



ACCION POPULAR

Honorable Magistrado
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CAQUETA (Reparto)
Ciudad

Ref. ACCION POPULAR –Protección de derechos e intereses colectivos.

ACCIONANTE: Procurador 71 Judicial I Administrativo de Florencia - Caquetá

ACCIONADO: Municipio de Cartagena del Chairá. Superintendencia Financiera de Colombia. Banco Popular –Sucursal Florencia - Caquetá.

FABIO ANDRÉS DUSSÁN ALARCÓN, Ciudadano en ejercicio, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 17.655.537 de Florencia, residente en la misma ciudad, en calidad de Agente del Ministerio Público delegado ante los Jueces Administrativos del Circuito, en ejercicio de la ACCION POPULAR de conformidad con el artículo 88 de la Constitución Política y Ley 472 de 1998, acudo a su Despacho para que judicialmente se proteja EL PATRIMONIO PÚBLICO – Sistema General de Participaciones -funcionamiento, por la falta de control y seguridad en el manejo de los dineros públicos por el BANCO POPULAR sucursal Florencia – MUNICIPIO DE CARTAGENA DEL CHAIRA; Igualmente, la ausencia de procedimiento administrativo expedito por parte de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA en la recuperación de dichos dineros públicos. La acción se fundamenta en lo siguiente:

HECHOS

PRIMERO: El día 14 de septiembre de 2016, extraños a la administración pública del municipio de Cartagena del Chaira – Caquetá, intentaban realizar transacción financiera electrónica de la cuenta “No. 110620022384”.

SEGUNDO: La plataforma virtual del Banco Popular no dejaba realizar ningún tipo de transacción, presentándose como extraño el contenido que aparecía en la pantalla del computador, así: “*su sesión ha terminado*”.



TERCERO: Siguiendo los protocolos de seguridad para esta clase de operaciones financieras con recursos públicos, el BANCO POPULAR por intermedio del señor JONATHAN COTE (funcionario del Banco Popular y encargado de confirmar la transacción) se comunica vía telefónica con la señora SANDRA MYLENA FLOREZ ULCUE (Secretaria de Hacienda) con el propósito de conseguir su aval para el ejercicio transaccional; es decir, la ejecución de transacciones electrónicas de la Cuenta Corriente No. 110620022384 por valores de \$41.577.000.00, \$47.448.000.00 y \$36.162.000.00.

CUARTO: La funcionaria pública manifestó de *manera clara y concisa que desde su despacho no se había realizado ninguna operación bancaria, teniendo en cuenta la inexistencia de soporte obligacional o contractual que acreditara la misma*; de otro lado, siendo movimientos extraños al personal administrativo habilitado para tal efecto, *solicita a la entidad financiera el bloqueo inmediato de la cuenta para la protección de los recursos públicos; igualmente, el bloqueo por "NIT" para evitar cualquier tipo de fraude electrónico.*

QUINTO: Con posterioridad, se recibe comunicación del señor MIGUEL ANGEL GOMEZ Subgerente del Banco Popular sucursal Florencia, quien manifiesta a la señora Secretaria de Hacienda la efectividad en truncar las transacciones irregulares que se pensaban ejecutar. Desafortunadamente, fue imposible reversar y/o evitar la transacción de \$36.162.000.00, dineros públicos que supuestamente terminaron en las arcas de la Dirección de Impuestos y Aduana Nacionales -DIAN.

QUINTO: Verificada la información con la DIAN en la recepción de la transacción antes mencionada, la entidad manifiesta no tener en sus arcas contables esa clase de transacción; es decir, se desconoce el paradero real de la transferencia.

SEXTO: Una vez identificada la irregularidad presentada por el Banco Popular, se da inicio al respectivo reclamo mediante oficio No. SH-SH-0072-16 de fecha 15 de septiembre de 2016. Reclamo estéril al considerar la entidad bancaria no ser la responsable en las condiciones de seguridad para hacer uso de transacciones virtuales en calidad de usuario o cliente de la misma.

SEXTO: De lo acontecido se dio conocimiento el día 15 de septiembre de 2016 a la Fiscalía General de la Nación, generando la noticia criminal No 180016000551201600048. Incluso, se declaró el siniestro para que la aseguradora LA PREVISORA S.A asumiera el pago de lo presuntamente hurtado.

SÉPTIMO: Hasta el momento, dada la prestación de un servicio público bancario, los dineros públicos no se han podido recuperar. Aún más, mediante comunicación DA-0424-18 del 21 de agosto de 2018, la entidad territorial considera no ser la responsable en el



extravío de los dineros públicos, pues la entidad bancaria no brindó las condiciones de seguridad necesaria en la labor técnica informática.

DERECHOS COLECTIVOS VULNERADOS

La falta de diligencia y cuidado necesario por la entidad territorial – MUNICIPIO DE CARTAGENA DEL CHAIRA, en asocio a la ausencia de controles de seguridad más rigurosos por la entidad bancaria –BANCO POPULAR, *en la prestación de un servicio público esencial*, han permitido vulnerar el bien colectivo del PATRIMONIO PÚBLICO (Sistema General de Participaciones –funcionamiento) en el municipio antes referido. De lo mismo, la ausencia de un procedimiento administrativo expedito por parte de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA cuando se trate de la recuperación de dineros públicos, acrecienta la vulneración en el derecho colectivo susodicho.

PETICIÓN

Que se declare la vulneración al bien colectivo del PATRIMONIO PÚBLICO en cabeza del BANCO POPULAR sucursal Florencia, entidad bancaria que poseía la custodia y cuidados de seguridad necesarios en el manejo de los recursos públicos del municipio de Cartagena del Chairá – Caquetá, circunstancia que permitió a terceros transgredir las condiciones de seguridad bancarias y sustraer de la Cuenta Corriente SGP -funcionamiento No. 110620022384, la suma de *Treinta y seis millones ciento sesenta y dos Mil Pesos M/cte (\$36.162.000.00)*.

Como consecuencia de lo anterior, el BANCO POPULAR restituya el dinero sustraído de sus arcas en la cantidad de *Treinta y seis millones ciento sesenta y dos Mil Pesos M/cte (\$36.162.000.00)*; *de lo mismo, el reconocimiento de todos los intereses corrientes y moratorios causados desde el momento en que se sustrajo el dinero hasta que se haga efectivo el reintegro del mismo.*

Que se declare la vulneración al bien colectivo del PATRIMONIO PÚBLICO en cabeza de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, en la falta de una inspección y vigilancia adecuada para la recuperación de los dineros públicos; por tanto, conmíñese a la constitución de un procedimiento administrativo eficaz, ágil, rápido, expedito y diligente cuando se trate de la recuperación de dineros públicos extraviados al interior de corporaciones bancarias, en aplicación a las tesis jurisprudenciales del riesgo beneficio.



Que se declare la vulneración al bien colectivo del PATRIMONIO PÚBLICO en cabeza del MUNICIPIO DE CARTAGENA DEL CHAIRÁ - CAQUETÁ, en la falta de diligencia y cuidados necesarios en la realización de operaciones financieras propias de la Cuenta Corriente SGP -funcionamiento No. 110620022384. Como consecuencia de lo anterior, la entidad territorial por intermedio de su representante legal, restituya el dinero sustraído de sus arcas en la cantidad de *Treinta y seis millones ciento sesenta y dos Mil Pesos M/cte (\$36.162.000.00)*; *de lo mismo, el reconocimiento de todos los intereses corrientes y moratorios causados desde el momento en que se sustrajo el dinero hasta que se haga efectivo el reintegro del mismo.*

RAZONES DE DERECHO

La Corte Constitucional ha estudiado la procedencia de diversas acciones contra entidades bancarias puesto que éstas prestan, con autorización del Estado, *un servicio público esencial* y, en términos genéricos, desarrollan una posición de preeminencia frente al usuario, la cual impide el desarrollo de las relaciones en un plano de igualdad o simetría¹.

Las entidades bancarias en la actualidad ofrecen diversidad de servicios e implementan una sistematicidad de mercado para captar la atención de los usuarios de servicios financieros. Estas entidades bancarias se han valido y se valen, entre otras estrategias, de la tecnología en forma cada vez más intensa y acelerada.

La implementación de la tecnología bancaria o política de Estado llamada “BANCARIZACIÓN”, se proyecta con el objetivo de facilitar el acceso de los usuarios a los diferentes productos que ofrece, reducir el manejo de dinero efectivo, acelerar la velocidad de las transacciones sin la intermediación de empleados bancarios, entre otras ventajas. De contera, nacen para ello los “cajeros automáticos, tarjetas inteligentes (débito y crédito), dinero digital, *transferencias electrónicas*, utilización del computador personal para acceder a los servicios bancarios a través de portales en la web, etc.”²

Como es apenas lógico, la “*bancarización*” es propia del ejercicio transaccional sin que la entidad bancaria tenga contacto personal con su cliente. En este orden de ideas, serán las entidades bancarias las que tengan que *disponer de mayores niveles de seguridad en las transacciones que realizan*, pues el contacto con su cliente se ha despersonalizado³.

¹ Sentencia T-587 de 2003. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

² Corte Suprema de Justicia. SC16496-2016 Radicación n°. 76001 31 03 002 1996 13623 01. Bogotá, D. C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

³ Ibidem.



Hoy las entidades bancarias deben estar preparadas para implementar niveles de seguridad adecuados que, *permitan contrarrestar la nueva ola de delitos cibernéticos* que anidan en los mismos riesgos que la entidad financiera crea en beneficio de sus clientes.

La Corte Suprema de Justicia⁴ se ha permitido reiterar que la responsabilidad del banco

“(...) deriva del ejercicio y del beneficio que reporta de su especializada actividad financiera, como así lo tiene definido la jurisprudencia cuando asevera que una entidad crediticia es una empresa comercial que dado el movimiento masivo de operaciones, ‘asume los riesgos inherentes a la organización y ejecución del servicio de caja (...)”

De otro lado, la influencia de la tecnología bancaria

*“(...) supone un contacto del cliente con medios en buena medida desconocidos”, [que] lo distancia de la atención personalizada y lo expone a situaciones nuevas que, por un lado, lo benefician y, por otro, pueden generarle dificultades relevantes, **al absorber riesgos sin tomar cabal conciencia de ello.***

Así, en ese nuevo contexto, aparecen riesgos severos: las estafas cibernéticas, el lavado de dinero, el fraude documental, el fraude con cheques falsificados o con tarjetas de crédito, la falsificación de transacciones, etcétera.

En el proceso de adaptación tecnológica, sin duda, los beneficios son recíprocos; sin embargo, el riesgo profesional no puede ni debe ser transferido hacia los usuarios, sobre todo si no están suficientemente advertidos.

Menos aún puede bloquearse la posibilidad de probar efectivamente las causas de los comportamientos disvaliosos (...)”⁵. (Negrilla no original)

Como se puede observar, es inconcebible que habiendo confirmado el BANCO POPULAR, lo siguiente: **(i)** Ausencia de movimiento en la Cuenta Corriente No. 110620022384 Sistema General de Participaciones (funcionamiento) por el municipio de Cartagena del Chairá – Caquetá y **(ii)** Realización de bloqueo transaccional “NIT” para evitar cualquier clase de fraude bancario; sólo se hayan podido bloquear dos (02) transacciones de los tres (03) intentos de fraude ejecutados, evidenciando la falta de control adecuado para impedir la consumación del daño provocado al patrimonio público del Estado.

Incluso, esta Agencia Fiscal resalta la poca o escasa solidaridad en la recuperación de los dineros públicos provenientes del Sistema General de Participaciones, pues encuentra en el material documental que la entidad bancaria escapa a su responsabilidad argumentando no haber sido vulnerada en sus sistemas de seguridad; entonces, nos preguntamos: ¿Quién realizó el giro de los *Treinta y seis millones ciento sesenta y dos Mil Pesos M/cte (\$36.162.000.oo) supuestamente a la DIAN, si la funcionaria solicitó el bloqueo para las transacciones? ¿Existiendo*

⁴ (Cas. Civil 24 de octubre de 1994)” (CSJ SC976-2004 del 3 de agosto de 2004, rad. 7447).

⁵ Barbier, Eduardo Antonio, Contratación bancaria, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, página 17 y 18.



solicitud de bloqueo “NIT” para evitar cualquier intento de transacción, por qué se impiden dos (02) y se termina ejecutando una de ellas?

Es preciso indicar que la Corte Constitucional ha establecido que la actividad bancaria

*“(…) dada su caracterización y trascendencia dentro del marco de organización jurídico-política propia del Estado Social de Derecho, es un servicio público, pues además de la importancia de la labor que desempeñan los establecimientos del sector financiero, públicos y privados, la misma está ligada directamente al interés de la comunidad, que reclama las condiciones de permanencia, continuidad y regularidad que le son inherentes, y su regulación y control son responsabilidad directa del Estado. A partir de los anteriores presupuestos, se entiende por qué, el Constituyente, en el caso específico de los establecimientos de crédito, le impuso al Estado el deber de regular su actividad, condicionándola y sometiéndola a unas reglas y controles específicos, que deben operar de manera tal que se realice el principio superior que señala **la primacía del interés general sobre el particular**; ese deber de regulación incluye, desde luego, el deber de **hacer efectiva la responsabilidad de los agentes económicos proveedores de bienes y servicios, específicamente de los propietarios y administradores de los establecimientos de crédito(…)**”. (Negrilla no original)*

Mientras la Corte Constitucional ha determinado que la actividad bancaria es un servicio público esencial, donde prevalece el interés general sobre el particular; por ende, la necesidad de una *declaración efectiva de la responsabilidad de los agentes económicos proveedores de bienes y servicios bancario*. A la fecha, no exista un pronunciamiento diligente del ente bancario en la recuperación de los dineros públicos; de lo mismo, brilla por su ausencia procedimiento administrativo diligente por parte de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA que ayudase a dicha recuperación.

Esta Agencia Fiscal considera que el control y vigilancia en el servicio bancario puede ser lento y paquidérmico tratándose de las defraudaciones a las cuentas bancarias particulares; no obstante, cuando se trate de cuentas bancarias de entidades públicas, cuyos recursos revisten la misma calidad, la diligencia debe ser esencial por aquello de prevalecer el interés general sobre el particular.

De otro lado, dicha acción popular será el escenario propicio para verificar la acción u omisión en la que pudo haber incurrido la entidad territorial, si partimos del hecho que las transacciones electrónicas se realizan por intermedio del elemento humano, asunto que puede estar inmerso en el error.

Es probable que las autoridades bancarias desconozcan el tipo de responsabilidad que se analiza en este caso en particular, así como el tipo de contrato celebrado entre las partes, siendo pertinente recordar que la jurisprudencia al interpretar la responsabilidad de los bancos en casos análogos como el pago de cheques falsos o adulterados, ha precisado que se trata de una aplicación de la llamada *teoría del riesgo creado que, consiste en asumir*



los riesgos de pérdida y daños que genere una actividad lícita y lucrativa a la parte que la desarrolla y obtienen sus beneficios sobre todo si se trata de un empresario profesional⁶.

El asunto es preocupante, si partimos del hecho que dentro de la jurisdicción se tramitó idéntica acción por transacción electrónica no autorizada en el municipio de LA MONTAÑITA⁷; no obstante, a diferencia de esta, la entidad bancaria es el BANCO DE BOGOTA que, si bien son entidades bancarias diferentes, las dos obedecen al GRUPO BANCARIO AVAL, lo que se puede traducir en una presunta red de fraude electrónico al interior de este grupo bancario con aplicación directa a las entidades territoriales que conforman el departamento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoco como fundamentos de derecho el Art. 88 de la Constitución Política y la Ley 472 de 1998 y demás normas sustantivas y procedimentales aplicables al presente evento.

PROCESO

Se trata de un proceso especial, regulado por la Ley 472 de 1998.

COMPETENCIA

Es usted competente Honorable Magistrado, por la naturaleza del asunto y en consonancia con el Art. 152-16 de la Ley 1437 de 2012.

PRUEBAS

⁶ Sentencia Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil. Sentencia del 20 de abril de 2006. Exp 110013103008200101281-01.

⁷ Acción Popular 18-001-23-33-001-2018-00117-00 MP. Néstor Arturo Méndez Pérez. Devolución de dinero bajo pacto de cumplimiento.



Relación de los medios de prueba documentales:

- Requerimiento del 17 de agosto de 2018 –Procuraduría 71 Judicial I Administrativa.
- Oficio DA-0424-18 del 21 de agosto de 2018.
- Requerimiento (queja) SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Oficio SH-SH-0030 del 15 de mayo de 2018 –Sin contestación.
- Requerimiento BANCO POPULAR. Oficio SH-SH-0072 del 15 de septiembre de 2016.
- Formulario No. 14509002850742 donde la DIAN niega la realización de transacción a su favor.
- Solicitud de intervención judicial a la Procuraduría 71 Judicial I Administrativa del 09 de abril de 2018.
- Informe de Auditoria Contador Público Municipal.
- Entrevista FPJ-14 del 21 de septiembre de 2016.
- Formato Único de Noticia Criminal FPJ-2.
- Consulta de movimientos bancarios donde se observa reversada las transacciones de \$47.448.000 y \$41.577.000, salvo la transacción de \$36.162.000.
- Declaración versión libre ante Oficina de Control Interno Disciplinario.
- Reclamación -siniestro por hurto a LA PREVISORA S.A.
- Queja ante la Dirección Técnica de Control Fiscal –Contraloría Departamental.
- Pacto de cumplimiento en proceso de la misma índole contra BANCO DE BOGOTA. Acción Popular 18-001-23-33-001-2018-00117-00 MP. Néstor Arturo Méndez Pérez.

Relación de medios de prueba testimoniales:

Solicito, respetuosamente, la práctica del siguiente medio probatorio testimonial a efecto de clarificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en cómo se dio la comunicación entre la entidad bancaria y la entidad territorial antes, durante y después de haberse extraviado los dineros públicos. Igualmente, las circunstancias fácticas posteriores al descubrimiento de las operaciones electrónicas no autorizadas. **Nota:** La comparecencia de los testigos se hará por intermedio de esta Especializada, una vez retiradas las citaciones del Despacho Secretarial.

- Citar para escuchar en estrados a la señora SANDRA MYLENA FLOREZ ULCUE – Secretaria de Hacienda Municipal.
- Citar para escuchar en estrados al señor MIGUEL ANGEL GOMEZ –Subgerente Banco Popular sucursal Florencia.
- Citar para escuchar en estrados al señor JONATHAN COTE –Funcionario Banco Popular encargado de confirmar las transacciones vía telefónica.
- Citar para escuchar en **interrogatorio de parte** al señor LUIS FRANCISCO VARGAS CORREA, en su calidad de Alcalde Municipal.



NOTIFICACIONES

El accionante en la Carrera 9 No. 9-65, B/ El Prado de la Ciudad de Florencia – Caquetá y al correo electrónico: fdussan@procuraduria.gov.co

El accionado popularmente (BANCO POPULAR) podrá ser notificado en la Carrera 11 No. 15-55 Florencia – Caquetá y al correo electrónico: No registra en página Web.

El accionado popularmente (SUPERINTENDENCIA FINANCIERA) podrá ser notificado en la Calle 7 No. 4-49 Bogotá D.C. y al correo electrónico: notificaciones_ingreso@superfinanciera.gov.co

El accionado popularmente (MUNICIPIO DE CARTAGENA DEL CHAIRA) podrá ser notificado en la Carrera 4 No. 3-24 Cartagena del Chairá. Correo electrónico: Luisfranciscovargascorrea1@gmail.com; judicial@cartagenadelchaira.gov.co

Del Honorable Magistrado

Atentamente,

FABIO ANDRÉS DUSSAN ALARCON

Procurador 71 Judicial I administrativo

C.C 17.655.537 de Florencia

Cel. 320 903 68 03

fdussan@procuraduria.gov.co