quien simplemente hizo caso omiso a esas advertencias y ruegos de mi mandante cuando informó que un tercero desconocido estaba realizando el trámite de portabilidad y no él.

Finalmente, frente a las excepciones que atacan la procedibilidad de las pretensiones patrimoniales y extrapatrimoniales, simplemente diré que éstas se encuentran soportadas en el daño a resarcirse, que son procedentes entre sí, tal como se analizó a través de la jurisprudencia referida en la demanda, pero además encuentran soporte en el material probatorio arrojado dentro del proceso, en las pruebas que se evacuarán a largo del proceso, para que finalmente sea el Juez del proceso quien realice el juicio de ponderación y tasación de los perjuicios reclamados.

Por último, y desde ya se dirá que la estimación de las pretensiones patrimoniales por la suma de UN MILLÓN SETECIENTOS TREINTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$1.732.446), sí tiene un sustento razonado y con soporte en el material probatorio arrojado, contrario a la objeción en la que únicamente se centra en discutir elucubraciones desde su posición intransigente, pero sin ninguna razón, afirmación que tiene asidero en las siguientes razones:

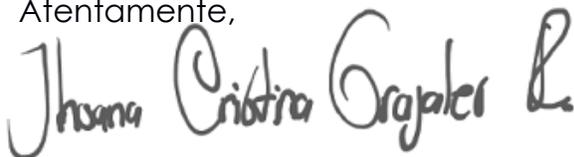
- El valor de \$424.211 que se reclama se exige del BANCO BILBAO VISCAYA COLOMBIA SA "BBVA COLOMBIA", es decir, en este sentido no se encuentra legitimada la demandada para objetar dicha suma, ya que la entidad financiera fue quien permitió una transacción no aprobada por mi representado, y posteriormente, se negó a la devolución de dicha cifra aduciendo que esa compra la realizó el demandante, es decir, se itera, esa pretensión no está dirigida en contra de COMCEL SA,
- La suma de UN MILLÓN TRECIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$1.308.235), que se reclama a COMCEL SA se encuentra contenidas en las facturas del plan mensual del celular de la línea celular 3127889627, por valor de SETENTA Y SEIS MIL



NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$76.955), causados desde el mes de septiembre de 2022 que se recuperó la línea y hasta la fecha, de las cuales se presentó un par de las mismas como pruebas, y que se exigen, ya que mi mandante conserva esta línea por el temor que se pueda perpetuar el fraude y además de que es allí donde le informan supuestamente las operaciones que realizó, a pesar de que no la usa, tal como se explicó en el hecho 2-18 de la demanda. Es decir, la conserva por culpa de la ocurrencia del fraude que, a su vez, fue culpa de las acá demandadas.

En consecuencia, solicito muy respetuosamente al Despacho se niegue la objeción presentada al juramento estimatorio por COMCEL SA al no tener ningún asidero probatorio; igualmente, pido al Juzgado que se despachen desfavorablemente las excepciones propuestas por las demandadas, y que se acceda a las pretensiones contenidas en la demanda.

Atentamente,



JHOANA CRISTINA GRAJALES RAMÍREZ

C.C. 1.088.264.872

T.P. 232.272 del C. S. de la J.