



LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado ponente

SC1230-2018

Radicación n.º 08001-31-03-003-2006-00251-01

(Aprobado en Sala de catorce de marzo de dos mil dieciocho)

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018).

La Corte procede a decidir el recurso de casación interpuesto por el Banco Agrario de Colombia S.A., frente a la sentencia de 2 de diciembre de 2013, proferida por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario promovido por la Caja de Compensación Familiar – CAJACOPI – Atlántico, contra la impugnante.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

En el libelo introductor, la entidad demandante pidió declarar la responsabilidad civil extracontractual del Banco Agrario de Colombia, sede San Benito Abad (Sucre), por los daños a ella causados *«con motivo de la irregular y negligente apertura de la [c]uenta de [a]horros No 46362200048-2, abierta supuestamente por (...) [su] Representante legal (...)»*, cuando éste no intervino en tal operación.

En consecuencia, solicitó condenar a la entidad financiera convocada al pago de perjuicios materiales en su modalidad de *«daño emergente y lucro cesante»*, en la suma de *«[doscientos veinte millones ciento veintisiete mil cuatrocientos veintitrés pesos con sesenta y cuatro centavos] (\$220.127.423,64)»* por el primer concepto, y lo dejado de percibir, actualizado, como efecto de esa pérdida, concerniente al lucro cesante, destacando que *«cuando se trata de sumas de dinero, [éste] se considera (...) la falta o merma en la productividad [que] si no es posible acreditarla se aplica de interés comercial como compensación por la utilización del dinero»*.

2. Hechos.

El fundamento de lo impetrado admite el siguiente compendio:

2.1. El 6 de abril de 2005 fue abierta en el Banco Agrario de Colombia, oficina del municipio de San Benito Abad (Sucre), la cuenta de ahorros n.º 46362200048-2 a nombre de la Caja de Compensación Familiar Cajacopi - Atlántico, por una persona que suplantó a su Director general, Eduardo Galofre Manotas, situación desconocida por los directivos de ésta.

2.2. Enterada de esa irregularidad, Cajacopi radicó ante el Banco Agrario cuatro derechos de petición, tres de ellos el 29 de diciembre de 2005, en las oficinas principales, San Benito Abad (Sucre) y Paseo Bolívar de Barranquilla, pretendiendo información sobre lo acaecido, pero dicha entidad se negó a suministrarla, por lo cual el 5 de enero de 2006, los reiteró.

2.3. Solo hasta el 25 de mayo de 2006, la Gerente Regional, lacónicamente le comunicó a Cajacopi que el Banco había cumplido con los procedimientos y que por ello estaba exonerado de responder por el pago de los recursos manejados en dicha cuenta.

2.4. El accionado, agrega, actuó de manera negligente y omisiva porque facilitó la apertura de la cuenta de ahorros *«sin verificar si quien ante ellos se presentaba como el Representante legal de Cajacopi realmente lo era y si los documentos presentados eran reales, es decir, acordes con la realidad (...) además, continu[ó] con la negligencia al permitir la expedición de cheques de gerencia sin verificar la real voluntad de Cajacopi»*, y sin tener en cuenta que se trataba de transacciones superiores a \$10.000.000,00, circunstancia esta que le imponía el deber de verificar y adoptar controles para la seguridad del cuentahabiente, más aún en razón de la naturaleza de Cajacopi, pues al ser Caja de Compensación, administra recursos del régimen subsidiado en salud (ARS).

3. Actuación procesal.

Notificada la convocada, se opuso a las pretensiones, negó su responsabilidad y esgrimió las excepciones de mérito que denominó: *«culpa grave exclusiva del demandante, inexistencia de causa para pedir, ausencia de daño, cobro de lo no debido, culpa de terceros, enriquecimiento sin causa, y la genérica»*, sin sustento distinto a la respuesta ofrecida a los hechos en donde niega la falta de contestación a las peticiones de la accionante y dice no constarle la suplantación del representante legal de Cajacopi (ff. 49-52 c.1).

Mediante fallo de 25 de abril de 2013 y luego de negarse la solicitud de nulidad propuesta por la demandada, fundada en falta de jurisdicción de los jueces civiles, en virtud de haber entrado en vigencia de la Ley 1107 de 2006 que le atribuyó el conocimiento de asuntos en donde intervienen

entidades como la aquí convocada, a la justicia contencioso administrativa, el *a quo* accedió a las pretensiones, al encontrar satisfechos los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, derivada del negligente e irregular proceder de aquella, lo cual permitió el detrimento patrimonial de la accionante.

En consecuencia, condenó al Banco Agrario a pagarle a ésta \$220.528.847,02 por daño emergente y \$247.198.143, por lucro cesante, según cálculo pericial.

Al desatar la apelación propuesta por la mencionada entidad, el *ad quem* confirmó el fallo del *a quo*.

II. SENTENCIA IMPUGNADA

1. El Tribunal, luego de precisar que la acción ejercida es de naturaleza extracontractual, señalar sus presupuestos y aludir a hechos confesados por el ente demandado, dio por demostrada la apertura irregular de la cuenta de ahorros en la oficina del Banco Agrario de San Benito (Sucre), a nombre de la reclamante, cuando ésta no gestionó tal apertura, pues su representante legal no realizó dicho trámite, sino alguien distinto quien lo suplantó, sin que el convocado hubiera adelantado gestión alguna tendiente a descubrir la identidad del simulador.

La prosperidad de toda responsabilidad civil, contractual o extracontractual, agregó, depende de la

demostración del hecho dañoso, requisito no controvertido en este asunto y debidamente acreditado, el menoscabo sufrido por el actor, la relación de causalidad jurídica o título de imputación, el vínculo causal material u objetivo y la cuantificación de ese perjuicio.

Indicó que como según la entidad demandante, *«el daño fue cometido en virtud de un contrato de cuenta corriente fraudulento»* en el cual ella no intervino, esa *«situación (...) nos ubica en el terreno de una responsabilidad civil extracontractual derivada de un contrato»*.

Aludió luego al contrato, incluido el bancario, como fuente de las obligaciones, y a los deberes del banco cuando del negocio de cuenta corriente se trata, señalando que dentro de ellos se encuentra el de seguridad en su perfeccionamiento o etapa formativa, lo cual implica que en esos eventos, se deben ejercer mayores controles, dado que se trata de intermediación financiera de dineros públicos, actividad de interés público, inclusive considerada como peligrosa y de la cual la entidad crediticia es especialista.

2. Según el juzgador, como en la audiencia prevista en el artículo 101, el accionado admitió que quien compareció a abrir la cuenta no fue el representante legal de la demandante, sino un suplantador, aceptó su falta de control, carga que le incumbía en razón de «*su órbita funcional*», para evitar la usurpación del representante de la entidad demandante y por tanto, dedujo, «*el defraude [sic] ocurrido con los dineros de la entidad demandante son imputables al demandado a título de riesgo*».

Lo anterior, agrega, permite «*tener por demostrado el presupuesto imputación y vínculo causal, habida cuenta que tal apertura irregular y desconocida por Cajacopi, posibilitó que quien realizó la defraudación direccionara a dicha cuenta los dineros que por concepto del Régimen Subsidiado de salud recibe de algunos municipios, circunstancia que igualmente fue admitida por el demandado, al extremo que relevó al despacho de las pruebas al respecto*».

La irregular apertura de la cuenta de ahorros a nombre de la entidad demandante sin los específicos controles respecto de la identidad del interviniente en ese acto y del representante legal de aquella, afirma el Tribunal, «*constituye suficiente evidencia para que se den por establecidos los presupuestos de la responsabilidad civil, más cuando el daño está cuantificado documental y pericialmente*».

3. En relación con el perjuicio reclamado, sostuvo el *ad quem*, éste no se configuró únicamente por la apertura de la cuenta bancaria, lo cual por sí solo no constituye un hecho dañoso, sino debido a la posterior extracción de los dineros de Cajacopi depositados en dicha cuenta, sin control alguno, no obstante las elevadas cuantías.

Frente a los argumentos de la demandada, según los cuales, la accionante carece de legitimación porque los dineros públicos no son de su propiedad, sino del sistema de salud, y a la vez se presenta una causa extraña, concretamente, culpa exclusiva de un tercero y culpa grave del demandante, debido a que algunos documentos aportados fueron enviados desde un fax suyo, el Tribunal considera que la actora, por ser una Caja de Compensación, maneja recursos del régimen subsidiado, y al efectuársele giros dinerarios, ellos realmente son del sistema y no de su propiedad, pero al ser su administradora e incumbirle responder por su uso adecuado, se encuentra legitimada para solicitar el restablecimiento de los mismos cuando por conductas irregulares se desvían o pierden.

El daño, agrega, no solo puede pedirlo el propietario del bien destruido o disminuido, sino quien por cualquier causa sufra deterioro a raíz del surgimiento de una situación desfavorable; por ello, la actora, como administradora de esos recursos, está legitimada para reclamar el resarcimiento del detrimento patrimonial derivado de la defraudación de que fue objeto.

4. Como adicionalmente la parte demandada admitió la suplantación y sustracción de dineros y por ello consideró innecesario el decreto de pruebas respecto de estas circunstancias, considera el *ad quem*, no resulta lógica su argumentación contra esa confesión, porque al aceptar la apertura de la cuenta mediante suplantación, está consintiendo su falta de control al momento de aperturar la cuenta corriente.

Según el juzgador, se muestra inconsecuente la admisión, por parte de la convocada, tanto de la defraudación, como de la suplantación, frente al argumento consistente en que ello ocurrió sin su intervención, cuando ni siquiera requirió el certificado de existencia y representación legal de Cajacopi; por tanto, si anhelaba liberarse de responsabilidad, debió demostrar el cumplimiento de los controles de identidad y representación del demandante al momento de la apertura de la cuenta corriente efectuada a nombre de la actora, lo cual no hizo.

El envío de documentos desde un fax de la accionante, concluye el sentenciador, *«no es suficiente demostración de control y cumplimiento de la obligación de seguridad que se encuentra radicada en cabeza del ente financiero»*.

III. DEMANDA DE CASACIÓN

1. Síntesis del escrito de sustentación.

La entidad demandada formuló nueve cargos contra la sentencia proferida por el Tribunal; el inicial, con fundamento en el quinto motivo de casación previsto en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, al incurrir en nulidad; el sexto en el ordinal segundo *ibídem*, por incongruencia y, los restantes, en la causal primera, por infracción de la ley sustancial.

2. Régimen aplicable al recurso y metodología de resolución.

Preliminarmente ha de señalarse que, como la presente impugnación extraordinaria fue instaurada con antelación a la entrada en vigencia del Código General del Proceso, la misma seguirá su trámite de acuerdo con los lineamientos del Estatuto Procesal Civil, en observancia de lo previsto en los artículos 624 y 625 de aquella normativa, según los cuales, *«los recursos interpuestos (...), se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos (...).»*

La Corte abordará inicialmente, el estudio de los yerros *in procedendo*, comenzando por el primero y luego el sexto. Posteriormente, los restantes, en el orden lógico. Así, el cuarto alusivo a una falta de legitimidad, el quinto por medio del cual se cuestiona la clase de responsabilidad deducida, el segundo concerniente a la ausencia de ésta, el tercero y el octavo cuya acumulación se efectuará por las razones que en su momento se expondrán, mediante los cuales se plantean causales eximentes de responsabilidad, el noveno que

censura la falta de acreditación del lucro cesante y el séptimo, la cuantificación de éste.

IV. CARGO PRIMERO

1. Con sustento en la causal quinta del precepto 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa el fallo de haber incurrido en el motivo de nulidad previsto en el ordinal 1º del canon 140 del citado Estatuto, por falta de jurisdicción.

2. Tendiente a demostrar ese reproche, el censor expone lo que a continuación se compendia:

2.1. Debido a que la naturaleza jurídica del Banco Agrario corresponde a una sociedad de economía mixta con capital público superior al 50%, la llamada a conocer de este proceso es la jurisdicción contencioso administrativa, según los lineamientos del artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, modificadorio del 82 del C.C.A., pero como no se permitió que ésta lo definiera, la actuación quedó viciada de nulidad insaneable.

Según el recurrente, a pesar de que la demanda fue presentada y admitida en vigencia de la norma últimamente citada, el juez de primera instancia ha debido remitir las diligencias a los jueces administrativos, una vez entró a regir aquella Ley, pero como no lo hizo, surgió la nulidad insubsanable cuya declaración ha venido reclamando.

2.2. Con fundamento en unas decisiones del Consejo de Estado, que predicen que la Ley 1107 de 2006 adoptó un criterio orgánico para asignarle a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de controversias y litigios en los cuales sean parte las entidades públicas, incluyendo las sociedades de economía mixta con capital superior al 50%, y por ser dicha normativa de contenido procesal es de aplicación inmediata, reitera la estructuración de la nulidad insaneable, por ausencia de jurisdicción de los jueces civiles.

Según anota, esas decisiones clarificaron la competencia de los jueces administrativos, pues ahora, para establecerla, *«no será relevante determinar si el ente del cual proviene la actividad que dio lugar al litigio o a la controversia cuyo juzgamiento se pretende, ejerce o no función administrativa, sino que bastará con establecer la naturaleza de la entidad que ejecutó la actividad que dio origen al litigio»*.

Por tanto, según transcripción que realiza de uno de tales proveídos, concerniente a la aplicación de la aludida normativa, *«(...) como la regla general indica que la ley procesal en el tiempo se aplica de manera inmediata y rige para el futuro, incluso sobre los procesos pendientes y, como quiera que el legislador en la ley 1107 de 2006 no dispuso mediante normas transitorias expresamente lo contrario, debe concluirse que bajo la nueva ley caen las reglas de jurisdicción y competencia y, como consecuencia, los procesos en curso se ven afectados por la misma (...)»*.

2.3. En esas condiciones, recaba la censura, una vez empezó a regir la Ley 1107 de 2006, la justicia ordinaria no podía seguir conociendo de este litigio en donde se discute la responsabilidad civil extracontractual del Banco Agrario de Colombia, sino que ha debido remitirlo a la Contencioso Administrativa, según aquéllos criterios jurisprudenciales, pues, inclusive, agrega, el Consejo Superior de la Judicatura ha dirimido conflictos de jurisdicción asignándole a los jueces administrativos procesos iniciados por los de la especialidad civil antes de la vigencia de aquella, en cuyo respaldo cita una providencia de 12 de mayo de 2010.

Como quienes aquí conocieron y fallaron, lo hicieron sin facultad para ello, recalca la censura, provocaron la nulidad insaneable cuya declaratoria pretende.

2.4. Insiste en que las disposiciones procesales en el tiempo se aplican de manera inmediata y como aquella normativa no dispuso lo contrario en preceptos transitorios, *«los procesos en curso se ven afectados por la misma (...) [pues] el hecho de que al proceso esté vinculada una entidad de esta naturaleza, resulta suficiente para reconocer la competencia de (...) [la] jurisdicción [contencioso administrativa]»*.

2.5. El principio de la *perpetuatio jurisdictionis* esgrimido por los juzgadores de instancia al denegar la nulidad propuesta, considera la censura, no puede acogerse en este caso, puesto que según doctrina por ella citada, la competencia puede perderse *«cuando por virtud de una nueva ley procesal se le asigna su conocimiento a otro funcionario de la misma o distinta rama»*.

2.6. Finalmente, estima el recurrente, que a pesar de lo previsto en el numeral 1º del artículo 105 de la Ley 1437 de 2011, según el cual, *«no son de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa [l]as controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras ...(sic) cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades»* tal norma no resulta aplicable en este caso, porque de acuerdo con el precepto 308 *ibidem*, aquella *«solo se aplica a los procesos iniciados con posterioridad a su vigencia»*.

Por tanto, finaliza el censor, si este asunto se hubiera remitido a la jurisdicción contencioso administrativa, no existiría posibilidad de devolverlo a la justicia ordinaria, porque la competencia de aquella, no se vio alterada.

2.7. Con base en lo anterior pide anular el proceso *«por falta absoluta de jurisdicción»*.

V. CONSIDERACIONES

1. La competencia jurisdiccional: fundamento y atributos.

1.1. La jurisdicción es la manifestación de soberanía del Estado para administrar justicia, que para el caso de los regímenes democráticos de derecho exige la previsión de al menos una institucionalidad autónoma e independiente de los demás poderes públicos dispuesta para cumplir la función de declarar la existencia o certeza de un derecho, o

su realización efectiva o coactiva, con miras a preservar la armonía y la paz social.

El artículo 228 de la Constitución Política consagra que *«La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.»*

En desarrollo del referido precepto Superior el canon 1º de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, precisa que *«La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional».*

Es también la jurisdicción emanación de la unicidad del Estado -la más importante persona jurídica de derecho público nacional e internacional- y en consecuencia, aquella es una, indivisible e inalienable- que apenas halla en la competencia su medida y departamentalización como instrumento del ejercicio de los poderes y facultades supremas.

Ello no queda desvirtuado porque el Constituyente Nacional, por razones de diseño orgánico en la Carta de 1991, efectúe división en varias jurisdicciones como medio para

solucionar los problemas funcionales de la dispensa de justicia.

1.2. Por su parte, como se anteló, la competencia es institución que corresponde a la reglamentación del ejercicio de la jurisdicción a fin de distribuirla entre los distintos jueces en cada etapa o instancia procesal, partiendo de consideraciones sobre los sujetos, materia, cuantía y territorio, lo que marca una ostensible diferencia con la jurisdicción, puesto que aquella es la especie y ésta última el género.

De esta manera, la competencia otorga a cada juez el poder de conocer determinada porción de asuntos, mientras que la jurisdicción corresponde a todos los funcionarios en conjunto. Al respecto ha instruido esta Sala de Casación:

«Concebida la competencia como la potestad o facultad para conocer y decidir determinados asuntos, en procura de la eficiencia, eficacia y orden en la administración de justicia, el legislador en ejercicio de su poder de configuración normativa, la distribuye entre los diferentes jueces, adscribiéndola a uno en particular, conforme a los conocidos fueros por materia (ratione materia) y cuantía (lex rubria) del proceso (factor objetivo), la calidad de las partes (ratione personae, factor subjetivo), naturaleza de la función (factor funcional), conexidad, economía o unicidad procesal (fuero de atracción, autos de 30 de septiembre de 1993 y 6 de octubre de 1994) y lugar (factor territorial), está delimitada conforme “a los denominados fueros o foros (...) (CCLXI, 48).» (SC 1º jul. 2009, Rad. 2000-00310-01).

A pesar de su aparente naturaleza simplemente instrumental, la figura en comentario es desarrollo de una relevante garantía constitucional fundamental, denominada

legalidad del Juez – señalada por algunos como «*Juez natural*», la cual, en últimas, reclama por la predeterminación jurídica de la autoridad a quien corresponde ejercer tan notable poder estatal en un evento específico.

En este sentido, son numerosos los instrumentos internacionales que al condensar los principios del *derecho de gentes*, reclaman por la presencia de un Juez competente en orden a la definición de los derechos, obligaciones y cualquier otra situación jurídica que corresponda a todas las personas, por su sola condición de tal.

Muestra de lo anterior es lo previsto en el artículo 10º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹; el canon 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos² y; el precepto 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³; disposiciones todas que resultan congruentes con la voluntad constituyente vertida en la cláusula Superior destinada a condensar el postulado del debido proceso, donde el componente que se viene analizando se consigna en los siguientes términos: «*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le*

¹ «*toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal...*».

² «*todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley...*»

³ «*toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*».

imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio» (C.P., art. 29, inc. 2º).

En este orden, se tiene que la noción de competencia viene a integrar y concretar el amplio ámbito de atribuciones que es propio a la idea de potestad jurisdiccional; ello por cuanto una vez se ha establecido que el conocimiento de determinado tipo de petición corresponde a los órganos judiciales o a sus equivalentes, la regla de competencia interviene para determinar y asignar de forma específica a cuál de todos los funcionarios dispuestos corresponde la causa.

Esta garantía entonces se materializa en el establecimiento de reglas claras que permitan al justiciable conocer el sujeto que habrá de estar encargado de conocer y resolver cada uno de los tópicos materia de decisión; para ello, la competencia se ordena por normas **imperativas concretas**, contentivas de reglas de **orden público e interés general** que en principio se predicen **inmodificables, improrrogables, indelegables y susceptibles de sanción** por vía de anulación de las conductas que vulneran la prerrogativa constitucional del debido proceso.

Sobre el particular ilustró la Corte Constitucional:

«Por regla general, corresponde al legislador en aquellos casos en que el Constituyente no lo haya hecho, asignar competencia a los distintos entes u órganos del Estado. Una vez definida la competencia es posible determinar cuál es el funcionario a quien le corresponde conocer o tramitar un asunto específico. La competencia se fija de acuerdo con distintos factores, a saber: la

naturaleza o materia del proceso y la cuantía (factor objetivo), la calidad de las partes que intervienen en el proceso (factor subjetivo), la naturaleza de la función que desempeña el funcionario que debe resolver el proceso (factor funcional), el lugar donde debe tramitarse el proceso (factor territorial), el factor de conexidad.

La competencia debe tener las siguientes calidades: legalidad, pues debe ser fijada por la ley; imperatividad, lo que significa que no es derogable por la voluntad de las partes; inmodificabilidad, porque no se puede variar en el curso de un proceso (perpetuatio jurisdictionis); la indelegabilidad, ya que no puede ser delegada por quien la detenta; y es de orden público, puesto que se funda en principios de interés general» (C-655/97).

2. Inmodificabilidad de la competencia jurisdiccional y principio de aplicación general inmediata de la norma procesal.

2.1. Como se anotó, una de las más relevantes características de la competencia jurisdiccional es la inmodificabilidad, denominación legal que jurisprudencial y doctrinariamente ha sido acogida bajo la fórmula latina *perpetuatio jurisdictionis* y que más correctamente debería denominarse competencia perpetua, si se atiende la verdadera dimensión de los conceptos relacionados.

Dicha propiedad, que no es ajena a contar con excepciones, constituye una arista fundamental del principio de Juez competente, en tanto complementa las demás características de la figura: orden público, legalidad, imperatividad e indelegabilidad, impidiendo que las mismas pierdan vigencia por la posibilidad de una sobreviniente variación de la aptitud legal regularmente radicada.

Procura esta nota característica asegurar la integralidad del conocimiento del asunto, esto es, que el juez de la acción sea el de la excepción de fondo, es decir de la posterior decisión, generando seguridad jurídica por vía de la garantía de que la concurrencia de los factores al momento de la presentación de la demanda es la determinante de la aptitud legal, sin que en principio, las contingencias posteriores tengan incidencia para mutar la situación inicial.

Corresponde precisar que para el caso de los sistemas procesales dispositivos, el momento de la adquisición de la competencia es aquel en el cual se presenta la solicitud de iniciación del procedimiento, complementado por el acto en el cual la autoridad judicial ordena darle curso al mismo, manifestación de voluntad que entraña la afirmación de sujeto competente y la consecuente exclusión de los demás funcionarios investidos del poder jurisdiccional, además de la satisfacción de los restantes presupuestos procesales.

2.2. Es sabido que el surgimiento de una norma jurídica nueva, relativa al trámite de las actuaciones judiciales, provoca diversas reacciones y criterios sobre la manera y momento en que debe hacerse obrar, esencialmente, en los asuntos iniciados con antelación a su vigencia.

Es claro que no se presenta mayor controversia, cuando a la entrada en vigencia de la nueva reglamentación, el juicio ya se encuentra culminado bajo los lineamientos de la derogada, pues lo allí resuelto debe permanecer intacto;

tampoco ha existido polémica tratándose de procesos promovidos después de entrar a regir aquella, toda vez que en ese caso, la contienda debe ser íntegramente rituada por dicha ley posterior, aunque en uno u otro evento deberá atenderse lo que al respecto haya previsto la misma reglamentación.

No obstante, en lo concerniente a los asuntos en trámite o no clausurados y ajenos a una regulación transitoria particular, no ha existido consenso definitivo, pues tanto la doctrina, como la jurisprudencia han planteado criterios divergentes.

Al respecto, una tendencia ha considerado que la ley anterior debe aplicarse a todo el proceso cuyo trámite fue iniciado bajo su imperio y que la nueva gobierne solamente las causas posteriores, esto es, la ultractividad plena de la normativa derogada; de otro lado, también se ha reclamado al amparo del principio de aplicación inmediata, traducido en que las nuevas disposiciones sean aplicadas a todas las situaciones tan pronto entren a regir.

Puede advertirse, si se aprecia con detenimiento la estructura secuencial y proyectiva del proceso jurisdiccional -y como también enseña la experiencia-, que una y otra posición adoptada de forma absoluta resulta seriamente problemática.

Justamente por ello, de vieja data, nuestro ordenamiento ha acogido la segunda tesis, pero con

matizaciones especiales que consultan las realidades procesales, esto es, la aplicación inmediata pero con eventos de ultractividad, tal cual se condensó desde la versión original del artículo 40 de la Ley 153 de 1887⁴, a cuyo tenor: *«Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación».*

En punto de este particular, la jurisprudencia de la Sala instruyó:

«Es hoy en día verdad sabida que frente a la aparición de leyes procesales nuevas en el ámbito civil, rige a modo de principio general de enlace normativo intertemporal el de la aplicación inmediata de los nuevos preceptos, respetándose desde luego el postulado axiomático de la no retroactividad " también reconocido de modo concluyente por el derecho procesal legislado y de cuyo significado puede decirse, en apretada síntesis, que no permite atribuirle o la normatividad naciente alcances que afectan hechos pasados o las consecuencias inmediatas que, pesar de encontrarse estas aun latentes, ellos están llamados a producir bajo el ordenamiento anterior ..." (G.J. C.XCII, pág. 30).

Significa esto, y por lo común de acuerdo con esta doctrina estatuyen positivamente preceptos de los que sin duda constituye señalado ejemplo entre nosotros el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que los procedimientos para dispensar tutela jurídica a cargo de autoridades del orden jurisdiccional son asuntos de estricto orden público que se regulan en cada momento como mejor convenga al interés social, razón por la cual se dice que la nueva ley concerniente a tales materias debe tener aplicación general inmediata aun respecto de pleitos pendientes o no resueltos, pero respetando por principio y en gracia del aludido postulado que repele la retroactividad, las situaciones concretas; en cada actuación irrevocablemente consumadas. Así, entonces, tratándose de procesos ya del todo terminados, ventilados por consiguiente bajo el imperio de la legislación anterior, sus efectos

⁴ Actualmente modificada, cual luego se precisará.

son intangibles y frente a ellos el tránsito normativo ninguna consecuencia lleva aparejada, a menos que de manera expresa el legislador hubiera dispuesto lo contrario; en el evento de proceso no iniciados o futuros, como es apenas natural, la nueva ley es la llamada a regirlos integralmente aun cuando la cuestión de fondo tenga origen de hechos acaecidos antes de su vigencia; y en fin, cuando se trata de procesos no terminados o en curso al entrar en vigencia el nuevo ordenamiento, son intangibles las situaciones procesales creadas, lo que equivale a sostener, entre otras cosas de no menor importancia, en primer lugar que no obstante la apremiante necesidad de la aplicación inmediata y generalizada del ordenamiento ritual en mención, no se puede restringir o generar la producción normal de los efectos que, si amparo de la legislación derogada, debieron producir aquellas situaciones, y en segundo lugar, que como la nueva ley no se aplica a los hechos procesales sucedidos antes de que ella entre en vigor, "los efectos que a ellos atribuye la norma jurídica entonces imperante continúan subsistiendo y, por ende, su eficacia no puede desconocerse so pretexto del cambio de legislación ..." (C.S.J. Sala de Casación Civil, providencia de 22 de agosto de 1974 no publicada).» (CSJ AC112, 28 nov. 1990, Exp. 3251).

A tono con la inteligencia del principio referido, diferentes estatutos de procedimiento civil han incluido reglas particulares de tránsito de legislación con similar enfoque, como bien puede verse en los artículos 1228 del Código Judicial (Ley 105 de 1931), 699 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) y 625 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012); cada uno de los cuales, innegablemente, ha incrementado el espectro de los supuestos de ultractividad, sin renunciar a la vocación de inmediata aplicación del nuevo compendio.

2.3. La revisión detenida de los temas precedentemente abordados y la relación de los mismos entre sí, conduce a inferir, *a priori*, una suerte de choque o colisión entre las instituciones comprometidas en lo que respecta a su alcance

práctico y necesaria estimación simultánea para los procesos en curso que enfrenten eventos de tránsito de legislación que incluyan reformas a las pautas de competencia.

En efecto, si de una parte, la característica de inmodificabilidad supone que la aptitud legal debidamente radicada –conforme al estado de cosas inicial- debe perpetuarse por vía de principio; y de otro lado, es regla general que las nuevas normas procesales deben aplicarse inmediatamente, incluso para las actuaciones no terminadas, resulta evidente que se estructura un enfrentamiento conceptual con notables consecuencias prácticas si la variación normativa comprende reglas de atribución.

Vistas así las cosas, optar por una figura supondría menoscabar o derogar en el caso concreto a la otra, es decir, si se elige ponderar la *perpetuatio jurisdictionis*, ello comportaría desconocer el carácter indisponible, imperativo y de orden público de la norma procesal, al tiempo que proceder en sentido contrario, haciendo prevalecer el principio de aplicación inmediata general de una norma procesal sobre competencia, daría lugar a negar el atributo de inmutabilidad que confiere sentido a la filosofía, propósitos políticos y utilidad jurídica de la distribución del poder jurisdiccional, en tanto garantía procesal.

3. *Perpetuatio jurisdictionis*: postura circunscrita a las variaciones en las situaciones de hecho

La respuesta que tradicionalmente mereció el *dilema* propuesto, en los eventos de ausencia de previsión legal específica, consistió en hacer prevalecer el carácter de orden público de la norma procesal y limitar el alcance de la inmutabilidad de la competencia a las variaciones en las circunstancias de hecho, negando la posibilidad de perpetuar la aptitud legal del juzgador frente a los cambios en materia de criterios de competencia y organización judicial.

En el marco de esta línea de la inmodificabilidad de la competencia se sostuvo por esta Corporación:

*«La competencia establecida inicialmente para el conocimiento de un proceso no varía con posterioridad, salvo disposición expresa de la ley, por aplicación del principio general del derecho llamado de la perpetuatio jurisdictionis, cuya finalidad es concentrar el conocimiento del negocio, en lo posible, en un solo Juez, **a pesar de las variaciones que ocurran en la situación de hecho**, impidiendo, de paso, que el expediente deambule de un lugar a otro.»* (AC, 8 abr. 1992).

De igual forma se afirmó al amparo de postulado copiosamente reiterado de la Sala sobre el *«efecto absoluto e inmediatamente obligatorio»* (G.J. ts. LXXJL pág. 512. XLII, pág. 73 y XC, pág. 271), predicable *«de todas aquellas normas de alcance general que, en atención a precisas finalidades de interés institucional para la organización judicial del país, directa o indirectamente introducen cambios en las bases y en las órbitas de la competencia asignada a jueces y tribunales»* que no es aplicable regla de ultractividad, ni siquiera parcial en la materia, en tanto:

«no les son aplicables los artículos 40 de la Ley 153 de 1887 y 699 del Código de Procedimiento Civil, tratándose de actuaciones todavía pendientes o en curso, así como tampoco es factible en modo alguno pretender oponerles artificiales cortapisas derivadas de un texto de rango legal que, cual acontece con el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil, alude por supuesto a modificaciones sobrevinientes en las circunstancias concretas de hecho que ante un asunto dado, permitieran radicar la competencia en una autoridad judicial determinada, no así a eventuales variaciones de las normas de derecho público que delimitan la esfera de atribuciones dentro de la cual le es lícito a esa misma autoridad ejercer la potestad jurisdiccional de que está investida» (AC 21 mar. 1997, Exp. 6526, entre mucho otros).

Incluso se llegó a concluir categóricamente que *«no puede hablarse frente a la ley de aplicación del principio de la perpetuatio jurisdictionis»* (AC 10 mar. 1997, Exp. 6521).

La más autorizada doctrina nacional, inspirada en literatura especializada clásica, participó de la tesis que se viene referenciando, al conceptuar: *«si por ley varía el juez competente, deben enviarse a quien en lo sucesivo lo fuere, los procesos en curso, pues se trata de competencia, que es de orden público, Art. 26 de la Constitución, es superior a la ley que regula la perpetuatio jurisdictionis»*⁵; concluyendo sobre la figura que *«no existe, como se ve, frente a las nuevas leyes procesales, y solo se aplica para las circunstancias de hecho que determinan la competencia en relación con estos factores: valor, territorio o domicilio y calidad de las partes»*⁶.

4. Inmodificabilidad de la competencia a partir del bloque de constitucionalidad.

⁵ MORALES MOLINA, Hernando. *Curso de derecho Procesal Civil*. Parte General, 11ª Ed., Bogotá: Editorial ABC, 1991, pág. 193.

⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. 2ª Ed., Bogotá: Temis, 2009, pag. 119.

4.1. La inclinación hacia una visión más amplia de la inmutabilidad de la competencia, esto es, la perspectiva que no confina el alcance de la figura a las situaciones de hecho e incluye a las de derecho (normas procesales referidas a la competencia), blindando en mayor medida la aptitud legal del funcionario judicial hasta la finalización del procedimiento, es fenómeno relativamente contemporáneo, y en importante grado, emanado de los avances en garantías procesales que encuentran venero en los instrumentos de derecho internacional, la aplicación directa de la cláusula fundamental del debido proceso, su interpretación por la jurisprudencia constitucional y los estudios de la doctrina especializada; todo lo cual condujo, incluso, a la positivización de norma concreta en la materia que en la actualidad permite entender contundentemente superado el debate relacionado.

4.2. Antes de sustentar lo anterior, es del caso precisar desde una mirada retrospectiva, que siempre estuvo latente y por consiguiente resultó plausible una hermenéutica amplia de la inmodificabilidad, si se considera que la pauta jurídica que en nuestro ordenamiento estableció el principio de aplicación general inmediata de la norma procesal -matizada con eventos de ultractividad-, artículo 40 de la Ley 153 de 1887, refería tan sólo a «*Las leyes concernientes a la **sustanciación y ritualidad de los juicios***», es decir, a las reglas procedimentales propiamente dichas (llamadas también procesales formales o de simple procedimiento), las cuales difieren según esfuerzo doctrinario de clasificación, de las disposiciones *procesales materiales* y las *procesales*

orgánicas, esta última categoría íntimamente relacionada con la competencia, en tanto alude a las leyes que se ocupan de la constitución del órgano jurisdiccional y sus atribuciones.

En este sentido, si la regla de aplicación inmediata matizada no refería a las normas procesales de competencia (orgánicas), sino tan sólo a las de sustanciación o ritualidad de los juicios (simple procedimiento), y por su parte, la inmodificabilidad es nota característica de la atribución jurisdiccional concreta -al tiempo que garantía-, correspondía inferir que ambas figuras podrían coexistir sin excluirse, en favor de la perpetuación del conocimiento del funcionario jurisdiccional y sin desmedro de las disposiciones rituales que el legislador expresa o implícitamente deseó que afectaran los procesos en curso.

4.3. Retomando, del marco convencional referido en el numeral 1.2., corresponde reiterar y destacar por su pertinencia, el alcance del numeral 1º del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que al referirse a las «*garantías judiciales*» mínimas⁷, establece:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley,

⁷ Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1995. Res. 5/96. Caso 10.970, Perú: «*La enumeración contenida en esta cláusula ha sido interpretada como una nómina de garantías mínimas no taxativas. De este modo, se ha considerado que existen otras garantías reconocidas en el derecho interno de los Estados que, si bien no están incluidas explícitamente en el texto de la Convención, igualmente se encuentran amparadas por el contenido amplio del inciso 1 del artículo 8 de la Convención.*».

*en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, o de cualquier otro carácter*⁸.

Conviene aclarar que este cuerpo normativo integra el bloque de constitucionalidad de conformidad con lo previsto en el canon 93 Superior y su alcance no está restringido a las actuaciones penales, sino que expresamente cobija a cualquier asunto donde se determinen las obligaciones y derechos de toda persona en el «orden civil, laboral, o de cualquier otro carácter»; escenarios todos dentro de los cuales se exige por igual que las situaciones jurídicas sean conocidas y definidas *«por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley»*.

Como también se anteló, el principio de legalidad del Juez, esto es, la garantía de predeterminación jurídica de la autoridad del proceso, se condensó en la Constitución Política, bajo la expresión «ante juez o tribunal competente» (art. 29), respecto de la cual ha ilustrado la Corte Constitucional:

*«El derecho al juez natural constituye una de las garantías básicas que, junto al complejo del derecho de defensa y el principio de legalidad, definen el debido proceso. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho en cuestión se encuentra consagrado en la Carta en el artículo 29, al disponer que “nadie podrá ser juzgado sino.... ante juez o tribunal competente”. **Dicho texto normativo, si bien enuncia la idea básica que subyace en el derecho al juez natural, no contiene en su integridad el contenido normativo del derecho, ni mucho menos define su núcleo esencial.** // Según la jurisprudencia de esta corporación, el juez natural es aquel a quien la Constitución y la ley le han asignado competencia para conocer cierto asunto. Con ello, la Corte no ha hecho más que reiterar lo dispuesto en el texto normativo anterior. La exigencia de*

⁸ El subrayado no hace parte del texto original.

*que se haya asignado normativamente competencia no es suficiente para definir el concepto de juez natural, pues como lo subrayó esta corporación en la sentencia C-208 de 1993, el derecho en cuestión exige además que no se altere “la naturaleza de funcionario judicial” y que no se establezcan jueces o tribunales ad-hoc. Ello implica que **es consustancial al juez natural que previamente se definan quienes son los jueces competentes, que estos tengan carácter institucional y que una vez asignada –debidamente- competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución.**» (CC SU-1184/01; destacado fuera de texto).*

En desarrollo y precisión de su línea de pensamiento, el Tribunal Constitucional enfatizó más recientemente que «*sí existe y es aplicable en el ordenamiento constitucional colombiano, un principio normativo en virtud del cual la competencia judicial tiende a perpetuarse a pesar de las reformas legales (‘perpetuatio jurisdictionis’), respecto del cual recalcó que se trata de «una garantía no absoluta y ponderable» que no supone limitación categórica e infranqueable al legislador para alterar competencias judiciales de procesos en curso, siempre y cuando se exhiba justificación suficiente para reducir el ámbito de la inmodificabilidad, dado que la figura detenta condición de salvaguarda instrumental, esto es, al servicio de caros fines constitucionales del proceso, que relacionó en los siguientes términos:*

«19. En definitiva, si bien no puede decirse que la Constitución prohíba de forma terminante o absoluta al legislador alterar competencias judiciales de procesos en curso, pues ya se vio que la jurisprudencia de la Corte no sólo ha admitido facultar a determinadas autoridades para que lo hagan, sino que incluso ha considerado que se ajusta a la Carta que lo disponga el legislador directa o indirectamente, lo cierto es que el Congreso tampoco puede alterar ilimitadamente, y en cualquier caso, la competencia

judicial de los procesos que se encuentren en curso. **La Corte Constitucional ha señalado que hay ciertos límites a esa competencia del legislador, y a primera vista parecen diferentes entre sí.** No obstante, lo cierto es que hay algo en común en esos límites, y es que todos se derivan del derecho fundamental a un juez natural, y más específicamente de una garantía no absoluta y ponderable, de inmodificabilidad de la competencia judicial. Dicha garantía tiene sustento constitucional en el derecho fundamental a un juez competente, y se justifica por los motivos que a continuación expone la Sala Plena.

20. **En un Estado social de Derecho**, como el colombiano (CP art. 1), debe procurarse cierta **estabilidad y coherencia en la aplicación del derecho**, no sólo por razones de **seguridad jurídica**, sino también de **confianza legítima en las instituciones** (CP art. 83), y de **igualdad de trato** (CP art. 13). A su turno, el Constituyente estableció que las actuaciones de la administración de justicia deben ser **oportunas**, y por lo mismo previó que han de ser **permanentes**, y que los **términos procesales deben observarse con diligencia** (CP art. 228). El derecho al debido proceso es, por esa razón, un derecho a un **proceso público “sin dilaciones injustificadas”** (CP art. 29). Las personas tienen en todo proceso el derecho a **“presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”** (CP art. 29), justamente para que sean tenidas en cuenta sus alegaciones probatorias, lo cual significa que tienen derecho a que sus argumentos en materia de pruebas, cuando cumplan las condiciones jurídicas para ello, sean eficaces. **La alteración de competencias, aplicable a procesos en curso, tiene la virtualidad de incidir en el cumplimiento de cada uno de esos fines del proceso judicial, incluso si no supone asignar las atribuciones a jueces ad hoc o a una jurisdicción distinta a la ordinaria, sino por ejemplo pasarla de una especialidad a otra de la justicia en lo ordinario.**

21. En efecto, **una variación de competencias aplicable a procesos pendientes, cuando introduce un cambio en la especialidad del juez** (civil a laboral, o viceversa), **puede suponer cambios de criterio en la interpretación del derecho**, por estar cada ramo de la justicia ordinaria encabezado por salas de casación distintas en la Corte Suprema de Justicia (civil o laboral, según el caso). Los cambios de criterios en la interpretación y aplicación del derecho no están del todo prohibidos, pero inciden en la estabilidad que en principio debe tener la administración de justicia en un Estado de Derecho, y

como efecto de eso interfieren en la **eficacia de los principios de confianza legítima y –posiblemente- de seguridad jurídica e igualdad. La transferencia de expedientes en procesos en curso, puede a su vez impactar la celeridad procesal, y el cumplimiento de las oportunidades previstas en la ley, objetivos que si bien tampoco son absolutos, y admiten ser ponderados, sí conducen a que la competencia de procesos pendientes se altere cuando haya razones suficientes para ello.** La eficacia de las pruebas, asegurada entre otros por el principio de inmediación, puede igualmente ser impactada por las variaciones de competencia en el curso del proceso jurisdiccional. **La inmodificabilidad de la competencia es entonces una garantía instrumental, al servicio de otros fines constitucionales del proceso.**

22. El derecho a la inmodificabilidad de la competencia no es sin embargo absoluto, y se han admitido no sólo leyes que autorizan variaciones de competencia a procesos pendientes, sino también leyes que introducen, directa o indirectamente, las alteraciones asimismo a procesos pendientes. Y debe decirse que estos son eventos, que vendrían a sumarse a otros, ilustrados por la doctrina jurídico procesal, en los cuales las codificaciones prevén para casos futuros hipótesis en las que tendría cabida un cambio en la competencia dentro de procesos en curso (y que en esa medida son limitaciones, muchas veces proporcionales, a este principio). Por ejemplo, se señala que la recusación o el impedimento pueden ser razones justas y suficientes para variar la competencia judicial durante un proceso –alteración en la competencia del juez de carácter personal-. La supresión justificada de una especialidad en la justicia ordinaria (jueces agrarios o comerciales), y la remisión de los procesos pendientes a otra de la misma jurisdicción (a la justicia civil), es un caso de cambio aceptable de competencia judicial –cambio en la competencia del juez órgano-. La Constitución misma prevé que sería posible alterar durante un proceso la competencia judicial – en el sentido del juez órgano-, cuando se integra o deja de formar parte de “negocios contenciosos” un agente diplomático acreditado ante el Gobierno Nacional, en los casos previstos por el derecho internacional, ya que en esos eventos la competencia la asume o la deja de tener, según el caso, la Corte Suprema de Justicia (CP art. 235 num. 5). [39]

23. Conviene entonces sintetizar que el legislador tiene amplia potestad para variar las competencias, incluidas las de procesos en curso (C-200 de 2002). [40] Sin embargo, esa atribución no es

*absoluta y tiene ciertos límites. (...) **En general, puede decirse que a falta de justificación suficiente, no podría entonces alterar la competencia en procesos pendientes. La variación de la competencia debe, por tanto, perseguir un fin legítimo y ser adecuada para conseguirlo.*** (CC C-755/13; destacado fuera de texto).

4.4. A tono con la referida comprensión y en casos concretos, las Altas Corporaciones judiciales han expuesto criterios favorables a la inmutabilidad, por encima de eventos de alteración de normas sobre especialidad jurisdiccional y competencia, en los que el legislador no dispuso una medida específica.

Como muestra de ello, esta Sala de Casación Civil, al estudiar y denegar un cargo en el cual se denunciaba la incursión en nulidad por falta de *jurisdicción*, aunque como argumento principal sostuvo la ausencia de variación normativa, también señaló:

*«Así las cosas, ha de concluirse que **definida la jurisdicción inicialmente a favor de los jueces civiles, los funcionarios adscritos a ella eran los encargados de decidir el conflicto en las instancias permitidas por la ley**, sin que sea admisible la hibridación que ahora defiende el recurrente.*

*Es más, aunque la Ley 1107 de 2006 hubiera alterado las competencias de los jueces administrativos para asignarles los litigios entablados contra entidades como la que aquí se demandó -lo que no ocurrió según se explicó en precedencia-, ese hecho no impedía al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto fallar el proceso en segunda instancia, pues **la especialidad de la jurisdicción en este caso se definió con base en las normas vigentes para el momento de sometimiento de la demanda a reparto** (23 de abril de 2001) y ningún precepto sobreviniente modificó esa situación. Por consiguiente, como el Tribunal fungió en calidad de superior funcional del a quo y ejerció su poder decisorio conforme a la ley, emerge que no pudo configurarse la nulidad invocada por el casacionista. (SC 28 abr. 2009, rad. 2001-00902-01).*

De igual manera, el Consejo de Estado, refiriéndose a la aplicación de la Ley 1107 de 2006 y con notable alusión a la relación de la inmodificabilidad con otros fines constitucionales del proceso, expuso:

«Se encuentra que la jurisdicción ordinaria debe conocer la presente litis, dado que la Ley 1107 entró en vigencia el 27 de diciembre de 2006 y la demanda se presentó -y se admitió- con anterioridad a la fecha -antes referida-.

Se impone, en sana lógica, la aplicación correcta de la ley en el tiempo y, en esa dinámica, el respeto al derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia y a los principios de irretroactividad, seguridad jurídica, igualdad y prevalencia del derecho sustancial sobre el formal.» (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, Subsección B, CE 22 feb. 2013, rad. 2011-00499-01 [43277]).

Por su parte, el Consejo Superior de la Judicatura, al dirimir *conflictos de jurisdicción* suscitados entre jueces civiles y administrativos derivados de la entrada en vigencia de la mencionada Ley 1107 de 2006, luego de que aquéllos habían asumido la competencia de acuerdo con la ley vigente en su momento, ha reiterado la aplicación del principio de la «*perpetuatio jurisdictionis*», así:

*«(...) Por lo tanto cabe afirmar que **es la existencia al momento de admitirse la demanda la que determina la competencia del funcionario, desatándose de igual forma, la jurisdicción competente, sin que posteriores modificaciones, reales o aparentes, de las mismas normas de competencia, alteren la ya planteada**, proposición que se muestra en razón, a que, no tendría sentido que en un litigio, donde se trabó bajo las normas aplicables para el asunto, en una fecha determinada, sea expuesta a ser objeto de eventuales aclaraciones de carácter procesal, porque a posteriori se observa o advierta que el juez que*

venía conociendo del caso perdió la jurisdicción y la competencia para llevarlo hasta su final; para este caso, la Sala no recibirá propuestas en este sentido.» (CSJ SJD A 21 jun. 2012, rad. 2012-00601-00; destacado fuera de texto).

En el escenario del control concreto por vía de acción, la Corte Constitucional en la sentencia T-064 de 2016, al resolver un amparo en donde se pregonaba la pérdida de competencia de un funcionario de la jurisdicción contencioso administrativa, por la entrada en vigencia de una nueva ley, anotó:

(...) es pertinente precisar que la Sala toma distancia de lo afirmado por la actora en cuanto a que el Tribunal accionado perdió la competencia sobre el caso en el momento en que entró en vigor la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-. Es claro que una aserción como esa desconoce el principio de la perpetuatio jurisdictionis, en virtud del cual las reglas que gobiernan el proceso desde su comienzo se mantienen a lo largo de su duración, al margen de las reformas jurídicas sobrevinientes.

Este conjunto de pronunciamientos se acompasa con destacado criterio doctrinal sobre la *perpetuatio jurisdictionis* –que aunque foráneo resulta de recibo en nuestro ordenamiento–, y conforme al cual la figura «es el efecto procesal de la litisdependencia por el cual, una vez que se han determinado la jurisdicción y la competencia de un Juez o Tribunal conforme a las circunstancias fácticas y jurídicas existentes en el momento de la presentación de la demanda, no surtirán efecto alguno, sobre los citados presupuestos procesales, las posibles modificaciones que pudieran producirse con posterioridad tanto respecto al estado de hecho como a la norma jurídica que los habían determinado»⁹.

⁹ Chozas Alonso, José Manuel. *La Perpetuatio Iurisdictionis: Un efecto procesal de la Litisdependencia*. Ed Comares: Granada, 1995, p. 102.

4.5. Finalmente, tal cual se anticipó, el legislador optó por ponerse a tono expresamente con la perspectiva amplia del principio de inmodificabilidad y estableció contundente regla en su favor, que comprende las variaciones en las situaciones de derecho y a cuyo tenor:

«Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad» (Destacado fuera de texto).

De esta manera, con ocasión de la Ley 1564 de 2012, *«Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones»*, se introdujo en el artículo 624¹⁰, modificación al tantas veces aludido canon 40 de la Ley 153 de 1887, la cual consistió en depurar y detallar los supuestos de matización de la regla de aplicación general inmediata de las normas procesales rituales, e introducir un inciso puntualmente destinado a la ultractividad general de las normas procesales orgánicas, a fin de que la competencia

¹⁰ Disposición vigente a partir del 12 de julio de 2012, fecha de promulgación de la Ley, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 627.

jurisdiccional, por regla casi absoluta, se rija exclusivamente por la normativa vigente al inicio del proceso.

Con esta materialización de política procesal, sin lugar a dudas queda desarrollado en mejor medida y sin limitaciones contrarias a la naturaleza de la figura, la característica de inmodificabilidad y las garantías fundamentales que directa e indirectamente desarrolla, dando cumplimiento a los compromisos internacionales y al avance del instituto que así lo reclaman, en tanto de poco valdría estructurar elaboradas reglas para la determinación de la autoridad habilitada para ejercer jurisdicción, si una vez aplicadas debidamente, su aptitud pudiera variarse sin mayores miramientos.

También se afianza así el respeto al carácter irretroactivo de la norma procesal dado que la competencia judicial es un presupuesto edificado en el momento primigenio que se proyecta hacia el futuro, no siendo admisible que el mismo, una vez radicado, se reexamine en virtud de cualquier alteración; sobre todo cuando el legislador no previó regla particular de tránsito justificativa de la mutación.

Recuérdese que en un Estado Social de Derecho, razones de seguridad jurídica, acceso a la justicia, confianza legítima e igualdad, aconsejan una cierta estabilidad en la aplicación del derecho y en consecuencia, que se preserve la competencia del juez previamente establecida en la ley, pues el cambio de ella respecto de procesos en tránsito, puede

afectar variados fines, la celeridad u oportuna resolución de la causa, e inclusive suscitar variación hermenéutica que incida en el mérito del debate sustancial.

En este escenario, resulta totalmente viable condensar que la inmodificabilidad de la competencia implica que por regla general y salvo voluntad expresa del legislador en los términos vistos, la situación que presenten los factores que al efecto se tienen en cuenta al momento de su adquisición, es la determinante para establecer la misma, sin que las modificaciones de hecho o de derecho que con posterioridad ocurran, puedan afectar esta fijación o radicación inicial.

5. Resolución concreta del cargo.

5.1. El presente juicio se inició por demanda instaurada el 10 de octubre de 2006, admitida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla el siguiente 3 de noviembre, esto es, antes de comenzar a regir la Ley 1107 del mismo año, por ello, corresponde ahora analizar si se estructuró o no la alteración de competencia que daría lugar a la nulidad planteada en este cargo, derivada de haberse negado la remisión del proceso a la especialidad jurisdiccional de lo contencioso administrativo tan pronto esta normativa comenzó su vigencia.

Para lo anterior es menester precisar preliminarmente que la naturaleza jurídica de Banco Agrario de Colombia S.A., *«es la de una sociedad de economía mixta del orden nacional, sujeta al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al*

Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con capital público superior al 50%.

Así mismo, se advierte que luego de admitirse la demanda el 3 de noviembre de 2006 por parte del *a quo*, el siguiente 27 de diciembre comenzó a regir la Ley 1107 de 2006 que le asignó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la facultad de *«juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%»*.

5.2. En dicho orden, dado que cuando el señalado estrado judicial asumió el conocimiento de este asunto, se hallaba legalmente facultado para fungir como autoridad según las previsiones de los artículos 12 y 16 del Código de Procedimiento Civil, el posterior advenimiento de la citada normativa, no imponía la sobreviniente declinación de su competencia, según ha quedado visto, por virtud del alcance concreto del estudiado principio de inmutabilidad o perpetuación de la competencia.

Además, la aludida nota característica de la aptitud legal -relevante más no absoluta-, no fue objeto de limitación por parte del legislador en el evento referido, dado que muy a pesar de su amplio ámbito de configuración, optó por prescindir de establecer mandato alguno encaminado a la alteración de los procesos en curso, a tono con lo cual, inclusive, dispuso mantener *«la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001»* (parágrafo, art. 2);.

Lo anterior, de forma manifiestamente contraria a otros supuestos donde la mutación de la atribución derivó de un mandato expreso que dio cuenta de la inequívoca voluntad del legislador de incidir en la modificación del Juez del conocimiento para procesos en curso.

Ejemplo contundente de la comprensión aquí expuesta es la regla de tránsito de legislación vertida en el numeral 8 del artículo 625 del Código General del Proceso, donde, en primer lugar, se reitera la pauta de inmodificabilidad aquí analizada en los siguientes términos: *«Las reglas sobre competencia previstas en este código, no alteran la competencia de los jueces para conocer de los asuntos respecto de los cuales ya se hubiere presentado la demanda. Por tanto, el régimen de cuantías no cambia la competencia que ya se hubiere fijado por ese factor»*, para luego, en una materia de particular importancia para el legislador, hacer expresa y categórica su voluntad de variar la especialidad jurisdiccional de uno de los jueces que adelantaban dicha clase de causas, así: ***«Sin embargo, los procesos de responsabilidad médica que actualmente tramitan los jueces laborales, serán remitidos a los jueces civiles competentes, en el estado en que se encuentren***», proceder por demás avalado en el examen de constitucionalidad vertido en la providencia referenciada en líneas anteriores (C-755/13).

5.3. Conviene destacar que la censura no discute en lo absoluto la regularidad de la inicial radicación de competencia, en tanto se expresó con claridad que el fundamento del cargo atañe a los efectos derivados de la

variación de la normativa sobre especialidad jurisdiccional que rigió con posterioridad a la adquisición de la atribución.

De manera que el cargo queda prontamente desestimado por cuanto se dejó establecido que las modificaciones en las reglas de competencia, salvo previsión expresa en contrario y justificada del legislador –que en este caso se descarta-, no pueden afectar la competencia debidamente asentada en una autoridad jurisdiccional, por virtud del analizado principio de inmodificabilidad, que como se expuso, no se circunscribe a las situaciones de hecho, sino que comprende las de derecho, como en períodos recientes se reclamaba desde la normativa internacional y el precedente jurisprudencial y en la actualidad se predica sin dubitación al amparo de norma específica y contundente en la materia.

Conviene agregar, dada la época de acaecimiento de los hechos aquí discutidos, evidentemente anterior a la fecha de entrada en vigencia del artículo 624 del Código General del Proceso, que este canon no supone un cambio de postura sobre la inmodificabilidad de la competencia por variación de normas que permita inferir que en los casos anteriores al precepto debiera procederse en sentido opuesto y favorable al reclamado por el recurrente en casación.

Al contrario, conforme se expuso ampliamente, dicha manifestación legal corresponde al reconocimiento y *positivización* de una pauta de derecho que jurisprudencial y

doctrinariamente venía siendo instituida en desarrollo de la principalística convencional y constitucional.

5.4. Por último, al margen de las disparidades conceptuales en punto de la unicidad de la jurisdicción y amén de lo ya afirmado sobre los atributos de la competencia, la Corte desestima la censura al amparo de adicionales reflexiones propias del caso concreto, como seguidamente se indican.

En efecto, el devenir de este proceso permite considerar las siguientes circunstancias: **(i)** en pretérita oportunidad la cuestión fue resuelta; **(ii)** ha transcurrido tiempo considerable desde el inicio de la litis, de modo que aniquilar lo actuado, devendría en un alto costo que sería vanamente dilapidado respecto de quienes han intervenido en él; **(iii)** el punto nodal del litigio atañe materialmente al debate de un derecho de crédito, ligado con la actividad financiera en el mercado primario de cambio y distribución y tocante con la producción y el consumo, cuyos conflictos jurídicos mayoritariamente están asignados a los jueces civiles; **(iv)** el punto puesto a consideración de la jurisdicción ordinaria, en últimas obedece a la naturaleza y materia de la obligación indemnizatoria y no al carácter orgánico de la Entidad; y, **(vi)** controversias como la presente están expresamente excluidas del ámbito de la *Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo* al tenor de lo previsto por el numeral 1 del artículo 105 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Conclusión.

En razón de la inmodificabilidad de la competencia, resulta claro que no debía mutar la aptitud legal del Juez la especialidad civil por la posterior entrada en vigencia de norma modificatoria de las reglas de especialidad jurisdiccional que no comprendió previsión transitoria particular, por lo cual queda desvirtuada cualquier incursión en causal de nulidad que pudiera tornar viable el cargo formulado, que por lo mismo en este orden queda desestimado.

VI. CARGO SEXTO

1. Con sustento en la causal segunda del precepto 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia de segunda instancia de ser incongruente con los hechos y las pretensiones de la demanda.

2. Cajacopi, anota el casacionista, solicitó declarar la responsabilidad civil extracontractual del Banco demandado por la apertura irregular de una cuenta bancaria, esgrimiendo la suplantación de su representante legal y la posterior defraudación de aquella.

Aunque la accionante no invocó el incumplimiento contractual, agrega, el Tribunal de manera extrapetita fundamentó su decisión en una supuesta obligación contractual de seguridad y por lo mismo condenó al Banco a pagar perjuicios.

3. En tales condiciones, finaliza, se sorprendió al accionado imputándole un incumplimiento obligacional, no invocado en la demanda, ni ventilado en el proceso.

Pide en consecuencia, casar la sentencia y en sede de instancia, emitir la que en derecho corresponda.

VII. CONSIDERACIONES

1. La regla de consonancia.

1.1. En relación con la incongruencia, esta Corte la ha concebido como un quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento, surgida de un fallo que decide puntos ajenos a la controversia, o cuando omite resolver aspectos materia de la litis, realiza una condena excediendo lo pretendido, u omite pronunciarse sobre alguna de las excepciones de mérito, cuando es del caso hacerlo.

El mencionado desacierto involucra el desconocimiento de los preceptos procesales que establecen los límites dentro de los cuales el juzgador debe desarrollar su actividad. Por ello, la doctrina especializada ha considerado ese desatino como un verdadero «*exceso de poder*» al momento de definir el asunto debatido, pues el sentenciador se halla «*desprovisto del poder de pronunciar más allá de los límites dentro de los cuales está contenido el tema de la controversia*»¹¹.

¹¹ CALAMANDREI, Piero. La Casación Civil. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. Pág. 266.

1.2. El juicio civil, como bien se sabe, involucra una relación jurídico–procesal en virtud de la cual, la actividad de las partes y el campo decisorio del fallador quedan sometidos a los términos de la demanda y su contestación.

La sentencia, por su parte, es la resolución final emitida por el respectivo juez acogiendo o desestimando la pretensión del actor, o en otros términos, constituye la respuesta a través de la cual, el órgano jurisdiccional del Estado se pronuncia sobre el fondo del litigio o define con fuerza vinculante las súplicas formuladas por los litigantes en el correspondiente momento procesal.

Esa facultad jurisdiccional del sentenciador al momento de emitir su decisión, sin embargo, se encuentra demarcada, entre otras normas, por los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil.

Según el primer precepto, *«la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.- No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.- Si lo pretendido por el demandado excede lo probado, se le reconocerá solamente lo último (...)»*.

De acuerdo con la segunda norma, *«cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la*

demanda. (...)», directrices recogidas, con algunas breves modificaciones, por el artículo 282 del actual Estatuto Procesal Civil.

Cuando el juzgador trasgrede las anteriores pautas de conducta, incurre en la causal de incongruencia, constitutiva de un error de procedimiento, pues aunque las referidas reglas no le señalan al funcionario judicial cuál debe ser el sentido de su decisión, sí le indican los parámetros que debe observar para su proferimiento.

Concerniente al tema, esta Corporación, en Sentencia CSJ SC17096-2015, rad. 2010-00637-01, reiteró:

«[L]a demanda que inaugura el proceso civil es la pieza fundamental del debate, pues no sólo marca el norte de la actividad judicial, sino que además limita el poder y la competencia del juez, que como es sabido, no puede abandonar los confines que traza el demandante al formular sus pretensiones y los supuestos fácticos que les sirven de apoyo. Por ello, se ha definido en el artículo 305 del C. de P. C. que hay vicio de actividad si la sentencia no refleja fielmente lo que se planteó en la demanda, en particular cuando el fallo desborda los lindes de las pretensiones, incorpora antojadizamente otras, deja de resolver las propuestas o sustituye a su capricho los hechos invocados por el demandante. El fundamento constitucional para proscribir el yerro de incongruencia es el derecho de defensa, en tanto la novedad que intempestivamente incorpora el juez al debate, justamente en el epílogo del proceso, inhibe la controversia, anula las posibilidades de réplica y contradicción, y sin lugar a dudas menoscaba el derecho a probar (...) Por todo ello, ha repetido la jurisprudencia de esta Corte que el principio de la consonancia está encaminado a que la sentencia guarde armonía con el thema decidendum adscrito a los hechos y a las pretensiones aducidas en la demanda, así como en las demás oportunidades que el Código de Procedimiento Civil consagra, y a las excepciones que hubieren sido alegadas y probadas o que debidamente acreditadas, puedan reconocerse de oficio. Por todas, en sentencia

de 1º de agosto de 2001 dijo la Corporación: entre las múltiples y muy heterogéneas razones que podrían argüirse para explicar la necesidad de que el juez no se desentienda de los límites plasmados por el demandante en la demanda, habría que destacar una que, por estar entrañablemente ligada con los derechos fundamentales del demandado, cobra sin igual importancia, cual es la de no sacrificar su derecho de defensa y contradicción, el cual sufriría evidente mengua ante un vasto e incalculable poder hermenéutico del juez, ya que difícilmente podría el demandado vislumbrar el sentido que, a la postre, aquél le diese a dicho libelo, con el obvio estrago que ello le causa para efectos de orientar su posición ante las reclamaciones que se le oponen (...).».

1.3. De acuerdo con lo anterior, cuando el juez decide sobre puntos ajenos a la controversia o deja de resolver los temas que fueron objeto de ella, incurre en incongruencia. También comete dicho error, si condena al demandado por cantidad superior «*ultra petita*» o por objeto o causa distinta de la invocada en la demanda «*extra petita*», lo mismo, si resuelve desconociendo los lineamientos fácticos alegados por los litigantes o reconoce excepciones respecto de las cuales carece de facultades inquisitivas.

Pero si al demandante únicamente se le reconoce lo acreditado en el juicio, así sea menos de lo impetrado, no se comete ningún error, pues mal podría condenarse a pagar un perjuicio inexistente. Esta circunstancia, denominada en estricto sentido «*minima petita*», no configura motivo de incongruencia; por tanto, cuando la consecuencia deducida no supera lo pedido, o se niega la integridad de las pretensiones, en línea de principio, no emerge el aludido dislate, porque en todo caso, la función jurisdiccional a cargo del Estado fue ejercida cabalmente.

Ahora bien, otra variable de la incongruencia se compendia en la expresión «*citra petita*», distinta de la anterior, respecto de la cual, la Corte ha considerado que hace referencia a los eventos en los cuales el juez omite resolver la totalidad de las pretensiones formuladas en el escrito introductor o respecto de las excepciones planteadas por el convocado, estando demostradas, o sobre aquellas que ha debido declarar de oficio¹².

Por ello, con miras a determinar la existencia de la indicada falencia, según lo ha precisado la Sala, es necesario «(...) realizar ‘el cotejo objetivo entre lo pedido por el actor, el fundamento fáctico de las súplicas, las excepciones aducidas por el demandado y las que, sin requerir ser invocadas, resulten probadas en el proceso, por una parte, y el contenido concreto de la decisión del juzgador, por la otra, en orden a determinar si evidentemente se ha materializado alguna distorsión, defecto o exceso que habilite al interesado para aducir esta causal en el recurso extraordinario’¹³».

2. Definición del cargo.

2.1. Realizada la respectiva confrontación entre lo impetrado en el escrito introductor y lo decidido por el juzgador, se descarta el dislate denunciado.

En efecto, según ha quedado expuesto, la demandante solicitó «*declar[ar] extracontractualmente responsable al ‘Banco Agrario de Colombia’, de los perjuicios causados a la parte demandante (...), con*

¹² CSJ SC 24 jun. 2013, rad.2003-00284-01

¹³ CSJ SC14426-2016, rad. 2007-00079-01.

motivo de la irregular y negligente apertura de la cuenta de ahorros No. 46362200048-2», sin su intervención.

El juzgado de primera instancia, luego de estudiar los presupuestos de la *«responsabilidad civil extracontractual»* y darlos por satisfechos, *«decl[aró] probadas las pretensiones de la demanda»*.

El Tribunal, al desatar la apelación propuesta por el banco accionado, decidido *«[c]onfirmar la sentencia venida en alzada»*.

De conformidad con lo señalado, si la accionante pidió declarar extracontractualmente responsable al banco demandado y a ello se accedió, ninguna inconsonancia se evidencia.

2.2. Ahora, si el fundamento fáctico del reclamo elevado por la accionante, es el actuar negligente y omisivo del Banco Agrario de Colombia al haber permitido la apertura de la mencionada cuenta *«sin verificar si quien ante ellos se presentaba como el Representante legal de Cajacopi realmente lo era y si los documentos presentados eran reales (...) [y] permitir la expedición de cheques de gerencia sin verificar la real voluntad de Cajacopi»*, e igualmente, al desconocer no solo que se trataba de una Caja de Compensación, sino que las transacciones superaban los \$10.000.000,00, lo cual le imponía *«cumplir unos requisitos rigurosos por la seguridad del cuentahabiente»*, entonces, la argumentación del Tribunal tampoco comporta el defecto procedimental denunciado.

Al respecto, éste dijo que si de acuerdo con lo planteado por la entidad demandante, *«el daño fue cometido en virtud de un contrato de cuenta corriente fraudulento»* en el cual ella no intervino, esa *«situación (...) nos ubica en el terreno de una responsabilidad civil extracontractual derivada de un contrato»*, para cuya apertura no se ejercieron los *«específicos controles de identidad de quien la abría»*, cuando tratándose de esa clase de convenciones, además de otras obligaciones que señala, le correspondía *«cumplir con la obligación de seguridad en su perfeccionamiento»*.

2.3. Lo expuesto pone de presente que el sentenciador no se alejó de lo esbozado en el escrito introductor del juicio, ni resolvió con desconocimiento de los temas planteados por las partes, pues desde el comienzo de la controversia procesal afloraba la discusión sobre la responsabilidad endilgada al ente crediticio, por haber facilitado la defraudación de Cajacopi, mediante la apertura espuria de una cuenta de ahorros a su nombre, sin que ejerciera ningún control tendiente a establecer la identidad de quien la gestionó y menos sobre los retiros efectuados, no obstante su elevada cuantía.

Así las cosas, como el conflicto fue dirimido dentro de los lineamientos trazados por los litigantes, o en palabras distintas, la decisión guarda armonía con el *thema decidendum* extraído de los hechos, de las pretensiones y de las defensas de la demandada, quien replicó el escrito introductor, no se menoscabó el derecho de defensa de ésta y, en esa medida, se reitera, la causal invocada no se configura, mucho menos por la aducción de un elemento

fáctico expuesto por el sentenciador en refuerzo de la negligencia por él advertida y enrostrada por la accionante.

Con base en lo anterior, como el reproche se cimenta en que en la demanda no se invocó incumplimiento contractual, no obstante lo cual, el Tribunal esgrimió tal inobservancia para acoger las pretensiones, cabe agregar entonces, que el juzgamiento de las consideraciones judiciales ofrecidas en respuesta a la problemática planteada y dentro del contexto fáctico y probatorio blandido, no podía lograrse a través de la causal segunda, sino de la primera, si es que se consideraba mal interpretada la pieza principal o génesis del trámite que culminó con el fallo impugnado, razón adicional para sostener la ausencia de fundamento del motivo casacional propuesto.

Al respecto, esta Corporación, en fallo CSJ SC10051-2014, rad. 1997-00455-01, recordó:

«(...) la falta de consonancia (...) ‘ostenta naturaleza objetiva, al margen de las consideraciones normativas, la valoración probatoria o eventuales yerros de juzgamiento, y no se estructura por simple divergencia o disenso con la decisión’. A este propósito, tiene dicho la Sala que, ‘la trasgresión de esa pauta de procedimiento no puede edificarse sobre la base de controvertirse el juzgamiento del caso, porque el error se estructura, únicamente, tratándose de la incongruencia objetiva, cuando se peca por exceso o por defecto (ultra, extra o mínima petita)’ (...). Del mismo modo ‘...nunca la disonancia podrá hacerse consistir en que el tribunal sentenciador haya considerado la cuestión sub-judice de manera diferente a como la aprecia alguna de las partes litigantes, o que se haya abstenido de decidir con los puntos de vista expuestos por alguna de estas...’ (...), ‘la carencia de armonía entre lo pedido y lo decidido, referida como es al contenido de la sentencia, ha de buscarse, en línea de principio, en la parte resolutive de la misma,

‘pues la causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo (...).’

2.4. Por lo expuesto, el reproche planteado no prospera.

VIII. CUARTO CARGO

1. Fundado en el primer motivo de casación, el accionado le enrostra a la sentencia haber quebrantado de manera indirecta los artículos 16 de la Ley 446 de 1998, y 1613, 1614, 2341, 2342 y 2343 del Código Civil, como consecuencia de los errores de hecho manifiestos y trascendentes cometidos, que llevaron al *ad quem* a dar por demostrado, sin estarlo, que la accionante sufrió los perjuicios alegados en la demanda.

2. Tras reproducir lo expuesto por el Tribunal en cuanto a que la apertura irregular de la cuenta, *«posibilitó que quien realizó la defraudación direccionara (...) [hacia ella] los dineros que por concepto del régimen subsidiado de salud recibe de algunos municipios»*, que ese aspecto fue admitido por el demandado, que la accionante era la administradora de esos recursos y que el perjuicio estaba cuantificado documental y pericialmente, expone el recurrente, el juzgador tuvo por probado que Cajacopi sufrió el daño reclamado, lo cual es fruto de los siguientes errores probatorios cometidos.

2.1. Supuso la confesión del banco demandado, en cuanto a que los recursos sustraídos de la cuenta abierta en

forma irregular correspondían a los recibidos por Cajacopi de algunos municipios y que por esa razón, el Despacho quedaba relevado de las pruebas al respecto, cuando en ninguna etapa procesal se admitió la afectación del patrimonio de la actora por la sustracción de dineros y en consecuencia, no es verdad que ésta haya quedado relevada de probar tal circunstancia.

2.2. Indebida apreciación del dictamen pericial, al haberle atribuido un poder demostrativo del cual carece, pues éste se limitó a calcular el monto total de los dineros retirados de la cuenta abierta irregularmente y el valor de unos intereses, pero de él no se desprende que la demandante haya sufrido menoscabo con dicho retiro, o *«que los recursos formarán parte de los dineros administrados por la entidad»*. En concreto, agrega, el yerro devino de *«atribuirle a este medio de convicción eficacia demostrativa respecto del perjuicio que Cajacopi alega haber sufrido»*.

2.3. Supuso las pruebas relativas a la titularidad de los dineros, dando por sentado que formaban parte de los recursos administrados por la demandante, de lo cual dedujo la legitimación de ésta para reclamar la indemnización, cuando ninguna prueba existe al respecto.

Dentro de los medios de persuasión solicitados por la accionante, añade la censura, se dispuso oficiar a las Tesorerías Municipales de Tolú Viejo, Sampués y Palmitos, para que certificaran si habían realizado consignaciones de

dinero a favor de Cajacopi; sin embargo, los oficios remitidos no fueron respondidos.

Según el impugnante, si bien se allegaron las copias de consignaciones en efectivo y en cheque realizadas en la cuenta irregularmente abierta, no se demostró que los dineros sustraídos correspondían a los girados por las entidades territoriales a favor de Cajacopi y administrados por ésta; por tanto, no quedaba relevada de probar la afectación del patrimonio con dicha sustracción.

3. Como de acuerdo con los artículos 2341 y 2343 del Código Civil quebrantados indirectamente, la pretensión indemnizatoria está determinada por el daño irrogado a la víctima, concluye, no hay lugar a la reparación cuando quien lo reclama no lo ha sufrido efectivamente; a pesar de ello, finaliza, el Tribunal erradamente dispuso la reparación a favor de Cajacopi, decisión con la cual igualmente desconoció los demás preceptos *ab initio* señalados.

IX. CONSIDERACIONES

1. Legitimación en la causa y titularidad de los recursos administrados las cajas de compensación.

1.1. Como en términos generales, en esta acusación se cuestiona la legitimación de la Caja de Compensación Familiar demandante, debido a que los dineros sustraídos no eran suyos, cabe recordar que en efecto, aquella constituye un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito

estimatoria de la pretensión en la medida en que, atañe a la titularidad del interés objeto de la controversia y de la decisión judicial.

La legitimación en la causa es condición indispensable para estimar la pretensión, razón por la cual, en lugar de inhibirse frente a su ausencia, el fallo debe desestimar el pedimento.

Se resalta su carácter estrictamente sustancial, es decir, su vinculación directa e ineludible con la exacta titularidad del derecho material discutido en el juicio sin la cual, como es obvio, no es posible hacerlo efectivo, razón por la que ha de ubicársele en los presupuestos materiales para la sentencia de fondo estimatoria de la pretensión y no en los presupuestos procesales de la acción como condiciones para el válido desarrollo de la relación procesal.

Por idéntica razón, la legitimación en la causa es doble: respecto de la pretensión procesal, es decir, el derecho autoatribuido reclamado en el juicio y el efectivamente radicado en el sujeto en virtud del derecho sustancial, de allí que sin titularidad sustancial no pueda existir legitimación en la causa.

La consecuencia obvia de tal postura es que la legitimación es condición del fallo estimatorio. Por esa vía, si no coinciden titularidad procesal (derecho autoatribuido en la pretensión) y derecho material (efectiva titularidad

sustancial), habrá fallo de fondo pero desestimando la petición.

El anterior ha sido el consolidado entendimiento que la Corte Suprema de Justicia ha tenido sobre el tema. En efecto, esta Corporación sostuvo:

«... preciso es notar cómo la legitimación en la causa, ha dicho insistentemente la Corte, es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste. Por eso, su ausencia no constituye impedimento para resolver de fondo la litis, sino motivo para decidirla adversamente, pues ello es lo que se aviene cuando quien reclama un derecho no es su titular o cuando lo aduce ante quien no es el llamado a contradecirlo, pronunciamiento ese que, por ende, no sólo tiene que ser desestimatorio sino con fuerza de cosa juzgada material para que ponga punto final al debate, distinto de un fallo inhibitorio carente de sentido lógico por cuanto tras apartarse de la validez del proceso siendo éste formalmente puro, conduce a la inconveniente práctica de que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo o para que siéndolo en la realidad lo aduzca nuevamente frente a quien no es el llamado a responder.

“Concretando su criterio sobre el punto, la Corte hizo la siguiente exposición:

"Según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la legitimatio ad causam consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)". (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185). Conviene desde luego advertir, para no caer en el error en que incurrió el Tribunal que cuando el tratadista italiano y la Corte hablan de 'acción' no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es como el derecho subjetivo público que asiste a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de 'pretensión', que se ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial

el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado. De donde se sigue que lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor. Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor”.

“Por cuanto una de las finalidades de la función jurisdiccional es la de componer definitivamente los conflictos de interés que surgen entre los miembros de la colectividad, a efecto de mantener la armonía social, es deber del juez decidir en el fondo las controversias de que conoce, a menos que le sea imposible hacerlo por existir impedimentos procesales, como ocurre cuando faltan los presupuestos de capacidad para ser parte o demanda en forma. La falta de legitimación en la causa de una de las partes no impide al juez desatar el litigio en el fondo, pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame nuevamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdicción cuya característica más destacada es la de ser definitiva”» (CSJ SC, 14 de ago. 1995, Exp. 4268; reiterada en SC, 12 jun. 2001, Exp. 6050 y SC, 14 mar. 2002, Exp. 6139; se subraya).

1.2. Pues bien, a fin de determinar la presencia o no del error denunciado, o en otros términos, si Cajacopi se hallaba facultada para demandar el resarcimiento de daños por la irregular apertura de una cuenta de ahorros a su nombre y la sustracción de los dineros en ella depositados, se impone establecer, inicialmente, la naturaleza de los recursos manejados por ella.

Como el sistema de protección social ha sido una de las preocupaciones estatales, el subsidio familiar surgió como un mecanismo dirigido a mitigar las necesidades económicas de los trabajadores con menores ingresos.

Por ello, en principio, dicho auxilio era estrictamente monetario y se otorgaba a los hijos de los trabajadores, no de todas las empresas, sino de algunas, hasta cuando en 1957, mediante Decreto 118, el gobierno lo convirtió en obligatorio.

Con el propósito de administrar los dineros provenientes del subsidio, en 1954 surgieron las Cajas de Compensación Familiar y posteriormente, el Decreto 1521 de 1957 fijó los requisitos para su constitución.

Con la expedición del decreto 3151 de 1961, fueron autorizadas las Cajas para suministrar, además del subsidio en dinero, servicios sociales, al punto de ampliarse a las áreas de la salud, educación, recreación y cultura.

Su auge permitió que en la década de los 90, constituyeran un componente esencial de la seguridad social, porque permitieron mitigar los impactos de la crisis social y económica de los trabajadores con mínimos ingresos salariales.

Dado que el monto del subsidio familiar dependía de la capacidad económica de las compañías empleadoras y de los gremios empresariales, el legislador de 1982, a través de la ley 21 lo extendió a todos los trabajadores, reafirmando su

pago a los beneficiarios, tanto en dinero como en especie o servicios.

El aumento de afiliados, de Cajas de Compensación y de los recursos de éstas, condujo no sólo a la creación de la Superintendencia de Subsidio Familiar mediante la ley 25 de 1981, para la vigilancia de aquéllas, sino a que mediante la Ley 21 del siguiente año se ratificara la naturaleza de prestación social del subsidio.

Por ello, la Ley 100 de 1993 les permitió hacer parte del sistema de seguridad social integral creado por ella, a través de Empresas Promotoras de Salud (EPS), Fondos de Pensiones (AFP) y Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) y, posteriormente la ley 789 de 2002 las facultó para ser parte del sistema integral de protección social, seguridad social y subsidio familiar.

Ulteriormente, por virtud de la Ley 920 de 2004 y el decreto 1465 2005, fueron autorizadas para adelantar actividades financieras y asumir funciones de operador de información de la seguridad social.

En razón de que las cotizaciones realizadas por los empleadores a las Cajas de Compensación Familiar son aportes obligatorios, con una destinación específica para ser reinvertidos en un determinado grupo de la sociedad de escasos ingresos, particularmente, inferiores a cuatro salarios mínimos mensuales, según lo previsto en la Ley 49 de 1990, esos recursos se erigen en parafiscales y tienen

como fundamento, los artículos 150 # 12 y 338 de la Carta Política.

Esa naturaleza de los recursos de las CCF ha sido afirmada por la Corte Constitucional, entre otros, en fallo C-041/06, cuando dijo:

«Sobre la parafiscalidad de los recursos de las Cajas de compensación Familiar, también se pronunció la Corte en Sentencia C-183 de 1997 (...), al conocer sobre una demanda presentada contra el artículo 217 de la Ley 100 de 1993, sobre la participación de las Cajas de Compensación Familiar en el régimen de subsidio en salud. Al respecto dijo la Corte:

‘La disposición acusada cumple a cabalidad con los requisitos de la parafiscalidad, por cuanto plasma, en efecto, una contribución a cargo de entidades pertenecientes a determinado sector económico, cuyos fondos se reinvierten en el mismo. Los recursos que administran las cajas de compensación familiar no pertenecen a ellas sino que corresponden a un interés legítimo de los trabajadores (...), lo cual implica que es éste último sector -el del trabajo- el sujeto pasivo de la contribución y, a la vez, el sector beneficiario del producto de la misma, en cuanto son los trabajadores los favorecidos por el régimen de subsidios en salud, bien que los dineros correspondientes se administren directamente por las mismas cajas -como lo autoriza la norma, bajo la modalidad de cuentas independientes de las que corresponden al resto de sus rentas y bienes-, ya sea que se manejen dentro de la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía creado por la Ley 100 de 1993».

2. Respuesta puntual a la censura.

2.1. De acuerdo con lo anterior, si las cajas de compensación familiar son las administradoras de los recursos provenientes del subsidio familiar, como ya se dijo, de estirpe parafiscal, y en consecuencia deben responder por ellos, entonces el Tribunal no cometió el error endilgado en

el cargo, puesto que, en tales condiciones, cuando los recursos por ella manejados se afectan, es la llamada a reclamar la respectiva indemnización del generador de ese menoscabo.

Como en sentir del recurrente, el *ad quem* supuso las pruebas relativas a la titularidad de los dineros dando por establecido que formaban parte de los recursos administrados por la demandante cuando ello no está demostrado, es del caso señalar que tal yerro no se estructura si se tiene en cuenta que los elementos materiales de prueba descartan la suposición planteada y, por el contrario, acreditan que los dineros consignados y sustraídos de la cuenta de ahorros irregularmente abierta, correspondían a la Caja de Compensación Familiar demandante.

En efecto, consta en el Informe Operativo Apertura y Manejo de Cuenta Cajacopi N° 4-6362-2- 00048-2, rendido por el Centro de Operaciones Bancarias del Banco Agrario de Colombia- Regional Costa, ya citado, ratificado por los extractos bancarios expedidos por la misma entidad¹⁴, que en dicha cuenta se *«efectua[ron] las siguientes operaciones desde el día de su apertura:*

El 07 de abril de 2005 es recibida en la oficina de Tolú Viejo volante de consignación N° 1260949 por valor de \$60.483.655,00, con cheque propio de la cuenta corriente N° 0-6382-0- 00450-3 perteneciente [al] municipio Tolú Viejo [por] participación y salud, el cual se encuentra girado a nombre de Cajacopi ARS (...).

¹⁴ Ff.79 a 84 c.1.

El 26 de mayo de 2005 es recibida en la oficina de Magangué Bolívar las siguientes operaciones:

- *Consignación mediante volante N° 8895875 por valor de \$20.478.284.03 con cheque del banco local 13 BBVA N° 302 de la cuenta corriente N° 530004985, cuyo titular es la Alcaldía de Magangué y como beneficiario Cajacopi CCF.*

- *Consignación mediante volante N° 8895876 por valor de \$20.478.284,03 con cheque del banco local 13 BBVA N° 303 de la cuenta corriente N° 530004985, cuyo titular es la Alcaldía de Magangué y como beneficiario Cajacopi CCF (...).*

El 10 de junio de 2005 es efectuada en la oficina de Magangué consignación por valor de \$45.098.371,04 mediante volante de consignación N° 8893105 con cheques de bancos locales Banco de Bogotá así:

- *Cheque N° 3310085 \$23.093.800,00*
- *Cheque N° 3310084 \$ 17.750.098,00*
- *Cheque N° 3310086 \$ 3.485.180,00*
- *Cheque N° 3310087 \$ 769.293,00 (...)*

El 10 de junio de 2005 es recibida en la Oficina Corozal volante de consignación N° 2908522 por valor de \$6.134.465,00 con cheque del Banco BBVA N° 0000210 de la cuenta corriente N° 295002737 de la Alcaldía de los Palmitos radicada en la oficina Corozal, cheque girado a nombre de Cajacopi (...)

El 26 de julio de 2005 es efectuada en la oficina del Magangué consignación por valor de \$42.808.147,92 mediante volante de consignación N° 3031897 con cheques de bancos locales Banco BBVA de la cuenta corriente N° 530004985 cuyo titular es la Alcaldía de Magangué y beneficiario Cajacopi CCF así:

- *Cheque N° 0000349 \$13.652.188,56*
- *Cheque N° 0000350 \$20.478.284,03*
- *Cheque N° 0000361 \$8.677.675,33 (...).*

El 14 de septiembre de 2005 es efectuada en la oficina de Sincelejo consignación por valor de \$25.047.640 mediante volante de consignación N° 3102906 con cheques propios así:

Cheque N° 5448380 \$3.519.522,00
Cheque N° 5448374 \$21.528.118,00

Estos cheques son de la cuenta corriente de la oficina Sampués N° 0-6360-0-00023-4 cuyo titular es la Alcaldía Municipal de Sampués y se encuentran girados a nombre de Cajacopi (...).

2.2. Conforme lo expuesto, el error denunciado se descarta, pues el señalado informe proveniente del mismo demandado evidencia las consignaciones que se pretendían establecer a través de los oficios dirigidos a las Tesorerías Municipales de Tolú Viejo, Sampués y Palmitos, cuya falta de respuesta reprocha el impugnante.

Ese mismo reporte desecha el yerro, según el cual, el Tribunal a más de suponer la confesión del banco accionado en cuanto a que los dineros sustraídos correspondían a los recibidos por Cajacopi de algunos Municipios, apreció indebidamente el dictamen pericial al dar por sentado que los recursos formaban parte de los administrados por ésta, pues se reitera, la propia información proporcionada por el banco demandado acredita que los dineros sustraídos formaban parte de los recursos administrados por aquella.

Siendo ello así, también sucumbe la acusación atinente a que no se acreditó el perjuicio, pues al haber sido menguado ilícitamente el capital administrado por Cajacopi, no hay duda de su afectación patrimonial.

2.3. Por lo expuesto, el cargo aquí estudiado, no prospera.

X. QUINTO CARGO

1. Con base en el numeral primero del artículo 368 del Estatuto Adjetivo Civil, el recurrente le atribuye a la sentencia haber vulnerado de forma directa los preceptos 2341 y 1494 del Código Civil y, 1382 y 1392 del Estatuto Mercantil.

2. Soportado en la consideración del Tribunal, según la cual, como *«la demandante alega que el daño fue cometido en virtud de un contrato de cuenta corriente fraudulento celebrado entre la entidad financiera y un tercero, y en cual (sic) ella no tuvo participación; situación que nos ubica en el terreno de una responsabilidad civil extracontractual derivada de un contrato (...)»*, el impugnante expone que a pesar de enmarcarse el objeto del litigio estrictamente en la responsabilidad extracontractual del demandado, el juzgador, *«para confirmar la sentencia del a quo (...) fundamentó su decisión en el supuesto incumplimiento, por parte del Banco de una presunta obligación contractual que vincularía a las partes»*, concretamente la de seguridad.

En esas condiciones, agrega, el *ad quem*, en lugar de aplicar las normas reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual, hizo actuar las del contrato de cuenta corriente bancaria, aplicando indebidamente los artículos 1382 a 1392 del C. de Co., y 1494 del C.C., éste porque al establecer las diversas fuentes de las obligaciones, la consecuencia *«es que a cada obligación se le deben aplicar en forma íntegra y lógica, las normas que regulan el tipo de obligación según su fuente»*.

3. En razón de ello, dejó de aplicar el artículo 2341 *ibídem*, consagratorio del principio general de la responsabilidad civil extracontractual, bajo el cual ha debido analizar la conducta del banco, para determinar si hubo o no un comportamiento culposo. Al no haber procedido así, terminó condenando a éste al resarcimiento de perjuicios.

XI. CONSIDERACIONES

1. Generalidades de la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil ha sido tradicionalmente concebida en una dimensión dual, esto es, contractual y extracontractual.

La primera se estructura por la existencia de una relación jurídica preexistente entre las partes, es decir, cuando el menoscabo deviene de la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de una obligación pactada en un contrato existente y válido.

La segunda, a su vez, surge de incumplir el mandato legal y genérico, concerniente a no causar daño a otro, el cual, en nuestro sistema jurídico se halla previsto en el artículo 2341 del Código Civil. Su surgimiento se produce sin previo pacto y por virtud de un encuentro fortuito entre los relacionados con el daño, o en otros términos, de un hecho jurídico que puede ser una conducta punible (hecho jurídico humano voluntario ilícito) o un ilícito civil (hecho jurídico

humano involuntario ilícito), al margen de un incumplimiento obligacional previo y vinculante.

2. Caso concreto.

2.1. En el presente cargo, la recurrente estima agraviada la ley sustancial de manera directa, porque a pesar de haberse enmarcado el objeto del litigio en la responsabilidad extracontractual del Banco, el Tribunal fundó su decisión en el desconocimiento de una obligación contractual y por ello dejó de aplicar las normas relativas a aquella.

Al analizar la acusación propuesta, se evidencia que el juzgador no cometió el error denunciado, de acuerdo con lo que a continuación se expone:

La promotora del litigio solicitó expresamente *«declarar(...) extracontractualmente responsable al ‘Banco Agrario de Colombia’, de los perjuicios causados a la parte demandante ‘Caja de Compensación Familiar Cajacopi Atlántico’, con motivo de la irregular y negligente apertura de la cuenta de ahorros No 46362200048-2, abierta supuestamente por el representante legal de [ésta] en la oficina del Banco Agrario de Colombia que funciona en el municipio de San Benito Abad (Sucre) (...)»*, siendo que la entidad demandante jamás intervino en dicha operación, pero fue defraudada en \$220.127.423,64.

Al analizar la situación planteada, el Tribunal *«estableció que estamos ubicados en una pretensión claramente extracontractual, habida cuenta que la alegación del actor precisamente se apoya en que*

no tiene realmente la calidad de contratante y sin embargo, de esa relación irregular ha sufrido perjuicios que se impone deben ser resarcidos».

Luego, al examinar los elementos configurativos de la mencionada clase de responsabilidad, el juzgador reiteró que como *«[l]a demandante alega que el daño fue cometido en virtud de un contrato de cuenta corriente fraudulento, celebrado entre la entidad financiera demandada y un tercero, y en el cual ella no tuvo participación; [esa] situación (...) nos ubica en el terreno de una responsabilidad civil extracontractual derivada de un contrato, por lo cual se hace menester establecer cuáles son las obligaciones que surgen en virtud de dicho contrato, a fin de determinar si en la apertura fraudulenta de la cuenta bancaria, el banco demandado incumplió alguna de ellas, generando con su actuar los daños que invoca el demandante»¹⁵.*

Por ello, a partir de evaluar la conducta del demandado en el procedimiento de apertura de la cuenta de ahorros a nombre de la accionante, el sentenciador concluyó, que aquel había sido negligente, al haber fallado en los controles relacionados con la *«identidad y representación del demandante»*, medidas que le correspondía observar, al *«trata[rse] de intermediación financiera, de dineros públicos, de ser una convención realizada en el ámbito bancario que jurisprudencialmente ha sido considerada una actividad peligrosa, ubicada como interés público.- Obligación de seguridad radicada fundamentalmente, en cabeza del ente financiero, al que se le cataloga como especialista en dicha actividad y quien debe ejercer los mayores controles en la adecuada formación del contrato».*

¹⁵ El subrayado anterior no corresponde al texto original.

2.2. Si de acuerdo con lo anterior, el Tribunal basado en la consideración, según la cual, la actora *«no tiene realmente la calidad de contratante»*, dejó establecido que la reclamación de ésta *«nos ubica en una pretensión claramente extracontractual»*, es evidente que la definición del litigio se hizo al amparo de las normas que gobiernan la responsabilidad civil extracontractual y si ello fue así, no es dable predicar el desconocimiento de las invocadas en el cargo.

El contexto dentro del cual se aludió a los contratos bancarios, pone de presente que dicha referencia tuvo como finalidad relieves las obligaciones de las entidades crediticias, en este caso, del *«Banco que es una persona jurídica dedicada a la intermediación financiera»*, dentro de ellas, *«las de seguridad en su perfeccionamiento, es decir, en la etapa formativa del negocio»*, para evitar o minimizar riesgos, como el aquí debatido, pues según lo expuso el Tribunal, aquél, *«como especialista en dicha actividad (...) debe ejercer los mayores controles en la adecuada formación del contrato»*.

El anterior aserto tiene soporte en la consideración del sentenciador, según la cual como *«el daño fue cometido en virtud de un contrato de cuenta corriente fraudulento, celebrado entre la entidad financiera demandada y un tercero, y en el cual ella no tuvo participación (...) se hace menester establecer cuáles son las obligaciones que surgen en virtud de dicho contrato»*, a partir de cuyo análisis, concluyó que la aludida entidad falló en los controles al no establecer adecuadamente la identidad y representación de quien se hizo pasar por representante legal de la demandante.

En razón de ello, el Tribunal encontró *«demostrado el presupuesto imputación y vínculo causal, habida cuenta que tal apertura irregular y desconocida por Cajacopi, posibilitó que quien realizó la defraudación direccionara a dicha cuenta los dineros que por concepto del régimen subsidiado de salud recibe de algunos municipios»*.

2.3. De lo expuesto emerge que el sentenciador, lejos de basarse en una responsabilidad negocial, tuvo claridad de que ésta era de origen extracontractual, *«precisamente, [porque] (...)el actor (...) no tiene realmente la calidad de contratante»*.

Así las cosas, no resulta posible admitir que el fallador dejó de aplicar al caso sometido a su conocimiento los preceptos sustanciales que gobiernan la responsabilidad civil extracontractual o que haya hecho actuar otros ajenos al debate sometido a la composición judicial, o deformado el genuino sentido de los correctamente aplicados, en otras palabras, no incurrió en el quebranto directo de la ley sustancial que le ha sido endilgado.

2.4. Corolario de lo expuesto, el cargo no prospera.

XII. CARGO SEGUNDO

1. Con sustento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa el fallo de quebrantar de manera indirecta los preceptos 2341 y 2343 del Código Civil como consecuencia de los errores de hecho manifiestos y trascendentes cometidos por el Tribunal, en la apreciación de las pruebas.

2. Tendiente a su demostración, la censura expone lo seguidamente extractado:

2.1. El sentenciador dedujo la responsabilidad a partir de la manifestación del apoderado de la demandada en la audiencia prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, sin apoyo en otras pruebas, otorgándole a ella un alcance que no tiene, lo cual lo condujo a tener por demostrado, sin estarlo, que el Banco incurrió en falta de controles y por ende en culpa, al facilitar la apertura irregular de la cuenta bancaria utilizada para cometer el fraude.

Luego de transcribir lo consignado al respecto en la señalada diligencia judicial, el impugnante considera que de esas manifestaciones no surge la admisión de culpa o de la inobservancia de los controles exigibles al momento de abrir la cuenta, pues *«(...) una cosa es admitir que existió una suplantación que condujo a la apertura irregular de una cuenta bancaria, y otra muy distinta es aceptar que se ha incurrido en culpa. Es apenas obvio que la apertura irregular de una cuenta no necesariamente está determinada por una culpa del Banco, pues la suplantación puede haber ocurrido - como de hecho sucedió en este caso- a pesar de observarse los controles exigidos a cualquier profesional en materia financiera»*.

En su sentir, el error del fallador surgió de la indebida apreciación de la confesión del apoderado del banco, quien únicamente aceptó la impostura del representante legal de Cajacopi en la irregular apertura de la cuenta, al haber sido realizada mediante suplantación, sin deducirse de ella que el banco haya incurrido en conducta culposa; no obstante, a partir de esa aceptación, el Tribunal equivocadamente tuvo

por demostrada la culpa o actuar negligente del ente crediticio.

2.2. Supuso la confesión del demandado, pues sin referirse a la pieza procesal en donde se encuentra, sostuvo que no realizó los controles necesarios para evitar que el representante legal de Cajacopi fuera suplantado, cuando ello no obra en el expediente. Por tanto, *«(...) no habiendo confesado el Banco que incurrió en falta de controles, no podía el Tribunal aseverar, como lo hizo, que la entidad demandada ‘admite que no realizó los controles necesarios...’»*.

2.3. Pretermitió los medios probatorios demostrativos de la ausencia de culpa del banco.

Con base en la argumentación judicial, según la cual, para liberarse de responsabilidad le *«correspondería al demandado traer la prueba de haber cumplido con todos los controles de identidad y representación del demandante al momento de la apertura de la cuenta corriente aperturada a su nombre, lo que no cumplió»*, estima la censura, esa deducción fue fruto de haber dejado de apreciar los siguientes documentos, *«fundamento para la apertura de la cuenta con la que se cometió el fraude:»*

2.3.1. El certificado expedido por la Superintendencia de Subsidio Familiar allegado al proceso, en donde figura el señor Eduardo Enrique Galofre Manotas, como representante legal de Cajacopi.

2.3.2. Copia de la cédula de ciudadanía del mismo, quien se identificó como representante legal de aquella.

2.3.3. Formato de solicitud de servicios bancarios para personas jurídicas, diligenciado y firmado por quien se identificó como Eduardo Enrique Galofre Manotas.

2.3.4. Comunicación en papelería y membrete de Cajacopi, dirigida al Banco Agrario de Colombia por Pedro Mulett Mogollón, gerente de Cajacopi, solicitando la apertura de una cuenta bancaria a nombre de ésta y autorizando al antes mencionado, para manejarla.

2.3.5. Formato de inscripción en el RUT por parte de Cajacopi.

2.3.6. Estados financieros de ésta, suscritos por su director general Eduardo Galofre Manotas, el contador y el revisor fiscal.

2.3.7. Reglamento - contrato de depósitos de ahorro, rubricado por quien dijo ser representante legal de la accionante y por un funcionario del Banco Agrario.

2.3.8. Formato de verificación de información de persona jurídica, diligenciado y firmado por Jorge Carlos María Díaz, director de la oficina del ente crediticio demandado.

En sentir del impugnante, con tales escritos, omitidos por el Tribunal, se descarta la ausencia de controles atribuida al demandado, pues con ellos *«se creó la apariencia de que quien se presentó a la oficina bancaria era realmente el*

representante legal de Cajacopi», y no permitían sospechar la suplantación, menos cuando varios de ellos fueron elaborados en papelería de la actora y remitidos desde un fax suyo, según informe realizado por la oficina jurídica del banco, igualmente preterido.

Es más, como el representante de Cajacopi fue entrevistado personalmente y se le exigió la documentación correspondiente, esa circunstancia, anota el recurrente, demuestra que el accionado desplegó los controles, cuya ausencia le endilga el Tribunal, pues obró como lo hubiera hecho otro banco puesto en las mismas circunstancias.

2.4. El juzgador erró al acudir a una falsa regla de experiencia, cuando para dar por acreditada la culpa del banco expuso que *«la falta de controles es evidente ‘tratándose de una ciudad pequeña, donde los funcionarios de las diferentes entidades mantienen relaciones comerciales personales’*».

Con lo anterior, agrega, el Tribunal *«d[ió] por sentado que el banco debió descubrir la suplantación pues era esperable que los funcionarios de la entidad financiera conocieran a quien se presentó como representante legal de Cajacopi*», cuando la experiencia no indica que por pequeña que sea una localidad, un funcionario bancario deba conocer a todas las personas que se acercan a sus oficinas, pues si así fuera, en ningún lugar pequeño del país se presentarían defraudaciones por suplantación de identidad.

2.5. De no haber incurrido en tales errores probatorios, concluye, el Tribunal no habría encontrado demostrada la responsabilidad del banco y por ende lo habría absuelto.

3. En tales condiciones, al no estar acreditada la conducta culposa de la entidad demandada, sostiene, el Tribunal vulneró los artículos 2341 y 2343 del Código Civil, según los cuales, en responsabilidad civil extracontractual, quien comete una culpa y con ella causa daño, está obligado a repararlo.

XIII. CONSIDERACIONES

1. Responsabilidad civil y actividad financiera.

1.1. Según se desprende del artículo 335 de la Constitución Política, la actividad bancaria constituye un servicio público, pues siendo esencial para el desarrollo económico, reviste interés general, en la medida en que se halla dirigida, fundamentalmente, a la captación de recursos provenientes del público, a su aprovechamiento e inversión y está supeditada a la autorización, intervención y vigilancia del Estado.

Por ello, las entidades financieras que desempeñan dicha labor, así como gozan de algunas prerrogativas propias de su ejercicio y una posición de supremacía frente al usuario, también adquieren ciertas obligaciones para con éste, debido al alto riesgo social que esa actividad conlleva.

Uno de esos deberes atañe a la especial diligencia que deben observar en desarrollo de las actividades mercantiles constitutivas de su objeto social y, dentro de ellos, el ejercicio de controles y adopción de procedimientos dirigidos a la debida y completa identificación de sus clientes y de quienes utilizan el servicio público para realizar operaciones financieras, tendiente a impedir o minimizar los riesgos que su omisión puede provocar.

Tales controles se hallan ligados, entre otros propósitos, a la lucha contra el lavado de activos que las naciones combaten. De ahí, la importancia de su eficacia para evitar o contrarrestar el crimen financiero, del cual la misma entidad bancaria podría ser víctima, con la consecuente afectación de su seguridad, solidez y reputación, dada la publicidad negativa y pérdida de confianza por parte de los clientes y del mercado en general.

En virtud de ello, y debido a las operaciones desplegadas inherentes a su objeto social, particularmente concernientes a la administración del ahorro del público, se enfatiza, las entidades bancarias, como profesionales del sector económico, tienen una carga especial de diligencia y prudencia tendientes a evitar daños suyos, a los ahorradores y a la comunidad.

Por tal razón, según lo determina el artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, *«[l]as instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, estarán obligadas a adoptar medidas de control*

apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas»¹⁶.»

Cuando tales instituciones desatienden sus deberes de diligencia y cuidado, comprometen su responsabilidad. Al respecto, esta Corporación, en fallo SC 3 ago. 2004, Rad. 7447, anotó:

«En punto de la responsabilidad bancaria, la jurisprudencia de la Corte ha perseverado en la exigencia de deberes especiales de diligencia al sistema financiero, atendido que las instituciones bancarias son depositarias de la confianza pública. En la sentencia de 11 de julio de 2001 (exp. No. 6201), la Corte en un caso de similares perfiles, expuso los trazos fundamentales sobre la materia. Se demandó entonces por el faltante resultado de las consignaciones dejadas de percibir en la cuenta corriente de una sociedad, y la Corte hizo reproche porque ‘existió por parte de empleados adscritos a la entidad crediticia manejo inadecuado de los dineros en efectivo que ingresaban a la cuenta corriente de la sociedad demandante y que a raíz de ello se abrió investigación penal... en la que los cajeros fueron condenados por el delito de hurto agravado en virtud de los hechos en que sustenta ahora la entidad consignataria. Los resultados de la aludida investigación confirman la existencia del hecho punible, en virtud del cual los dineros en efectivo depositados por la sociedad acá demandante no entraban a formar parte del saldo en su favor, sino que eran indebidamente retenidos por empleados del Banco que luego los repartían con el contador de la empresa, quien, a su vez, organizaba de tal forma los libros contables que no aparecía en ellos el faltante; además, se probó la autoría del hecho por parte de empleados al servicio del Banco y, por ende, el subsiguiente incumplimiento en que incurrió dicha entidad crediticia en el manejo del depósito a ella confiado’.

¹⁶ Negrillas ajenas al texto original.

La Corte concluyó entonces ‘que el Banco efectivamente incurrió en el incumplimiento que se le achaca, y que su responsabilidad civil 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’ (Cas. Civil 24 de octubre de 1994)».

1.2. Así entonces, como el servicio público prestado por los bancos, es de interés público e implica riesgo social, dada la intermediación financiera que realiza -de gran importancia para el desarrollo económico-, su desempeño impone una indiscutible profesionalidad, idoneidad y experiencia.

Precisamente, por ese riesgo social que su ejercicio lleva implícito, las entidades bancarias se hallan obligadas a observar reglas fundamentales de prudencia, control y adecuada organización, tendientes a obviar el surgimiento de daños para sí y su clientela. Cuando no proceden de tal forma, su responsabilidad se compromete, pero puede desvirtuarse o aminorarse, si se demuestra una causa extraña, tipificada en el caso fortuito o la fuerza mayor, el hecho de un tercero o de la víctima, cuando los mismos han determinado el resultado lesivo y tienen la connotación de imprevisibles e irresistibles.

El profesionalismo, continuidad, trascendente función social y provecho pecuniario, entre otras características de la actividad bancaria, permiten suponer, no solo que cuentan con un conocimiento especializado, idoneidad y experiencia, sino que por el riesgo, de suyo creado con su ejercicio y la confianza pública generada, tienen diseñados y puestos en

práctica procedimientos pertinentes y suficientes para garantizar la prevención, el control y la seguridad de las operaciones propias de su labor.

Es por ello que a la hora de juzgar el cumplimiento de sus obligaciones, se impone hacerlo con mayor rigurosidad respecto de cualquier otro comerciante común o de gestión ordinaria, toda vez que la entidad bancaria, como organización empresarial de actividad especializada, debe estar preparada para precaver, evitar o controlar el daño proveniente de su labor, pues como lo recordó la Sala en CSJ SC 16496-2016, *«(...) 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’ (...).»*

El ejercicio de la actividad profesional bancaria, le impone entonces a la entidad, en principio, soportar las contingencias de su tarea, a menos que se demuestre, como ya se dijo, una causa extraña, capaz de fracturar el nexo causal.

Respecto de la responsabilidad que tienen los bancos, como profesionales de la actividad financiera, esta Corporación, en fallo SC18614-2016, concluyó:

«(...) el régimen de responsabilidad de los Bancos por la defraudación con el uso de instrumentos espurios para disponer de los fondos depositados en cuentas, se ha fundado en vertientes de la teoría del riesgo: En una primera época, la del ‘riesgo creado’

en virtud de la cual quien en desarrollo de una actividad genere un peligro o contingencia, debe indemnizar los perjuicios que de aquel deriven para terceros, con independencia de si ha actuado de manera diligente o culposa, o de si ha obtenido o un provecho; después se dio aplicación a la teoría del ‘riesgo provecho’ que carga con la obligación resarcitoria a quien ejerza la actividad que genera un riesgo o peligro y, además, saca de la misma una utilidad o percibe lucro, sin que importe que su conducta haya sido diligente o imprudente; por último, se acudió a la teoría del ‘riesgo profesional’ que es una derivación de la anterior, empleada también en otras áreas del derecho como, por ejemplo, en materia de accidentes y enfermedades laborales. En esta última, la obligación de asumir los riesgos inherentes al ejercicio de la actividad se basa en el profesionalismo que esta requiere.

(...)

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 todo lo anterior deriva, necesariamente que en la materia impera un

‘modelo particular de responsabilidad profesional del banco’ (CSJ SC-201, 15 Dic. 2006, Rad. 2002-00025-01).

2. Resolución del cargo.

2.1. En punto del reproche aquí planteado, es del caso recordar que cuando el mismo se construye sobre la base de haberse cometido un error de hecho que como vía indirecta integra la primera causal del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, su acreditación presupone, entre otras exigencias, que la inferencia probatoria atacada sea abiertamente contraria al contenido objetivo de la prueba, lo cual comporta su estructuración, únicamente cuando el desacierto sea tan notorio que a simple vista se manifieste, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, es decir, de tal magnitud que resulte ostensiblemente contrario a la evidencia del proceso y que por lo mismo no requiera de hermenéuticas deductivas de elaborada confección.

2.2. En el presente asunto, se recuerda, la demandante solicitó declarar la responsabilidad civil extracontractual del Banco accionado *«con motivo de la irregular y negligente apertura»* de una cuenta de ahorros a su nombre, lo cual facilitó su desfalco.

El Tribunal respaldó la decisión de primer grado acogedora de las pretensiones, al hallar responsable al Banco Agrario, en esencia, por no haber cumplido *«con todos los controles»* necesarios para la apertura de la cuenta de ahorros, lo cual permitió que se direccionaran hacia ella, dineros

provenientes de algunos municipios y que posteriormente fueran retirados, defraudando a la accionante.

La entidad convocada denuncia en este cargo, la incursión de errores fácticos porque su responsabilidad fue deducida de una confesión supuesta por el juzgador, quien también desconoció varias pruebas demostrativas de que el banco no tuvo culpa en la producción del daño reclamado.

2.3. Pues bien, al revisar la decisión combatida, la acusación planteada y los elementos materiales de prueba se extrae que el Tribunal no cometió el error denunciado y menos con las características de protuberante y trascendente.

En efecto, si como ha quedado visto, en razón de la actividad profesional desplegada por las entidades financieras y el riesgo surgido de ese ejercicio, éstas se hallan *«obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento [de conductas delictivas]»*, según lo previsto en el artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, entonces, el Tribunal no se equivocó al predicar que el accionado omitió *«haber cumplido con todos los controles»* para impedir el menoscabo cuyo resarcimiento se reclama.

Esa falta de controles la evidencia el propio informe Operativo Apertura y Manejo de Cuenta Cajacopi N° 4-6362-2- 00048-2, rendido por el Centro de Operaciones Bancarias del Banco Agrario de Colombia - Regional Costa, denunciado

como preterido, en el cual se destacan algunas de las irregularidades incurridas por el accionado, desde el mismo momento de la apertura de la cuenta de ahorros, hasta la consolidación del *«defraude (sic) ocurrido con los dineros de la entidad demandante»*, según palabras del sentenciador.

Así, se advierte que tratándose de una novedosa vinculación al banco, éste, como lo anota el Tribunal, abrió irregularmente la cuenta, puesto que lo hizo *«sin los específicos controles de identidad»*, aseveración que no se muestra infundada, si se tiene en cuenta lo consignado en el señalado reporte rendido por el mismo demandado, según el cual, la *«solicitud de servicios bancarios [fue] diligenciada y firmada sin huella del representante legal»*.

Esa omisión, entonces, impidió establecer la plena *«identidad de quien la abría»*, pues bien se sabe que la huella digital, por sus características de perenne, inmutable e irrepetible, ha sido considerada un medio adecuado para determinar que una persona es quien dice ser y no otra.

Si adicionalmente, se tienen en cuenta otras de las anomalías registradas en el aludido informe, se descarta el yerro protuberante y trascendente endilgado al fallador, cuando predica la falta de controles y que por tanto, *«el defraude (sic) ocurrido con los dineros de la entidad demandante son imputables al demandado»*.

Véase al respecto, cómo el citado informe, llama la atención en lo tocante a que *«[l]os cheques de gerencia pagados por*

la oficina y que el beneficiario solicitó el levantamiento del sello de cruce, estos fueron pagados por la cajera Sra Julia Marlene Mier Mercado sin el debido sello y firma de levantamiento de cruce por parte del director de la oficina Sr. Jorge Carlos María Díaz», y agrega:

«parece bastante curioso [que] los tres retiros efectuados el 11 de abril de 2005 N° E3345701 por valor de \$20.809.000,00, N° E3345702 por valor de \$18.618.000,00 y N° E3345703 por valor de \$19.573.000,00, (...) fueron realizados a la misma hora de acuerdo a listado de punteo diario de operaciones Ahmone (23:09:40), en donde un retiro fue cobrado por el representante legal y los otros dos autoriza a un tercero.

El cheque de gerencia N° 06311777 por valor de \$40.250.000,00 aparece elaborado con una fecha anterior al cargo de la cuenta, es decir fue elaborado el 31 de mayo de 2005 y ese mismo día solicitan el levantamiento del sello de cruce, pero realmente el cargo a la cuenta lo efectúan el 01 de junio 2005 y es pagado ese mismo día a la representante legal de Iasess».

Como de acuerdo con lo expuesto, la falta de controles esgrimida por el Tribunal, para deducir la responsabilidad del banco, se reitera, no se vislumbra caprichosa, descabellada o infundada, la Corte debe respetar y mantener tal conclusión.

Por ello, de aceptarse la inadecuada interpretación de la audiencia del 101 y la omisión probatoria referida en el cargo, esas falencias resultan insuficientes para desconocer la aludida consideración judicial.

De todas formas, el error atribuido al Tribunal consistente en haber apreciado indebidamente la confesión efectuada por el apoderado del banco en la audiencia prevista

en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, no se vislumbra, si se tiene en cuenta una y otra exposición.

En efecto, en la aludida audiencia, se consignó lo siguiente: *«El apoderado de la demandada, manifiesta que el banco admite como cierto el hecho de que Cajacopi, no abrió cuenta de ahorro, en su oficina del municipio de San Benito Abad y ya que acepta que su representante legal de Cajacopi, fue suplantado, al momento de dicha apertura ruega a la señora juez declarar probado el hecho aquí aceptado y que se concreta en que Cajacopi no tiene ni ha tenido cuentas de ahorro en el municipio de San Benito Abad por tanto pide que se excluyan las pruebas solicitadas en la demanda por el actor (...). La señora juez, declara probado, [que] la apertura de la cuenta a nombre de Cajacopi, en el municipio de San Benito Abad, fue irregular, al existir suplantación según lo manifiesta el demandado».*

El Tribunal, por su parte, al determinar el origen del daño y la culpa del banco, señaló que éste, siendo su deber evitarlo *«permitió de manera irregular la apertura de una cuenta de ahorros en nombre del demandante»,* pues, su *«representante legal (...) no fue quien compareció al Banco Agrario a realizar tal operación sino que fue suplantado, circunstancia que de manera expresa admitió el demandado en la audiencia del 101 (...) al extremo que lo da como comprobado, relevando al demandante de establecer tal circunstancia.- A su vez, lo irregular de la apertura de la cuenta corriente fue dado por cierto por el despacho de conocimiento por lo que hay que dar por sentado (sic) tal circunstancia».*

Así mismo, al analizar lo concerniente a la legitimidad de la demandante, recaba que *«en la diligencia de audiencia del 101 la parte demandada admite la suplantación y la sustracción de los dineros, por tanto pide que no se decreten pruebas respecto de tales circunstancias, en tales circunstancias, no le es dable, con lógico (sic) y*

coherencia admitir argumentos en contra de tal confesión, porque si admite el hecho de haber sido abierta la cuenta mediante suplantación es porque admite su falta de control al momento de suscribir la cuenta corriente, más cuando, tratándose de ciudad pequeña, donde los funcionarios de las diferentes entidades mantienen relaciones comerciales y personales».

Esta última apreciación judicial, descalificada por el censor fundado en que el hecho de tratarse de una ciudad pequeña, no implica que los funcionarios bancarios deban conocer a quienes acuden a sus oficinas, tampoco es suficiente para el acogimiento del cargo, porque, según ha quedado visto, el argumento de la falta de controles, cuenta con respaldo probatorio.

La precitada circunstancia también trunca la prosperidad del embate, en cuanto atañe a la preterición de documentos como la cédula de ciudadanía aportada por quien dijo ser representante legal de la accionante, el formato de inscripción en el RUT, los estados financieros, el reglamento del contrato de depósitos de ahorro, el formato de verificación de información y el certificado de la Superintendencia de Subsidio Familiar, puesto que esos escritos, la mayoría sin determinar su genuinidad, al haber sido presentados en fotocopia y otros enviados mediante fax, según lo señala la oficina jurídica del banco demandado, no se muestran como *«medidas de control apropiadas y suficientes»*, para impedir la defraudación.

Y en cuanto atañe al reproche consistente en no haber apreciado que para la apertura de la cuenta, algunos

documentos fueron enviados desde un fax de la accionante, indicativo de que hubo participación de ésta, esa consideración tampoco evidencia el yerro del Tribunal, menos cuando tal cooperación jamás fue demostrada.

2.4. En este contexto, es dable señalar que así pudiera extraerse por medio de agudas elucubraciones una conclusión distinta de la que exteriorizó el sentenciador, debe privilegiarse la de éste, más aún si se tiene en cuenta que la prosperidad de una acusación como la que se viene analizando, exige que el discurso casacional sea tan persuasivo y objetivo, que su sola consideración, contrastada con los elementos de juicio, tenga tal entidad que de inmediato se imponga la conclusión planteada por el impugnante, descartando otra lectura del material probatorio, lo que no acaece en el presente asunto, pues se itera, no se acreditó que las reflexiones del fallador se hallen divorciadas por completo de toda sindéresis y ponderación que las haga ver absurdas o arbitrarias, o lo que es igual, carentes del más mínimo respaldo, pues solo así puede derribarse una sentencia cuando se trata de la clase de yerro esgrimido por el censor.

Sobre el particular, la Sala en sentencia CSJ SC16946-2015, reiteró:

«En efecto, ‘partiendo de la base de que la discreta autonomía de los juzgadores de instancia en la apreciación de las pruebas conduce a que los fallos lleguen a la Corte amparados en la presunción de acierto, es preciso subrayar que los errores de hecho que se les endilga deben ser ostensibles o protuberantes para que puedan justificar la infirmación del fallo, justificación que por lo

tanto no se da sino en tanto quede acreditado que la estimación probatoria propuesta por el recurrente es la única posible frente a la realidad procesal, tornando por lo tanto en contraevidente la formulada por el juez; por el contrario, no producirá tal resultado la decisión del sentenciador que no se aparta de las alternativas de razonable apreciación que ofrezca la prueba o que no se impone frente a ésta como afirmación ilógica y arbitraria, es decir, cuando sólo se presente apenas como una posibilidad de que se haya equivocado.»

Lo expuesto, se reitera, excluye el error endilgado al fallador, con las características de protuberante y trascendente, al haberle deducido responsabilidad al banco demandado, bajo la consideración de no haber desplegado «*todos los controles*», para evitar la defraudación.

2.5. Por lo anterior, el cargo analizado no prospera.

XIV. TERCER CARGO

1. Con soporte en la misma causal de casación antes referida, acusa la sentencia de violar indirectamente, además de las normas indicadas en el anterior cargo, el artículo 64 del Código Civil, debido a los errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas, los cuales lo llevaron «*a no tener por demostrado, estándolo, que los perjuicios demostrados por Cajacopi no son atribuibles a un comportamiento culposo del banco demandado sino a una causa extraña, materializada en el hecho de terceros y en el hecho de la víctima*».

2. Luego de citar apartes de la sentencia del Tribunal de los cuales, según expone la censura, «*los perjuicios reclamados por Cajacopi son imputables a una culpa del banco demandado, consistente en la omisión de los controles necesarios para*

evitar que el representante legal de Cajacopi fuera suplantado», expone que esa conclusión es fruto de los siguientes desaciertos:

2.1. Indebida apreciación de la manifestación hecha por el apoderado del banco en la audiencia del artículo 101 del C. de P.C., la cual condujo al fallador a inferir que aquél había confesado un comportamiento negligente, cuando ese dicho carece del alcance dado por el *ad quem*, toda vez que de él no se desprende tal conclusión, pues una cosa es admitir que existió la suplantación que condujo a la apertura irregular de la cuenta y otra, aceptar la incursión en culpa.

En sentir del recurrente, lo único demostrado con esa exposición, es la apertura irregular de la cuenta, al haber sido realizada mediante suplantación, pero no la conducta culposa del banco; no obstante, agrega, el Tribunal dio por confesada la negligencia de éste en cuanto a los controles que le eran exigibles.

2.2. Supuso la confesión del demandado, dado que ella no existe en el proceso y por lo mismo, no podía afirmar que faltó realizar los controles necesarios.

2.3. Pretermitió las pruebas demostrativas de la ausencia de culpa del banco, pues las consideraciones en donde así lo concibe, se produjeron por haber omitido las pruebas relacionadas en el segundo cargo, las cuales reproduce en éste, desprendiéndose de ellas *«que el banco no incurrió en la falta de controles que se le atribuye»*, toda vez que como cualquier otro profesional de servicios financieros, exigió la

documentación requerida para la apertura de una cuenta bancaria a nombre de una persona jurídica.

La restante argumentación, es reiteración de la consignada en el anterior cargo.

2.4. Pretermitió las pruebas que acreditan la culpa de la víctima y el hecho de terceros.

Así, no tuvo en cuenta que en la demanda se confesó la apertura irregular de la cuenta bancaria en abril de 2005 y la realización del primer derecho de petición al banco reclamando la devolución dineraria el 28 de diciembre de 2005, es decir, ocho meses después de haberse llevado a cabo tal anomalía, lo cual demuestra la culpa de Cajacopi por su comportamiento negligente y descuidado, al no haberse percatado de la sustracción de sus recursos mediante fraude, por parte de terceros.

Ningún profesional diligente, agrega, descuida su dinero por ese lapso, *«máxime cuando administra recursos del sistema de salud (...) supuestamente (...) girados por las entidades territoriales»*.

2.5. Omitió, así mismo, los documentos obrantes a folios 8 y 9 a 12 del c.1, elaborados en papelería y con membrete de Cajacopi, presentados al banco para la apertura de la cuenta irregular, los cuales acreditan la participación de ésta en el fraude, bien porque funcionarios suyos sustrajeron o falsificaron la documentación, o por

permitir la utilización de su papelería y signos distintivos, creando la apariencia de legalidad en el entramado delictivo.

2.6. Se cercenó el documento obrante en los folios 221 a 225 c.1, correspondiente al informe de la investigación realizada por la oficina jurídica del banco demandado, demostrativo de la participación de funcionarios de Cajacopi, en la cadena de hechos delictivos que permitieron concretar la defraudación, del cual surge que una documentación para la apertura de la cuenta, fue enviada desde un abonado telefónico perteneciente a la entidad demandante.

2.7. Desdeñó los escritos de folios 5, 8, 13, 162, 163, 170, 172, 189, 194 y 213 del C.1, suscritos por quién suplantó al representante legal de Cajacopi, utilizados para abrir la irregular cuenta bancaria y efectuar los retiros que consolidaron el fraude, creando la apariencia de legalidad, los cuales muestran que el banco fue engañado, desde la apertura de la cuenta, pasando por las consignaciones de dinero y culminando con el retiro del mismo, constituyendo ello una causa extraña ajena a la esfera del dominio de la entidad financiera.

3. Tales errores, estima, llevaron al Tribunal a tener por demostrado, sin estarlo, que los perjuicios reclamados por la demandante son atribuibles a una culpa del convocado, y a no tener por probado, estándolo que la verdadera causa de aquéllos, la constituye el actuar negligente de Cajacopi y el actuar de terceros.

Por tanto, quebrantó indirectamente el artículo 64 del Código Civil, liberatorio de responsabilidad cuando se presenta causa extraña y, los preceptos 2341 y 2343 ibídem, al no poderlos aplicar, en ausencia de relación causal.

4. De no haber incurrido en tales yerros, concluye, no le era viable declarar la responsabilidad civil del ente demandado, al no estar demostrada la culpa y en cambio, lo hubiera absuelto por virtud de una causa extraña.

XV. CARGO OCTAVO

1. Con base en la causal primera de casación, denuncia el fallo impugnado de haber infringido de forma indirecta el artículo 2357 del Código Civil, como consecuencia de los errores de hecho, manifiestos y trascendentes incurridos en la apreciación de las pruebas, que llevaron al *ad quem* a no tener por demostrado, estándolo, que la demandante incurrió en culpa, con relevancia causal en la producción del daño y por ello, éste debe ser reducido.

El tribunal, anota la censura, tuvo por demostrado que la causa de los perjuicios sufridos por Cajacopi fue la conducta culposa del banco demandado, sin detenerse a analizar el comportamiento de la demandante, pues de haberlo hecho habría hallado acreditada la culpa de ésta.

2. Lo anterior, agrega, se produjo en razón de los siguientes yerros fácticos:

2.1. Apreciación indebida de la demanda, pues en ella, Cajacopi confiesa que la apertura irregular de la cuenta bancaria acaeció en abril de 2005 y la primera petición reclamando la devolución de los dineros, fue el 29 de diciembre siguiente, es decir ocho meses después de aquella; por tanto, debió tener por demostrada la culpa de la accionante por su comportamiento negligente y descuidado al dejar transcurrir dicho lapso sin percatarse de dicha sustracción, lo cual no es propio de un profesional diligente *«máxime cuando administra recursos del sistema de salud»*.

2.2. Pretermitió apreciar los documentos allegados con la demanda, demostrativos de la culpa de Cajacopi, en particular el primer derecho de petición radicado ante el banco el 29 de diciembre de 2005, es decir, ocho meses después de perfeccionarse la apertura irregular de la cuenta bancaria, lo cual demuestra la falta de control de su patrimonio, no obstante manejar recursos del sistema de salud.

2.3. Menospreció los documentos obrantes a folios 8 y 9 a 12 del c.1 elaborados en papelería y con signos distintivos de Cajacopi, los cuales fueron presentados al banco para la apertura irregular de la cuenta, de los cuales se desprende la participación de ésta en el fraude, bien porque funcionarios suyos sustrajeron o falsificaron la documentación, o por permitir que su papelería y signos distintivos fueran utilizados en el entramado delictivo.

2.4. Omitió el documento obrante a folios 221 a 225 c.1, correspondiente al informe de investigación realizada por la oficina jurídica del banco demandado, en donde se manifiesta haberse efectuado entrevista presencial a quien se identificó como Eduardo Enrique Galofre Manotas y se exigió la presentación de documentos, algunos de los cuales fueron enviados vía fax desde un abonado asignado a la demandante.

Dicho escrito, agrega, demuestra la participación de funcionarios de ésta en la cadena de hechos delictivos que permitieron concretar el fraude.

3. Por lo mismo, el Tribunal dejó de aplicar el artículo 2357 del C.C., que establece la reducción del daño cuando la víctima se ha expuesto a él imprudentemente. No obstante, tal disminución no se produjo en el fallo, pues a pesar de tal exposición, el banco fue condenado al pago integral de aquel.

XVI. CONSIDERACIONES

1. Análisis conjunto.

El estudio de los cargos tercero y octavo se abordará de manera conjunta al estar fundados en similares argumentos y servirse de consideraciones comunes, pues en ambos se esgrimen circunstancias eximentes de responsabilidad del banco demandado.

2. Eximentes de responsabilidad.

2.1. Según se tiene establecido, quien directamente o a través de sus agentes le infiera daño a otro, originado por hecho o culpa suya, queda obligado a resarcirlo. A su vez, quien pretenda la indemnización derivada de tal suceso deberá demostrar, en principio, el perjuicio sufrido, el hecho generador del mismo atribuible al demandado y el nexo causal adecuado entre ambos factores; sin éste, el juicio de imputación quedará destinado a sucumbir.

Ahora, aunque objetivamente merezca atribuirse un determinado resultado dañoso a una persona, puede ocurrir que su responsabilidad no resulte comprometida y por ende, no sea viable su declaratoria, debido a la presencia de un hecho externo, imprevisto e irresistible, exonerativo de ella.

La interrupción del nexo o relación de causalidad entre el suceso y el resultado perjudicial derivado de aquél, excluye, por ende, la posibilidad de atribuir jurídicamente la responsabilidad resarcitoria al accionado, ya de manera integral, ora parcial, en el último evento, si converge la participación de éste, es decir, si su intervención tuvo incidencia en la producción del daño, evento en el cual, puede beneficiarse con una disminución del monto a indemnizar.

2.2. Tradicionalmente se ha considerado que esas circunstancias eximentes de responsabilidad, son la fuerza

mayor, el caso fortuito, y el hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima.

2.2.1. Respecto de las dos primeras modalidades, el artículo 64 del Código Civil considera como «(...) *fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*».

La unidad conceptual o sinonimia establecida por el legislador se explica en que «no existe realmente diferencia apreciable en términos de la función que ambas están llamadas a cumplir en el ámbito de la legislación civil vigente»¹⁷, refiriéndose ellas, en esencia, a acontecimientos anónimos, imprevisibles, irresistibles y externos a la actividad del deudor o de quien se pretende lo sea, demostrativos en cuanto tales, del surgimiento de una causa extraña, no atribuible a aquel.

Por tanto, para poder predicar su existencia, se impone establecer que el citado a responder estuvo en imposibilidad absoluta de enfrentar el hecho dañoso, del cual él es ajeno, debido a la aparición de un obstáculo insuperable.

Al respecto, se han considerado como presupuestos de tales situaciones exonerativas de responsabilidad, la imprevisibilidad e irresistibilidad del acontecimiento, entendida aquella como la irrupción súbita de un suceso imposible de eludir, a pesar de la diligencia y cuidado observados con tal fin, para cuya evaluación en cada caso

¹⁷ Sentencia CSJ SC 26 nov. 1999, rad. 5220.

concreto, deberán tenerse en cuenta criterios como «1) *El referente a su normalidad y frecuencia*; 2) *El atinente a la probabilidad de su realización*, y 3) *El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo*» (CSJ SC 6 ago. 2009, rad. 2001-00152-01).

La irresistibilidad, por su parte, atañe a la imposibilidad objetiva absoluta de evitar el suceso imprevisto y sus consecuencias, no obstante los medios empleados para contrarrestarlo o sobreponerse a él y a su desenlace, o en otros términos, cuando en las mismas condiciones del demandado y atendiendo la naturaleza del hecho, ninguna otra persona hubiera podido enfrentar sus efectos perturbadores. En tales condiciones, no sería viable deducir responsabilidad, pues nadie es obligado a lo imposible. La imposibilidad relativa, por tanto, o viabilidad de que, con algún esfuerzo, quien enfrenta la situación supere el resultado lesivo, descarta la irresistibilidad.

En relación con los aludidos componentes de la causa extraña, eximentes de responsabilidad, la Sala, en fallo CSJ SC 24 jun. 2009, rad. 1999-01098-01, precisó:

«Justamente por la naturaleza extraordinaria del hecho imprevisible e irresistible, su calificación por el juzgador como hipótesis de vis maior, presupone una actividad exógena, extraña o ajena a la de la persona a quien se imputa el daño o a su conducta, o sea, ‘no puede concurrir con la culpa del demandado que haya tenido un rol preponderante en la causación del daño (...), pues su estructura nocional refiere a las cosas que sin dolo ni culpa inciden en el suceso (quæ sine dolo et culpa eius accidunt) y a las que aún previstas no pueden resistirse (quæ fortuitis casibus accidunt, quum prævideri non potuerant), lo cual exige la ausencia de culpa (quæ sine culpa accidunt) y, también, como precisó la

Corte, es menester la exterioridad o ajenidad del acontecimiento, en cuanto extraño o por fuera de control del círculo del riesgo inherente a la esfera, actividad o conducta concreta del sujeto, apreciándose en cada caso particular por el juzgador de manera relacional, y no apriorística ni mecánica, según el específico marco de circunstancias y las probanzas (...).

Por consiguiente, la falta de diligencia o cuidado, la negligencia, desidia, imprudencia e inobservancia de los patrones o estándares objetivos de comportamiento exigibles según la situación, posición, profesión, actividad u oficio del sujeto, comporta un escollo insalvable para estructurar la fuerza mayor cuando, por supuesto, su incidencia causal sea determinante del evento dañoso, porque en esta hipótesis, el hecho obedece a la conducta de parte y no a un acontecer con las características estructurales de la vis mayor.»

2.2.2. La modalidad exonerativa consistente en el hecho de un tercero se estructura cuando el daño cuyo resarcimiento se pretende no puede ser jurídicamente imputable al demandado, sino a alguien diferente, carente del ligamen con él y causante directo del menoscabo.

Siendo ello así, para que el demandado pueda liberarse de responsabilidad deberá acreditar que el hecho del tercero fue el único factor determinante del daño y que su aparición se produjo, como en toda causa extraña, en circunstancias imprevisibles e irresistibles, inclusive, para el reclamante de la indemnización y, en definitiva, que por esa circunstancia se halla ausente el nexo de causalidad. Si el hecho del tercero puede ser prevenido o resistido por el convocado, éste deberá sufrir los efectos de la imputación que le asiste.

Ahora, si el hecho del tercero concurre con el del demandado en la producción del daño, la obligación resarcitoria nacerá para ambos, al generarse la solidaridad

prevista en el artículo 2344 del Código Civil. En esa hipótesis, el convocado no quedará exonerado de su responsabilidad; para que ello acontezca, debe acreditarse que el actuar de aquel, fue en verdad ajeno, exclusivo, irresistible, imprevisible y determinante del menoscabo sufrido por la víctima.

Por lo mismo, no podrá reconocerse la eximente cuando el soportante de la acción indemnizatoria pudo prever y eludir el hecho del tercero, pues según se tiene establecido, no impedir el resultado dañoso estando en posibilidad y deber de hacerlo, equivale a producirlo.

2.2.3. Finalmente, cuando ha sido el hecho de la víctima el generador, de manera exclusiva y determinante del daño, será ella la llamada a soportar las consecuencias de su proceder, pues la obligación de resarcir surge del daño causado a otro, no, a sí mismo.

De ser aquello, el demandado también puede ser liberado de su responsabilidad o ésta resultar menguada, junto con el monto a resarcir, si coparticipó en la producción del resultado nocivo.

En el primer evento, entonces, no habrá lugar a inculpación si el demandado demuestra que el actuar de la víctima le resultó extraño, imprevisible e irresistible, esto es, que hubo total ruptura del nexo causal.

En la segunda hipótesis, esa atribución será parcial, correspondiéndole al juez, con base en los medios de persuasión y en las circunstancias que rodearon el caso, determinar la magnitud e influencia de esa intervención, al igual que los efectos irradiados al monto indemnizatorio, pues de acuerdo con el artículo 2357 del Código Civil, *«[l]a apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente»*.

Si, como en el caso del tercero, el demandado pudo prever y resistir el actuar de la víctima, no habrá lugar a reconocer la señalada eximente.

2. Definición del cargo.

2.1. En este asunto, se itera, la Caja de Compensación demandante pidió declarar civil y extracontractualmente responsable al Banco Agrario, por haber abierto de manera irregular, negligente y sin su intervención, una cuenta de ahorros, permitiendo que dineros provenientes de algunos municipios se direccionaran hacia dicha cuenta, para posteriormente ser retirados en su detrimento, sin que el accionado hubiera adoptado los controles necesarios, no obstante las elevadas cuantías extraídas.

El Tribunal, como ya se ha dicho, confirmó el fallo del *a quo* al considerar que *«el defraude ocurrido con los dineros de la entidad demandante son imputables al demandado»*, por *«[no] haber cumplido con todos los controles de identidad y representación del demandante»*.

En los cargos bajo estudio, se denuncia la violación indirecta de la ley sustancial, en su modalidad de yerro fáctico, por falta de apreciación de los medios de prueba que dan cuenta de la ausencia de culpa del banco, y en cambio sí, de la existencia de una causa extraña, el hecho de terceros y la culpa de la víctima, eximentes de su responsabilidad.

Al estudiar la segunda acusación se dejó establecido que la conclusión judicial relacionada con la falta de controles no se mostraba infundada, habida cuenta que los medios de persuasión permitían dicha deducción, razón por la cual, en esta ocasión, la Corte se sirve de lo allí expuesto para la resolución de los reproches bajo análisis, concentrándose en los aspectos relacionados con las circunstancias justificativas de responsabilidad argüidas.

2.2. La revisión de los invocados medios de persuasión, no permite advertir los errores denunciados y menos con las características de protuberantes y trascendentes, al no evidenciarse la configuración de ninguna de las eximentes referidas por la recurrente, según pasa a exponerse:

Ha quedado definido que el ejercicio de la actividad bancaria lleva implícito riesgo social y por ello, las respectivas entidades, como profesionales financieras, se hallan obligadas a adoptar y observar reglas fundamentales de prudencia, control y adecuada organización, con miras a evitar el surgimiento de daños, pero si esas medidas fallan, aquéllas deben responder por éstos, a menos de demostrarse una causa extraña determinante del resultado lesivo.

La relación probatoria acusada de preterida y que en sentir de la impugnante demuestran la falta de culpa del banco y la presencia *de «una causa extraña, materializada en el hecho de terceros y en el hecho de la víctima»* no acreditan el yerro fáctico atribuido al fallador, al no evidenciar las características de la causa extraña enarbolada, particularmente que el hecho de terceros o de la víctima hubiera sido exclusivo, imprevisible, irresistible y determinante de la defraudación, con total inconexión de la accionada.

De acuerdo con los elementos materiales de prueba incorporados a la actuación, según se expuso al analizar el segundo cargo, el mismo banco demandado, en su informe operativo puso de presente varias irregularidades cometidas por su dependencia de San Benito Abad, no solo en el proceso de apertura de la cuenta de ahorros, sino en el de entrega de cuantiosas sumas allí depositadas.

Esa circunstancia, a más de desvanecer la ajenidad del demandado en el resultado dañoso, los controles adecuados y suficientes para impedir la sustracción dineraria en detrimento de la accionante, así como su cabal diligencia en ese manejo operacional, desvirtúa el error atribuido al Tribunal, el cual, según la impugnante, consiste en no haber visto que *«los perjuicios demostrados por Cajacopi no son atribuibles a un comportamiento culposo del banco demandado sino a una causa extraña, materializada en el hecho de terceros y en el hecho de la víctima»*.

Conforme a lo ya expuesto, precisamente por la actividad profesional desplegada, la captación masiva de recursos provenientes del público, el provecho económico y los riesgos derivados de su ejercicio, las entidades que prestan ese servicio público deben *«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 encargan»* (CSJ SC18614-2016).

Si en el presente asunto, según lo revelado por el accionado se pagaron cheques *«sin el debido sello y firma de levantamiento de cruce por parte del director de la oficina»*, se realizaron diversos retiros en un mismo momento (23:09:40) y por diferentes personas, se solicitó el levantamiento de sello de cruce de cheque antes de ser cargado a la cuenta y terminó pagándose, entre otras anomalías, ello entonces, es indicativo de que no se realizaron adecuados y suficientes controles tendientes, no solo a determinar la razón de estas conductas, sino a evitar el menoscabo, de donde entonces, la deducción extraída por el fallador al respecto, no es infundada y desvanece la ausencia de culpa predicada por la impugnante.

De todas maneras, de admitirse la equivocación, la misma sería intrascendente, porque situada la Corte como Tribunal de instancia, fundada en los medios de persuasión, a esa misma conclusión tendría que arribar, como lo ha hecho, entre otros eventos, en uno de contornos semejantes

al actual, en donde se le dedujo responsabilidad a una institución financiera, porque en la apertura de una cuenta de ahorros a nombre de una persona jurídica, proceso en el cual se suplantó a su representante legal, aquella omitió requerirle el certificado de existencia y representación.

En esa oportunidad, en sentencia de 3 ago. 2004, Rad. 7447, a más de denotar la importancia de la actividad bancaria y de estimar que las entidades dedicadas a ella *«demandan (...) una carga especial de diligencia en la atención de los asuntos que le son inherentes, pues en materia tan delicada no hay espacio para tolerar desbordamientos, abusos o descuidos (...),»* adujo:

«Desde esta perspectiva, la diligencia exigible a las instituciones financieras no es apenas la que se espera de un buen padre de familia, referida por tanto a los negocios propios, sino la que corresponde a un profesional que deriva provecho económico de un servicio que compromete el ahorro privado y en el que existe un interés público. Con otras palabras, a la hora de apreciar la conducta de uno de tales establecimientos, 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.

(...)

En el presente caso [agregó la Corte] es patente la responsabilidad de ‘Ahorramas’ Corporación de Ahorro y Vivienda por permitir que se abriera una cuenta en nombre de ‘Industrias Químicas y Petroleras –Indupetrol Ltda.-’ sin exigir el certificado de existencia y representación legal de ésta. Además, es notorio que el Tribunal halló demostrada la culpa de la parte demandada, pues no otra cosa se deduce de la siguiente consideración: ‘la entidad demandada, al momento de la apertura de la Cuenta de Ahorros no exigió el certificado de existencia y representación de Indupetrol, ni durante su vigencia, lo cual permitió que una persona extraña al representante legal de la compañía demandante utilizara su nombre para la apertura de la mencionada cuenta, con fines ilícitos’, comportamiento que revela ‘una actitud omisiva y culposa, al no observar la diligencia y cuidado que debe cumplir la

Entidad con normas bancarias, reglamentos e instrucciones de la Superbancaria, lo cual no sólo tenía que ver con la naturaleza de sus obligaciones sino con el cometido que le es propio como Entidad Financiera' (...).»

2.3. De conformidad con lo expuesto, no se configura el yerro del fallador, que según el recurrente, se produjo al no haber advertido que el experto financiero fue engañado, porque una excusa tal, proveniente de un profesional bancario, para quien no pueden ser desconocidos los riesgos que el ejercicio de esa actividad comporta y que por lo mismo está en la obligación de *«adoptar medidas de control apropiadas y suficientes»*, se muestra deleznable, máxime cuando dentro de sus posibilidades se hallaba la plena identificación del impostor y de quienes concurrieron a la extracción del dinero, así como la cabal confirmación de los documentos y datos suministrados.

No puede desconocerse que en todos los tiempos, el hurto, la estafa, la falsedad, entre otros comportamientos delictuales, han hostigado a la sociedad y que los adelantos tecnológicos han dado lugar a nuevas modalidades delictivas, dentro de ellas, los fraudes electrónicos. Sin embargo, los efectos nocivos de ese sofisticado proceder no pueden trasladarse al usuario, menos si éste es ajeno a la entidad y a la operación que condujo a su desfalco.

Por ello, como lo expuso la Sala en CSJ SC 16496-2016, *«(...) hay que admitir que los riesgos han variado y los efectos de su aparición usualmente son inatajables. Se experimentan nuevos mecanismos de seguridad a la par que afloran nuevos delitos cibernéticos que impactan en el riesgo que la banca crea, utiliza y de la*

que es responsable salvo que acredite una causa extraña o el hecho exclusivo de la víctima».

2.4. En este caso se acusa al Tribunal de inobservar el hecho de terceros y de la víctima como circunstancias eximentes de responsabilidad respecto del daño experimentado por la accionante; no obstante, al no acreditarse la exclusividad de esa intervención, ni la imposibilidad que para el experto financiero accionado representó corroborar adecuadamente la información suministrada por el timador, asegurar su plena identificación y en síntesis, demostrar el obstáculo insalvable que tuvo para prever, contrarrestar o evitar el desfallo, el error judicial no se estructura y menos con las particularidades que lo identifican.

Si a pesar de las fallas relacionadas con la identificación de quien compareció a solicitar el servicio bancario, según dan cuenta los elementos materiales de prueba, pues al mismo no le fue recaudada la huella digital, el banco autorizó el pago de cheques con las falencias ya señaladas y sin realizar ninguna clase de verificación, no obstante las cuantiosas sumas extraídas, entonces la defraudación no puede catalogarse como exclusiva de terceros; razón por la cual se descarta, no solo la eximente, sino el yerro judicial.

2.5. En cuanto atañe a la culpa de la víctima, aducida por haberse tardado en reclamarle a la entidad accionada el reintegro del dinero sustraído o porque al parecer algunos documentos fueron remitidos desde un fax que le pertenecía,

tampoco revela el error del fallador, pues a más de no observarse las características de esa circunstancia exonerativa de responsabilidad, tales como su exclusividad, imprevisibilidad e irresistibilidad, ningún elemento de juicio ratifica la suposición del accionado, en cuanto a que algún empleado de la demandante pudo haber participado en el atentado patrimonial, pues ni siquiera se allegó constancia de existir investigación, menos de índole penal en donde ello fuera sugerido o demostrado.

Por lo demás, la recurrente no determina cuál pudo ser la trascendencia en el fallo, si la primera reclamación dineraria efectuada al banco por la demandante, se hubiera realizado con anterioridad al 29 de diciembre de 2005 o de qué manera ese antelado pedimento habría evitado la irregular apertura de la cuenta bancaria y la subsiguiente sustracción dineraria, génesis de este proceso.

2.6. Así las cosas, como de los medios de persuasión cuya preterición o indebida apreciación se denuncia, no emerge la configuración de la causa extraña, es decir, el hecho externo y determinante del resultado lesivo, imposible de prever y resistir por parte del banco demandado, el error del Tribunal consistente en no haber advertido esa eximente, tampoco se estructura.

2.7. Por tanto, los cargos examinados no prosperan.

XVII. CARGO NOVENO

1. Soportado en el inicial motivo de casación previsto en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa la sentencia de vulnerar indirectamente los artículos 16 de la ley 446 de 1998, 1613, 1614, 2341, 2342 y 2343 del Código Civil, por virtud de los errores de hecho que condujeron al Tribunal a tener por demostrado, sin estarlo, el lucro cesante supuestamente sufrido por Cajacopi.

2. El sentenciador, señala el recurrente, al referirse a la cuantía del daño, se limitó a indicar que éste se encontraba *«cuantificado documental y pericialmente»*, argumento derivado de los siguientes errores probatorios:

2.1. Apreció equivocadamente el dictamen pericial, pues apoyado sólo en él, tuvo por demostrado que Cajacopi dejó de percibir \$247.198.143,00 de lucro cesante, como efecto de la sustracción de los dineros de la cuenta bancaria irregularmente abierta, cuando dicha experticia no demuestra que ese valor haya dejado de ingresar a su patrimonio.

El perito sólo realizó las operaciones solicitadas por la demandante, es decir, calculó el valor de unos intereses bancarios corrientes que habrían producido las sumas sustraídas, pero ello no constituye prueba de que en efecto, haya dejado de percibir ese monto, pues cuando la obligación del demandado no es de dinero sino de valor, como en los eventos de responsabilidad civil extracontractual, el lucro

cesante no equivale a los intereses que habría podido producir un capital.

2.2. Supuso la prueba del lucro cesante, dado que el expediente no registra ninguna sobre *«que a raíz de la sustracción de los recursos de la cuenta abierta en forma irregular, Cajacopi dejó de obtener la ganancia que el ad quem encontró acreditada»*, o que si ellos no hubieran sido sustraídos, aquella habría obtenido una ganancia de \$247.198.143,00, equivalente al interés bancario corriente.

Por tanto, estima, al no estar demostrada la existencia y cuantía del lucro cesante, el Tribunal no podía condenar al banco a resarcirlo, pero como lo hizo, desconoció los preceptos inicialmente mencionados según los cuales, solo debe indemnizarse el perjuicio efectivamente causado, siendo el lucro cesante, la ganancia o provecho dejado de reportarse.

Esos errores de apreciación probatoria, finaliza, incidieron en las resoluciones adoptadas en la sentencia, pues determinaron la confirmación de la de primera instancia que condenó al banco demandado al resarcimiento de perjuicios, dentro de ellos, el lucro cesante, sin estar acreditado.

3. Con base en ello, pide casar la sentencia recurrida y en sede de segunda instancia, pronunciar la que en derecho corresponde.

XVIII. CONSIDERACIONES

1. El daño como elemento estructural de la responsabilidad civil.

1.1. Como es sabido, uno de los elementos estructurales de la responsabilidad, es el daño, entendido como todo detrimento o menoscabo de bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio material o moral, cuyo resarcimiento le incumbe al autor o al legalmente vinculado con éste.

Desde el punto de vista patrimonial y de acuerdo con la concepción inserta en el artículo 1613 del Código Civil, *«[l]a indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento»*.

Y, según el precepto 1614 ibídem, *«[e]ntiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse»* como consecuencia de similares circunstancias.

1.2. Según lo evidenciado, los mencionados preceptos fueron previstos para regular lo concerniente a la responsabilidad negocial; sin embargo, efectuada la interpretación y ajustes pertinentes, es dable señalar que, atendiendo a la naturaleza del caso, los mismos son

igualmente aplicables a los eventos de responsabilidad civil extracontractual¹⁸.

En esa medida, si el deudor no cumple su obligación, o cuando alguien carente de una relación jurídica concreta causa injustamente daños a otro, entre las varias repercusiones generadas, puede estar la afectación del patrimonio de la víctima, ya sea porque a raíz de esa circunstancia, el capital de ésta se redujo o por no haber obtenido las utilidades, beneficios o dividendos que fundadamente y atendiendo el habitual desenvolvimiento de los hechos, era de esperarse.

En ambas hipótesis, el causante de dichos perjuicios tiene el deber jurídico de repararlos en toda su extensión, esto es, restableciendo el patrimonio del damnificado en lo que fue disminuido o dejado de percibir.

La jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado reiteradamente del señalado componente de la responsabilidad y así, en fallo CSJ SC 28 feb. 2013, rad. 2002-01011-01, precisó:

«En el ámbito patrimonial, los tipos de daño más caracterizados son el ‘daño emergente’ y el ‘lucro cesante’, conceptos que, a su turno, se traducen, el primero, en ‘un empobrecimiento del patrimonio en sus valores actuales’, que ordinariamente está representado en un menor valor de los activos patrimoniales -por destrucción, deterioro, menoscabo o inutilización de los elementos que lo conforman-, o en la realización de erogaciones o gastos con ocasión del hecho ilícito. (...). Y el segundo, el lucro cesante, se

¹⁸ Sentencia CSJ SC 13 sep. 2013, rad. 1998-37459-014.

concreta en la afectación de un interés lícito del damnificado a percibir una ganancia, provecho o beneficio de tipo económico, que ya devengaba o que habría obtenido según el curso normal u ordinario de los acontecimientos.»

O como también lo expuso en fallo CSJ SC11575-2015:

«El lucro cesante, jurídicamente considerado en relación con la responsabilidad extracontractual, es entonces la privación de una ganancia esperada en razón de la ocurrencia del hecho lesivo, o, en palabras de la Corte, ‘está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, con el mismo fundamento de hecho».

2. Resolución concreta del cargo.

2.1. En el presente asunto, se recuerda, por virtud de la apertura de una cuenta de ahorros a nombre de la demandante, sin su intervención, ésta, en síntesis, reclamó el resarcimiento por daño emergente y lucro cesante, o el reembolso de los dineros que le fueron sustraídos *«junto con el rendimiento financiero que, ellos hubiesen generado».*

El Tribunal confirmó la decisión del a quo quien al respecto, *«acog[ió] el trabajo pericial que en lo fundamental tom[ó] cada uno de los depósitos realizados (...) [y les] aplicó los intereses mensuales, a una tasa máxima legal autorizada y certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia (...)».*

En esta acusación, se le endilga al Tribunal haber incurrido en yerro fáctico porque condenó al banco accionado a pagar los perjuicios, dentro de ellos, el lucro cesante, sin estar acreditado.

Por tanto, supuso la prueba de su existencia y erró al apreciar el dictamen del perito quien lo extrajo de calcular el valor de los intereses bancarios corrientes, a pesar de que en los casos de responsabilidad civil extracontractual, esos réditos no equivalen al lucro cesante.

2.2. Si en el ámbito patrimonial, indemnizar significa transferir, por parte del llamado a responder, dinero u otro bien de contenido pecuniario a la víctima, quien tiene derecho a ser restituida a la situación financiera que tendría de no haber sufrido el perjuicio, o en términos del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *«[r]esarcir un daño o perjuicio, generalmente mediante compensación económica»*, y esa reparación, como ha quedado visto, comprende el daño emergente y el lucro cesante, entonces, no hay duda de que un menoscabo como el aquí presentado, conlleva la satisfacción de este último componente del quebranto, en la medida de su comprobación.

Dado que según lo relatado, el detrimento patrimonial sufrido por la demandante, en concreto devino de haberle sido sustraído dinero y como bien se sabe, éste es fructífero por excelencia, o en otros términos, tiene la aptitud reconocida de producir utilidades, entonces el Tribunal no incurrió en el error atribuido, al considerar que los intereses constituían el lucro cesante, toda vez que el desfalco impidió la obtención de dividendos.

Ahora, como lo pretendido por la demandante fue el daño emergente y el lucro cesante o como antes se dijo, el

«reembols[ó de] tales dineros (...) junto con el rendimiento financiero que ellos hubiesen generado», indicando que este último componente del perjuicio «cuando se trata de dinero, se considera como lucro cesante la falta o merma en la productividad [que] si no es posible acreditarla se aplica el interés comercial como compensación por la utilización del dinero», entonces, el reconocimiento, por parte del fallador, de ese componente del daño, no evidencia el yerro protuberante y trascendente con entidad para casar el fallo recurrido, porque asumió que al no haberse pedido cosa distinta al «rendimiento financiero», esos réditos o frutos del dinero, estaban llamados a cumplir la función resarcitoria integral que conlleva esta clase de atentados.

Téngase en cuenta que en punto de la completitud del resarcimiento, el artículo 16 de la Ley de 446 de 1998, así lo prevé, pues según su literalidad, *«dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales».*

Por ello, la Sala, en fallo CSJ SC6185-2014, reiteró:

«Lo anterior significa que el juez tendrá que ordenar al demandado la restitutio in integrum a favor del damnificado, es decir que deberá poner al sujeto perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría de no haber ocurrido el daño.

(...)

Varias veces se ha señalado por esta Corporación que en asuntos de responsabilidad civil, la indemnización de perjuicios que se reconozca al perjudicado, como corresponde, debe apuntar a resarcir a éste, en su justa medida y proporción, el daño total que le ha sido causado, admitiéndose jurisprudencialmente que el correspondiente pago para que sea liberatorio, debe comprender la correspondiente corrección monetaria, pues no es justo, ni

equitativo con el acreedor que se ponga sobre sus hombros el envilecimiento que sufra la moneda desde el momento en que se produjo el hecho dañoso hasta que se produzca la reparación del correspondiente perjuicio.»

2.3. De acuerdo con lo anterior, dadas las particularidades de este asunto, dentro de ellas, que no se requirió ni se ordenó la actualización monetaria, entonces, no resultaba desfasado que el fallador tuviera los réditos como lucro cesante, sin prueba adicional, pues, se repite, la demandante no pretendió un lucro cesante especial, sino «*el rendimiento financiero*» del dinero sustraído, y en tales condiciones, según lo señala el numeral 2º del artículo 1617 del Código Civil, «*[e]l acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses (...)*».

Distinto sería si el damnificado pretendiera el reconocimiento de un lucro cesante mayor al generado por los intereses, caso en el cual, su reconocimiento estaría supeditado a la demostración de ese exceso perjudicial.

En este orden, si el dinero está llamado a producir rendimientos y en este asunto, tanto el perito en su dictamen, como el Tribunal en su sentencia tuvieron en cuenta dicha circunstancia para obtener el lucro cesante de los montos que la accionante no pudo utilizar, se desvirtúa el error judicial enrostrado, según el cual, condenó al pago del lucro cesante, sin hallarse acreditado.

2.4. En consecuencia, al no advertirse la indebida apreciación de dicho elemento de juicio por parte del

sentenciador, ni la suposición de la prueba del lucro cesante, soporte de esta acusación, la misma no puede prosperar.

XIX. SÉPTIMO CARGO

1. Fundado en la primera causal de casación, acusa el fallo de quebrantar de manera directa los artículos 884 del Código de Comercio, y 1617 y 2341 del Código Civil, debido a que la cuantificación del lucro cesante se obtuvo de aplicar el interés bancario corriente sobre las sumas retiradas de la cuenta abierta de manera irregular, *«tal como lo calculó el perito que intervino en el proceso»*.

2. No obstante que la controversia *«se ubica en el ámbito de la responsabilidad extracontractual»*, agrega, el fallador acudió a una tasa de interés propia de los negocios mercantiles, dejando de aplicar el artículo 1617 del Código Civil, determinante de un interés legal del 6% anual para las obligaciones dinerarias en el ámbito civil, e igualmente desconoció el 2341 *ibídem* porque liquidó el lucro cesante sin observar las reglas de la responsabilidad extracontractual en dicha materia.

Luego de citar el fallo de 5 de julio de 2011 proferido por esta Corporación, en donde se expone que *«los intereses legales civiles reservan su aplicación como regla general, por falta de norma especial, a casos de responsabilidades civiles extracontractuales y precontractuales (...)»*, concluye la censura diciendo, que según la jurisprudencia, en materia de responsabilidad civil extracontractual, no puede calcularse el lucro cesante

indemnizable aplicando la tasa de interés bancario corriente prevista en el artículo 884 del Código de Comercio, sino la del 6% anual señalada en el 1617 del Código Civil.

3. En su sentir, esa indebida aplicación llevó al Tribunal a imponer una condena superior y, por ello pide casar la sentencia para emitir una que la adecúe.

XX. CONSIDERACIONES

1. Cuantificación del daño.

1.1. Ya ha sido expuesto que, cuando desde el punto de vista jurídico se habla de responsabilidad civil, ello representa la idea de la generación de un daño ajeno que el causante queda obligado a resarcir. Será contractual, si preexiste un vínculo obligacional desatendido por uno o ambos extremos de la relación y, extracontractual, cuando el incumplimiento se predica de la preceptiva legal y genérica de no causar daño a otro. Una y otra se hallan reguladas de manera autónoma por nuestra legislación.

Así, los artículos 1602 a 1617 del Código Civil, integrantes del Título XII, rotulado como «*del efecto de las obligaciones*», se ocupan de la primera clase, esto es, la proveniente del quebranto de la ley contractual, en tanto que los preceptos 2341 a 2360 *ibídem*, cuyo Título XXXIV nomina la «*responsabilidad civil por los delitos y las culpas*», alude a la «*responsabilidad extracontractual*», disciplinando cada sección,

además, lo concerniente al resarcimiento de las lesiones acarreadas a los bienes jurídicamente tutelados.

1.2. En cuanto atañe al perjuicio, componente de la responsabilidad, ha quedado visto que el mismo será objeto de resarcimiento en la medida en que el demandante acredite su ocurrencia y extensión, pudiendo comprender tanto el menoscabo material como el incorporal.

Tratándose del detrimento patrimonial, en el marco de la responsabilidad civil extracontractual, el afectado tendrá derecho al resarcimiento pleno del daño emergente constituido por los gastos incurridos como secuela del hecho perjudicial y, del lucro cesante, es decir, lo correspondiente a la ganancia o provecho dejado de obtener.

1.3. En relación con la determinación y acreditación del lucro cesante, debe reconocerse que contrario a lo normalmente acaecido con el daño emergente, aquel componente de la indemnización contiene un aspecto contingente, en cuanto su obtención parte de inferir, fundadamente, que de no haberse presentado el hecho generador de la responsabilidad, la víctima habría obtenido alguna ganancia o provecho.

Por ello, para calcular el lucro cesante, usualmente ha de acudirse a estimaciones efectuadas sobre una base objetiva, atendiendo la naturaleza del daño, los hechos demostrados, las reglas de experiencia y un juicio de probabilidad, entre otros factores, cuyo análisis puede

permitir colegir que si las cosas o acontecimientos hubieran proseguido su curso normal, razonablemente podía esperarse una determinada utilidad o dividendo.

2. Respuesta al cargo.

2.1. Pues bien, en punto de la acusación propuesta se impone señalar que cuando ésta se encauza por la vía directa, es imprescindible para el recurrente admitir las conclusiones fácticas y probatorias expuestas por el juzgador de instancia, razón por la cual, no resultan admisibles los cuestionamientos efectuados a la ponderación de la demanda, a su contestación o a los medios de persuasión, pues en reproches de tal naturaleza, debe prescindirse íntegramente de esa clase de divergencias.

Así lo ha venido exponiendo de manera constante esta Sala, entre otras, en decisión CSJ AC017-2016, rad. 2012-00592-01, cuando al respecto, reiteró:

«(...) el ataque por este camino presupone que la censura acepta de manera plena y en su integridad la valoración probatoria realizada por el ad quem, y de la cual no se puede separar ni un ápice; (...)». ‘(...) Como se sabe, las acusaciones propuestas por la vía directa de la causal primera de casación se encuentran encaminadas a establecer que el sentenciador infringió una norma de derecho sustancial, sin que hayan mediado errores en la contemplación material de los hechos y pruebas, por lo que se trata de un reproche que se desarrolla en un campo estrictamente jurídico, cuya prosperidad depende de que el impugnador consiga demostrar la falta de aplicación de los preceptos llamados a gobernar el caso, la actuación de los que no resultan pertinentes, o la incorrecta interpretación de aquéllos (...)’. ‘(...), cuando es seleccionada la vía directa, (...) la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales

sustanciales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; pero en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas (...).

2.2. En el presente asunto, cabe memorar, el Tribunal confirmó la sentencia del *a quo*, mediante la cual y en lo concerniente a la cuantificación del perjuicio a indemnizar que involucró el lucro cesante, *«acog[ió] el trabajo pericial que en lo fundamental toma cada uno de los depósitos realizados, a los que se aplicó los intereses mensuales, a una tasa máxima legal autorizada y certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, el cual el Despacho considera ajustado a derecho»*.

En este cargo, la impugnante acusa la sentencia de quebrantar *«directamente»* las normas *ab initio* señaladas, porque *«[p]ara la cuantificación del lucro cesante, el juez de primera instancia, y por ende el Tribunal, aplicaron la tasa de interés bancario corriente sobre las sumas retiradas de la cuenta abierta de manera irregular, tal como lo calculó el perito que intervino en el proceso»*, desconociendo que por tratarse de responsabilidad civil extracontractual, la norma aplicable no era el artículo 884 del C. de Co., sino el 1617 del C.C. determinante de un interés legal del 6% anual.

2.3. Los anteriores referentes evidencian que no obstante el sendero directo escogido para atacar el fallo, la censura terminó cuestionando un aspecto de estirpe probatoria, esto es, haber cuantificado el lucro cesante *«tal como lo calculó el perito que intervino en el proceso»*, reproche éste que no era viable, se repite, porque esa vía le impone admitir

íntegramente las conclusiones fácticas y las concernientes a la ponderación de los medios de persuasión sobre los cuales el juzgador edificó su determinación.

En el presente caso, es claro que si para la determinación del lucro cesante, el sentenciador *«acog[ió] el trabajo pericial»* y éste obtuvo el aludido componente del daño, de aplicar la *«tasa máxima legal autorizada y certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia»*, procedimiento que *«el Despacho consider[ó] ajustado a derecho»*, a la impugnante no le resultaba admisible enrostrar error jurídico a aquél, bajo la consideración según la cual, *«[p]ara la cuantificación del lucro cesante, el juez de primera instancia, y por ende el Tribunal, aplicaron la tasa de interés bancario corriente sobre las sumas retiradas de la cuenta abierta de manera irregular, tal como lo calculó el perito que intervino en el proceso»*.

El reproche analizado, imponía la completa aceptación del soporte probatorio que tuvo en cuenta el sentenciador para *«la cuantificación del lucro cesante»*, y de contera, el fundamento que en esa dirección propuso *«el perito que intervino en el proceso»*, de donde entonces, la discrepancia puesta de presente, torna inadmisibile el cargo, releva a la Corte de ingresar al estudio de fondo del mismo y conduce a su desestimación.

2.4. De manera que por lo resaltado el cargo analizado tampoco se abre paso.

XXI. CONCLUSIÓN GENERAL

La total desestimación de los cargos propuestos conlleva necesariamente a la improsperidad de la impugnación extraordinaria y la consecuente imposición de costas a su promotor, considerando que la parte opositora replicó la demanda de casación; tarea esta última para la cual el Magistrado Sustanciador señalará las respectivas agencias en derecho.

XXII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. NO CASAR la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2013 por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO. CONDENAR en costas al recurrente en casación e incluir en la correspondiente liquidación que realizará la Secretaría de la Sala, la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000), por concepto de agencias en derecho.

TERCERO. DEVOLVER la actuación surtida al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA