

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ
Magistrado ponente

SC6823-2015

Radicación n.º 11001-31-03-006-2008-00353 01

(Aprobado en sesión de dieciocho de noviembre de dos mil catorce)

Bogotá, D.C., primero (1º) de junio de dos mil quince (2015).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante **Víctor Manuel Linares Valencia** contra la sentencia del 16 de diciembre de 2011, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario del recurrente frente **Bancolombia S.A.**

I. ANTECEDENTES

A. Pretende el demandante que se declare que Bancolombia “*emitió los certificados de depósito a término fijo en las fechas y en los términos descritos en la demanda*” (fl. 9, cdno.1), que el último tenedor fue el actor, que el banco demandado no cumplió con la obligación contraída en el contrato de depósito a término consistente en el pago de la renta en los términos y condiciones estipulados en los

certificados y que en consecuencia se le condene a pagar al demandante la suma de \$1.659.802.691,00 más los intereses corrientes causados desde el 8 de diciembre de 2007 hasta su pago efectivo e intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida, liquidados para ese mismo lapso.

B. Como fundamento fáctico de esas pretensiones aduce que la entidad financiera demandada, previo recibo del dinero, expidió los siguientes certificados de depósito a término con plazo de vencimiento inicial de noventa días y tasa fija de 27.05% efectivo, de los que su último tenedor fue el actor.

- El 28 de septiembre de 1991, el CDT No. 018940 por la suma de \$13.759.429,44
- El 28 de septiembre de 1992, el CDT No. 0239846 por la suma de \$6.344.286,00
- El 28 de septiembre de 1992, el CDT No. 0239847 por la suma de \$6.344.286,00

Agrega que al haberse estipulado la tasa de interés nominal durante el período de maduración y no habiéndose redimido los títulos a la fecha de sus vencimientos,

“la capitalización de los intereses sumada al capital operaba automáticamente de tracto sucesivo cada mes sin solución de continuidad hasta cuando se presentara una de estas dos eventualidades:

a) que el banco manifestara su intención de no prorrogar el certificado dando aviso de esa determinación por correo certificado al tenedor del título con no menos de quince días

comunes al vencimiento del plazo, caso en el cual al no presentarse para su redención el depósito se convertiría a la vista sin generar interés.

b) que el banco hubiera comunicado por correo certificado al tenedor de los títulos su intención de no resolver la cláusula que al momento del depósito estipularon en el texto de dichos títulos, en los siguientes términos: “igualmente se deja constancia que la tasa pactada equivale a la del 27.05% anual efectiva” (f. 10, c. 1).

Como nada de esto ocurrió, la tasa permaneció incólume. Presentados esos títulos al banco por el demandante para su redención, la entidad liquidó lo que debía pagar con una tasa anual ínfima que no correspondió a la pactada; y así, solo cubrió la suma de \$82.981.448,00 por concepto de capital e intereses de los tres certificados mencionados. Sin embargo, como esos títulos duraron 17 años de período de maduración, generaron una rentabilidad acumulada de \$1.742.784.139,00, cantidad de la que se debe descontar lo que ya recibió el actor.

El banco demandado se opuso (fls. 73 a 80, cdno. 1). Destacó que la cláusula cuarta del reglamento de los títulos expresamente señala que si al vencimiento del plazo previsto el certificado no es redimido se entiende prorrogado por un término igual al inicialmente pactado, *“quedando el banco facultado para pagar por un nuevo período la tasa de interés que esté reconociendo en esta época para captaciones por medio de C.D.T.s”* (fl. 74, cdno. 1). En esa medida, el

banco liquidó los títulos y pagó al actor \$87.236.654,19, suma diferente de la que reconoce haber recibido el actor por cuanto ésta incluye la retención en la fuente. Como excepciones de fondo alegó el cumplimiento de la obligación y la inexistencia de responsabilidad contractual.

La primera instancia culminó con sentencia (fls. 198 a 205, cdno.1) mediante la cual el juzgado de conocimiento negó las súplicas de la demanda. Este fallo fue recurrido en apelación por ambas partes. El banco se quejó de que la decisión no condenara en costas al demandante. Y este pidió que se revocara y que en su lugar condenara a la entidad bancaria aduciendo para tal efecto que las pruebas no fueron evaluadas en su verdadera dimensión y también la errónea apreciación del peritazgo y del “*procedimiento del desarrollo de dicha prueba*” (fl. 208, cdno. 1).

El Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia.

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA

En lo que hace al asunto que se le puso de presente, y luego de una ambientación teórica en la que hace alusión a los certificados de depósito a término, al contrato y a la responsabilidad que dimana de su incumplimiento, la corporación de segunda instancia destaca que los fundamentos fácticos de las pretensiones del actor consistentes en -no haber capitalizado el banco demandado los intereses que se iban causando en desarrollo del negocio

y haberlos liquidado a una tasa inferior a la pactada- no fueron probados lo que conduce a la absolución del demandado, como simple aplicación del principio de la carga de la prueba.

No obstante, advirtió que en los certificados de depósito a término que sirvieron de base a las pretensiones se consignó que si aquellos no se redimían a su vencimiento, se entendían prorrogados por un término igual al inicialmente pactado, quedando el banco facultado para pagar por el nuevo período la tasa de interés que estuviera reconociendo en esa época para las captaciones por medio de dichos títulos.

Adujo entonces que lo anterior pone de presente que la tasa que reclama el demandante para toda la vigencia del depósito (27.05%), «*no regía para las prórrogas,*» y descarta «*que se hubiere convenido capitalización de intereses que reintegraran el principal*» (fl. 16, cdno. 4). Agregó que la Resolución 10 de 1980 expedida por la Junta Monetaria contempla la prórroga automática del título en caso de no ser redimido pero nada dice de la tasa que rige para las prórrogas, por lo que dicho rendimiento puede ser determinado por las partes, como aconteció en este caso, según lo anotado.

Señaló además que el juez de primer grado no incurrió en ninguna irregularidad al tener por desistida la prueba pericial, «*pues lo cierto es que la interesada no proveyó los*

gastos para su implementación, omisión que provoca la asunción del efecto que regula el artículo 236 adjetivo” (fl. 16).

Advirtió enseguida que, de conformidad con la Ley 794 de 2003, el recurso de apelación debe ser sustentado con los motivos de disenso del apelante, carga que el recurrente no cumplió pues sólo se limitó a realizar una tímida censura de la valoración que realizó el juez sin explicar en qué se equivocó éste.

Y finalmente, en relación con la nulidad que el actor propuso y de la que dijo que no había sido decidida, estimó el juez de la alzada que el de primera instancia, conforme al artículo 404 del Código de Procedimiento Civil, no podía resolverla por cuanto esa solicitud *“se realizó en la etapa de alegatos de bien probado, sin plantear una específica causal, oportunidad en la que le está vedado al secretario imprimirle trámite diferente a pasar el expediente para fallo, ante la prohibición legal de que en ese momento se puedan proponer incidentes”* (fl. 17).

Adicionó el fallo del *a quo*, denegatorio de las pretensiones, con la condena al actor en costas de la primera instancia.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

La Corte despachará en primer lugar, y en forma conjunta, los cargos 1°, 2°, 3° y 4°, para luego examinar el 6°, únicos admitidos en su momento. El examen conjunto de esos cuatro primeros cargos se justifica por cuanto al denunciar vicios *in procedendo* (nulidad) comparten consideraciones comunes.

CARGO PRIMERO

En este cargo se acusa la sentencia con base en la causal quinta de casación, de haber incurrido en el sexto motivo de nulidad, previsto en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil¹.

En orden a su comprobación, aduce el impugnante que en la primera instancia, habiendo sido pedida la prueba pericial con miras a determinar el monto de los intereses causados por los certificados de depósito a término objeto del litigio, el juez de conocimiento la decretó y al efecto designó al perito, quien después de la diligencia de su posesión, pidió al despacho que le fijara gastos para la pericia, que aquel señaló (\$150.000,00), con cargo a ambas partes. Afirma que *“con destino al perito se le consignó la suma de \$75.000 que los rechazó sin fundamentar los motivos”* (fl. 17, c. Corte, se subraya).

Señala igualmente que el juez debió negar esa solicitud de recursos para gastos y viáticos por parte del perito, en primer lugar porque fue extemporánea, toda vez que el numeral 5° del artículo 236 del Código de

¹ «6. Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión»

Procedimiento Civil faculta al experto para solicitar recursos para viáticos y gastos en la diligencia de su posesión y no después. En segundo lugar porque si esos rubros van dirigidos a sufragar los gastos en que aquél debe incurrir por razón de su necesario desplazamiento fuera de su sede, en este caso lo que el perito debía realizar era una operación que fácilmente podía llevar a cabo en su propia oficina. En tercer lugar porque si en este caso se cumplieron las formalidades para el desempeño del cargo, esto es, la aceptación por parte del experto dentro de los cinco días siguientes al envío del telegrama y su posesión dentro de los cinco días siguientes a esa aceptación, el perito estaba en el deber de rendir el peritazgo.

Sin embargo, agrega el recurrente, solicitó el auxiliar que el juez diera por desistida la prueba en vista de que no le habían facilitado la totalidad de los recursos decretados por el despacho, petición que fue atendida por la autoridad, aduciendo al efecto lo previsto en el numeral 6° del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre este particular, anota que el Tribunal indicó en su fallo que en ninguna irregularidad había incurrido el juez porque la no provisión de los gastos impone la aplicación del artículo aludido, a lo cual replica el casacionista con estas razones: solamente la parte que solicitó la prueba es la que puede desistir de su práctica; la solicitud del perito no debía ser atendida por cuanto no estaba legitimado para formularla toda vez que es un «peregrino» en cualquier proceso judicial y por lo mismo no es parte ni está ligado a las lides del plenario como tercero; y por último, el Tribunal no tuvo en cuenta que el

desistimiento de esta prueba no fue dispuesto a consecuencia de una facultad oficiosa del juez, sino que es el resultado de la petición de un sujeto completamente ajeno.

Con todo, considera de importancia el impugnante resaltar que cuando la prueba se torna indispensable para hallar la verdad, no es procedente su abandono porque ello afectaría las reglas sustantivas que protegen el postulado de la necesidad de la prueba, el derecho de defensa y el debido proceso y, en consecuencia, debió esta ser practicada, pues era primordial para cuantificar el monto total de lo debido por el demandado, a punto tal que si el dictamen se hubiese efectuado las pretensiones habrían salido triunfantes. De allí que el Tribunal debió proscribir la determinación adoptada por el juez de primera instancia, omisión que contribuyó al quebranto del principio de la oportunidad probatoria, del de contradicción y de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

Anota:

la mencionada prueba resulta de inconmensurable relevancia en la parte sustantiva de las reclamaciones contenidas en la demanda, que precisamente por haberla truncado el juez, el tribunal acogiendo la tesis de primera instancia reafirmó que por “orfandad” probatoria las pretensiones resultaban fallidas. A contrario sensu, si el dictamen se hubiera practicado acorde con el contexto fáctico que suministra el diligenciamiento, las pretensiones del justo reclamo habrían salido triunfantes (fl. 21, cdno. Corte).

CARGO SEGUNDO

También con base en la causal quinta de casación, en este cargo se acusa la sentencia por cuanto se incurrió en la hipótesis nulitiva prevista en el numeral 6° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, al pretermirse la oportunidad dispuesta en el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil para practicar la audiencia de alegaciones dispuesta en dicho precepto, que -arguye el impugnante- resulta obligatoria, ya por ser solicitada por parte interesada o por ser dispuesta de oficio. Pone especial énfasis el recurrente en destacar que esta audiencia es forzosa sin que sea requisito que la parte interesada la haya pedido en vista de que la norma impone al Tribunal “*la obligación de aplicar el principio de la oficiosidad para decretarla y realizarla*” (fl. 27)

CARGO TERCERO

Invoca el impugnante como causal de nulidad procesal la prevista en el numeral 2° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil², por cuanto el Tribunal usurpó la competencia funcional al decidir en la sentencia -prácticamente rechazándola de plano- la petición de nulidad procesal que el casacionista había elevado al juez de primera instancia, sin que esta autoridad hubiese hecho pronunciamiento alguno. Con tal proceder, en opinión del recurrente se pretermió íntegramente la primera instancia.

En el cargo, de otra parte, el recurrente alude a una anormalidad en la segunda instancia, consistente en que el

² «2. Cuando el juez carece de competencia»

magistrado ponente, mediante auto y al avocar el conocimiento del caso, resolvió devolver las diligencias al juzgado para que éste decidiera la petición de nulidad que ante tal despacho se había elevado. Explica que esta providencia causó confusión porque existiendo dos incidentes sin resolver, “*se tuvo la creencia que por su importancia se refería a la nulidad impetrada por haber aceptado el desistimiento de la prueba pericial*” (fl. 30), nulidad que el demandante puso de presente al Tribunal con la expresa solicitud de que enviase el expediente al juez de conocimiento para que la decidiera en primera instancia. Sin embargo, “*lo delicado del asunto es que tal escrito no aparece en ninguno de los cuadernos del expediente*” (f. 32, c. Corte).

CARGO CUARTO

Asimismo con estribo en la causal quinta de casación, en este cargo se acusa la sentencia del Tribunal de incurrir en la nulidad prevista en el numeral 6° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, consistente en “*haberse interrumpido los términos para presentar los alegatos de conclusión*”. Tal anomalía, la entiende configurada el recurrente con ocasión del traslado que el juzgado de primera instancia corrió a las partes por el término de ocho días (sic) para que formularan sus alegatos.

CONSIDERACIONES

Para invocar con éxito un motivo de nulidad procesal, al amparo de la causal quinta de casación, varias condiciones deben confluír, según lo ha explicado en forma reiterada la Corte:

“(G. J. Tomos XLI BIS pág. 132, CXXXVI, pág. 143 y CLII, pág. 219, entre muchas otras), condiciones que en síntesis son las siguientes: a) Que las irregularidades aducidas como constitutivas de nulidad general existan realmente; b) Que además de corresponder a realidades procesales comprobables, esas irregularidades estén contempladas taxativamente dentro de las causales de nulidad adjetiva que enumera el referido artículo 140; y por último, c) Que concurriendo los dos presupuestos anteriores y si son saneables, respecto de las nulidades así en principio caracterizadas no aparezca que fueron convalidadas por el asentimiento expreso o tácito de la persona legitimada para hacerlas valer (CSJ SC 053 1997, del 2 de oct. de 1997, rad. 4850)

En otra ocasión señaló:

Las nulidades procesales no responden a un concepto netamente formalista, sino que revestidas como están de un carácter preponderantemente preventivo para evitar trámites inocuos, son gobernadas por principios básicos, como el de especificidad o taxatividad, trascendencia, protección y convalidación. Por ello, siguiendo la orientación de restringir en lo posible los motivos de invalidez procesal, el Código de Procedimiento Civil consagró todo un sistema a dicho propósito, en cuanto consignó reglas en relación con la legitimación y la oportunidad para alegarlos, dejando al juez la potestad de rechazarlas de plano cuando la solicitud de nulidad se funde en causal distinta de las

determinadas en ese capítulo, en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas u ocurrieron antes de promoverse otro incidente de la misma índole, o cuando se propone después de allanada (art. 143). Esto significa, entonces, que las causales de nulidad procesal no pueden ser formuladas por cualquier persona, ni en el momento que discrecionalmente quiera (CSJ SC 017-1997 del 22 de may. de 1997, rad. 4653. En el mismo sentido: SC 018 2002, del 20 de feb. de 2002, Cas Civ. del 29 de feb. de 2012, rad. 5000131030012003-03026-01)

Con vista en la anterior doctrina jurisprudencial puede concluirse que ninguno de los cargos antes resumidos puede ser acogido.

En el cargo primero, sobresalen dos argumentos cardinales alrededor de los cuales gira su fundamentación consistentes, el primero, en que para el recurrente constituyó una irregularidad del juez de primera instancia -coadyuvada por el Tribunal-, el hecho de dar por desistida la prueba pericial; y el segundo, en la capital necesidad de dicha prueba, al punto de que de haberse practicado la misma el fallo hubiese sido favorable a las pretensiones del demandante.

De entrada debe señalarse que la supuesta irregularidad anotada no es constitutiva de nulidad procesal, porque si bien el hecho descrito por el recurrente repercute en que una prueba finalmente no fuera realizada, ello no significa que se hubiesen *omitido los términos u oportunidades* para practicarlas, que es el supuesto fáctico de la causal sexta del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. De modo que si discrepaba el actor de

las consecuencias que el juez aplicó al hecho de no haber sufragado aquél la parte a su cargo de los gastos de la pericia, debió en tiempo impugnar la decisión so pena de que al no hacerlo se entendiese subsanada cualquier posible irregularidad en que a tal respecto se hubiere incurrido, según lo prevé el parágrafo del artículo 140 del mentado estatuto procesal.

Es pertinente anotar que, habiendo el juez decretado gastos para la pericia pedida por ambas partes (auto notificado por estado el 8 de abril de 2010), solo la demandada cumplió con la carga procesal de sufragar lo que le correspondía (fls. 145 a 147, cdno. 1), lo que indujo a que el perito manifestara (11 de junio de 2010) al juez que al no haber sido posible contactar al demandante o a su apoderada, solicitaba la aplicación del numeral 6° del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil. El juez, en providencia notificada el 18 de junio de 2010, tuvo por desistida la prueba pericial.

En esa misma fecha se notificó por estado el auto mediante el cual se aceptaba la renuncia que la apoderada del demandante había presentado al poder que este le confiriera. Y como quiera que *“la renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de notificarse por estado el auto que la admita, y se haga saber al poderdante o sustituidor por telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales”* (inc. 4° del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil), correspondía a la entonces apoderada del demandante impugnar la decisión anotada, la cual quedó en firme al no haber sido tempestivamente controvertida.

Al punto bien vale recordar que

para que pueda fundarse un recurso de casación en un error de actividad procesal consistente en haberse omitido la oportunidad para evacuar diligencias de prueba oportunamente solicitadas, es imperativo que tal omisión produzca indefensión en el sentido estricto que esta palabra tiene en el lenguaje jurídico, luego evidentemente estará condenado al fracaso dicho recurso, y por consiguiente tendrá que ser desestimado, si cual aconteció en este caso según enseguida se verá, denuncia el casacionista una irregularidad de aquella estirpe pero que al no ser reclamada en ocasión apropiada durante las instancias porque estaba legitimado para hacerlo, resultó convalidada por disponerlo así el numeral 1o. del artículo 156, hoy 144 del estatuto de enjuiciamiento tantas veces mencionado” (Cas. Civ. de 10 de febrero de 1990, no publicada).

En lo que hace al segundo argumento de este cargo primero, referente a que la prueba no practicada por el desistimiento que de ella decretó el juzgador era decisiva para las resultas del proceso, debiendo por ello haberla mantenido, en aplicación del último aparte del ordinal 6° del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil (“*sin embargo, podrá el juez ordenar a los peritos que rindan el dictamen si lo estima indispensable, aplicando lo dispuesto en los artículo 388 y 389 para el pago de los gastos*”), debe señalarse que, con independencia de si esta hipótesis corresponde al sustrato fáctico de estos autos, o de si la causal idónea para fundar este reparo es otra, y haciendo abstracción de la actitud omisiva del recurrente en lo que hace a impugnar la decisión de tener por desistida la

prueba –antes destacada-, lo cierto es que en cualquier caso, el peritaje podría tan solo considerarse “indispensable” si hubiese salido avante la pretensión tercera del libelo genitor, esto es, la que pedía declarar que el banco había incumplido la obligación de pagar los réditos según lo convenido. Pues únicamente como consecuencia de la prosperidad de esa pretensión, era quizás necesario proceder a la liquidación de los intereses con el auxilio del experto, según lo pidieron ambas partes (fls. 79 y 105, cdno. 1) y fue decretado por el juzgador (fl. 115).

Pero como quiera que el Tribunal concluyó que la tasa aplicable durante las renovaciones no era la efectiva anual pactada en ellos sino, conforme a la regla 4ª de los CDTs, la que el banco estuviera reconociendo para cada periodo, se desvanece del todo esa condición de “indispensable” con la que califica la norma la condición para que el juez persista en la práctica del dictamen, a pesar de la desidia de la parte que ahora lo reclama.

En el segundo cargo, lo argüido, en pocas palabras, es que la audiencia de que trata el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil es obligatoria, es decir, que forma parte del trámite de toda apelación. Y que como no se llevó a cabo, la sentencia es nula.

Pero esta manera de interpretar el texto legal resulta por completo descaminada por articularse al margen incluso de su tenor literal, que condiciona el decreto de la audiencia bien a que lo hubiere solicitado la parte que sustentó en oportunidad hábil la impugnación o la réplica,

según sea el caso, o a que el *ad quem*, de acuerdo con las circunstancias del caso, la estime de utilidad.

Recientemente dijo esta Sala y ahora lo reitera:

Idéntica percepción puede exponerse respecto de la queja planteada en cuanto que el ad quem debió, de oficio, citar a las partes para la audiencia prevista en el artículo 360 ibídem, disposición que contempla dos opciones para llegar a dicha etapa. Una, que sea solicitada por alguno de los sujetos procesales, hipótesis esta que no tuvo lugar, pues, ni el recurrente ni la contraparte, elevó petición en ese sentido; otra, el señalamiento de fecha para realizarla a instancia del propio funcionario, ejercitando su potestad oficiosa. En esta particular situación, es de entender, en consecuencia, que si el Tribunal no hizo uso de tal potestad, como así lo denunció el actor, fue por considerar dentro de su autonomía e independencia en la dirección del proceso, que no había necesidad de surtir tal etapa, máxime que es facultativa y no obligatoria.

Ahora, pretender, como así lo pregonaba el impugnante, que esa autorización extendida al ad-quem, deba ejercerse de manera imperativa; que siempre el juzgador, ante la omisión de la parte en solicitar su realización, le corresponde de forma inmediata proceder a ordenar la audiencia, no es una situación que derive de un recto entendimiento de la señalada norma; la oficiosidad no devela en este específico tema un mandato para el funcionario, de inequívoca observancia. Sus características y la finalidad perseguida, indican que el fallador, en cada caso, deberá analizar las circunstancias fácticas y jurídicas involucradas y, a partir de ello, determinar cuándo resulta oportuna o necesaria la convocatoria a dicha audiencia; empero, en principio, el ejercicio de esa facultad resulta ajeno a cualquier

revisión en este trámite extraordinario (CSJ SC10121-2014 del 4 de ago. de 2014, rad. 11001 0203 000 2011 02258 00)

En el tercer cargo, se alude a una falta de competencia funcional del Tribunal por haber decidido en la sentencia una petición de nulidad que no tuvo trámite alguno en la primera instancia, pretermitiéndola por tanto.

Este reproche, al igual que el inicial que se blande en el cargo primero, es también un asunto ya superado por el aquietamiento de la parte interesada. En efecto, la petición de nulidad se remonta, para controvertirlo por esta vía, al desistimiento que conforme al numeral 6° del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil, entendió el juez que había afectado la suerte del peritazgo por falta de pago de los gastos decretados para su práctica. Tal providencia, como antes se anotó, quedó en firme sin reparo alguno formulado oportunamente por la parte interesada.

Obviando vicisitudes diversas y referidas: a la renuncia del poder por parte de la mandataria inicial del demandante; a la constitución de nueva apoderada –a quien el juez, para reconocerle personería, exigió que informara de su dirección para notificaciones-; y a reclamos de la anterior representante judicial por razón de una multa que le fue impuesta, lo cierto es que aun cuando se entienda que la primera actuación de la nueva apoderada del demandante, desde el auto que declaró desistida la prueba, fue la de presentar sus alegatos y simultáneamente interponer nulidad por violación del debido proceso aduciendo irregularidades en ese desistimiento, cuando se

profirió la sentencia de primera instancia no reclamó sobre ello, es decir, nada alegó sobre el silencio del juez acerca de la nulidad que aquella había propuesto. En su primer escrito posterior a la decisión de primera instancia, con el cual impetraba el recurso de apelación, se limitó a anticipar los reparos que le atribuía al fallo que apelaba, los que –dijo– irían a ser desarrollados ante el *ad quem*, sustentación que a fin de cuentas no presentó. De modo que habiendo actuado después de haberse proferido la sentencia de primera instancia –sin haberse emitido pronunciamiento expreso sobre la nulidad impetrada– descuidando formular reclamo alguno acerca de la omisión en el trámite de la petición de nulidad, resulta por completo extemporáneo que a estas alturas venga a reclamar una irregularidad ya saneada según lo visto.

Además, mal puede entenderse que cuando el Tribunal aludió a esa pretensa nulidad hubiese pretermitido íntegramente la instancia o hubiese actuado con falta de competencia funcional, pues, en cuanto a lo primero – nulidad que alega sin invocar la causal–, baste decir, con la Corte, que

la pretermisión que se instituye como causal de nulidad, no puede ser meramente parcial, sino total, o sea que debe comprender “íntegramente la respectiva instancia”, conforme se había dicho y lo expresa claramente la norma. En otras palabras, el desconocimiento parcial y momentáneo del derecho a la doble instancia, no se subsume en la hipótesis normativa, y por ende es ajeno al fenómeno de nulidad procesal que se viene examinando (CSJ SC 030 2000 del 21 de mar. de 2000, rad. 5198)

Y en cuanto a la falta de competencia funcional, es de ver que el principio de sustentación de la alzada que alcanzó a hacer el apelante cuando impetró el recurso vertical, se refirió en forma escueta a la «*errónea apreciación del peritazgo y del procedimiento del desarrollo de dicha prueba*» (fl. 208, cdno. 1), lo que sin duda habilitaba al Tribunal para examinar ese procedimiento y dar una respuesta a esa crítica, no obstante la parquedad manifiesta en su alegación, extendiéndose incluso a responder un escrito que, con ocasión del traslado para replicar los argumentos de la apelación del ente demandado, introdujo el hoy casacionista –por supuesto extemporáneamente- para insistir en la nulidad mentada.

Por lo demás, aducir a estas alturas que cuando el Tribunal devolvió el expediente al juzgado para que este resolviese una nulidad, entendió la mandataria judicial impugnante que era la que había propuesto, en nada controvierte la extemporaneidad del reclamo, pues esa solicitud de nulidad a la que se refería el *ad quem* era inequívocamente otra bien distinta, esto es la que había planteado, como bien lo dijo en su auto, «*quien fuera apoderada de la demandante*», (fl. 3, cdno. 2); o, lo que es lo mismo, la que figuraba «*a folios 212-213*», como lo precisó la misma providencia. Indudablemente pues, fue otra la solicitud de nulidad que el juzgado dio en traslado (fl. 4, cdno. 3) y la que se resolvió, todo ello en completo silencio del casacionista y su nueva apoderada.

En el cuarto cargo, se alega que la sentencia del Tribunal incurrió en una causal de nulidad al haberse

interrumpido el término de traslado para presentar alegatos de conclusión por parte del juez de primera instancia.

La sola enunciación del este aserto permite concluir, al margen de si los hechos que sustentan este cargo pueden verificarse en el expediente, que la supuesta irregularidad planteada se encuentra igualmente saneada, pues no fue alegada en tiempo, según lo explicado al comienzo de estas consideraciones.

De todo lo dicho se concluye que ninguno de estos cargos prospera.

CARGO SEXTO

Con base en la causal primera de casación, en este cargo se acusa la sentencia del Tribunal de ser indirectamente violatoria de los artículos 619, 625, 643, 648, 650, 661, 662, 784 numerales 11 y 12, 820, 835, 870, 882, 884 y 1394 del Código de Comercio; 1534, 1535, 1546, 1602, 1603, 1604 inciso tercero, concordante con el 63, 1608, 1613, 1614 y 1617 del Código Civil, por falta de aplicación en relación con el artículo 65 de la ley 45 de 1990, a consecuencia de error de hecho derivado de la interpretación errónea que le dio el juzgador de la alzada a las estipulaciones contractuales contenidas en los certificados de depósito a término, relacionadas con la tasa de interés anual pactada.

Luego de una alusión teórica a los certificados de depósito a término, explica el recurrente que en los títulos base de la acción consta, en formato pre impreso, el reglamento que el banco dispuso para estos certificados, dentro del cual destaca su numeral cuarto, a cuyo tenor

si al vencimiento del plazo previsto en el certificado no fuere redimido se entiende prorrogado por un término igual al inicialmente pactado quedando el banco facultado para pagar por el nuevo periodo la tasa de interés que esté reconociendo en esta época para captaciones por medio de CDTs.

Y tras resaltar que en las contrataciones como la que dio origen al presente litigio predomina la voluntad del banco en cuanto a que impone condiciones ya preestablecidas, puntualiza que la entidad demandada optó no sólo por imponer esa ley de contratación sino también por modificar la estipulación cuarta transcrita, al incluir en el certificado la siguiente estipulación: *«se deja constancia que la tasa pactada equivale a la del 27.05% anual efectiva».*

Anota que el Tribunal, sin embargo, optó por acoger la posición de la demandada y entendió que prevalecía la mencionada regla cuarta en la medida en que afirmó que la tasa de interés anual efectiva ya indicada *«no regía para las prórrogas como tampoco que se hubiere convenido capitalización de intereses que reintegrarán al principal»* (fl. 60).

Pero, agrega que esa regla cuarta, en su apartado segundo -el atinente a que el banco pague «*el interés que mejor le convenga*»- (fl. 60, cdno. Corte) constituye una condición potestativa que es nula de pleno derecho.

Desarrolla esta idea distinguiendo los vocablos «condición» y «estipulación» que el Tribunal confundió al darles igual sentido. Reitera entonces que la dispuesta en la regla cuarta es una condición potestativa según los términos del artículo 1535 del Código Civil; y que, de todos modos, dicha regla cuarta fue derogada por las partes al estipular en forma concreta una tasa de interés fija que es la que prevalece como norma contractual.

Sostiene el censor que la corporación de segunda instancia utilizó equivocadamente la Resolución 10 de 1980 expedida por la Junta Monetaria, tanto al indicar que si los certificados de depósito a término no se redimían a su vencimiento se entendían prorrogados por un término igual al inicialmente pactado -lo cual acepta- como al señalar que no contempla esa resolución, con carácter imperativo, la tasa que va a regir los rendimientos -algo que también estima cierto- por cuanto dicha tasa es fijada por el intermediario financiero.

En cuanto a la falta de sustentación del recurso de apelación a que hizo alusión el Tribunal en su sentencia, replica que la decisión que adopte el fallador cuando conoce del referido medio de impugnación vertical no depende del ingenio del recurrente, pues comporta la alzada un

reexamen de la actividad desplegada por el inferior y «*por lo tanto en la apelación sólo puede fallar sobre lo que es materia del recurso*» (fl. 68) sin perjuicio de que pueda decretar nulidades. De suerte que la exigencia de presentar una sustentación con ocasión del recurso en la práctica no es más que un sofisma por cuanto «*el esfuerzo que se haga para presentar una pieza procesal de connotada elocuencia jurídica equivale igual que una tímida censura*» (fl. 68).

Y considera que es tan evidente lo expuesto que el Tribunal no obstante reconocer que el incidente de nulidad no se había resuelto,

no le dio importancia, lo desechó, e ignoró por completo el escrito que se le envió tres meses antes de dictar sentencia, solicitándole enviara al juez el proceso para que tramitara el incidente de nulidad, pero como ya había sentencia de primer grado, se reitera, el Tribunal debió decretar la nulidad de la sentencia apelada y abrirle vía para el a quo tramitara el incidente, toda vez que no se puede dictar sentencia sin antes haber saneado el diligenciamiento realizado (ib.)

CONSIDERACIONES

De las dos pretensiones de la demanda, identificadas por el Tribunal, atinentes a la capitalización de intereses y la liquidación del capital con base en una tasa fija de interés del 27.05% efectivo anual durante todo el período y sus prórrogas, el cargo sólo se focaliza en la tasa de interés. Y en procura de demostrar lo que en su sentir es una apreciación equivocada de la condición cuarta del

reglamento de los certificados frente a la nota incorporada en los mismos, referente a la tasa de interés efectiva anual que habría de pagar la entidad financiera demandada, incursionó el recurrente en aspectos jurídicos de tipo sustancial y procesal que, a simple vista, inducen a entender que el cargo se encuentra inidóneamente concebido, al incurrir en mixtura de causales de casación.

En lo que tiene que ver con la irrupción que el cargo hace en razones características de cuando se denuncian vicios *in procedendo*, repárese en que el último párrafo del cargo, transcrito en el resumen que antecede, no obstante su carácter marginal con respecto a la argumentación esbozada, en todo caso resulta contentivo de un reproche ajeno a la causal de violación de las normas sustanciales, por cuanto allí destaca el recurrente una irregularidad procesal.

Adicionalmente advierte la Sala que los razonamientos del impugnante dirigidos a resaltar la alegada inocuidad de la invocación que hace el Tribunal de la Resolución 10 de 1980 expedida por la Junta Monetaria, en realidad, no aportan nada a la argumentación central del cargo, dirigida a poner de relieve que el sentenciador colegiado debió darle prevalencia a la cláusula inserta en el certificado frente a la que estaba pre impresa. Lo mismo pasa cuando, sin discrepar sobre la falta de argumentación del recurso de apelación que destacó el Tribunal, más bien la censura se inclina a presentar su personal opinión sobre la inutilidad

de este tipo de memoriales. Esta clase de alusiones, en realidad resultan propios de un típico alegato de instancia, lo que además torna imprecisa la sustentación del recurso extraordinario, dado que intenta abatir algunos argumentos del fallo sobre la base de simples manifestaciones y conjeturas sin apoyo en una causal específica de casación, y más concretamente, sin demostrar la denunciada violación de la norma sustancial.

En todo caso, dejando de lado las anteriores consideraciones de tipo formal, procede la Sala a examinar de fondo el sustrato principal del cargo con el fin de establecer si el error de hecho que le atribuye al Tribunal se constata en la sentencia.

Con tal fin, luce pertinente resaltar que ha sido jurisprudencia inveterada de la Corte Suprema afirmar que en lo que hace a la interpretación de los contratos, los juzgadores de instancia gozan de discreta autonomía, de suerte que la conclusión a la que arriben no es susceptible de modificarse en casación, salvo cuando de modo evidente quede demostrado que el sentenciador *ad quem* incurrió en un error de hecho, “*como cuando supone estipulaciones que no existen, o niega o ignora las que existen o sacrifica su sentido con deducciones absurdas por opuestas a la lógica elemental o al sentido común*” (G.J. CXXXII CSJ SC del 21 de nov. de 1989, reproducida en sentencias del 7 de oct. de 1976, del 28 de ago. de 1928, y en G.J. SC del 22 de abr. de 1987 (G.J.CLIII, pág. 154).

En esa medida, si la tesis acogida por el juzgador en relación con el entendimiento que le atribuyó a las cláusulas contractuales luce razonable o revela sindéresis suficiente, y por ende no es absurda, no se configura el error con las características de evidente, manifiesto o protuberante, que son los distintivos del error de hecho en la apreciación de las pruebas, como se encuentra dispuesto en el numeral 1° del artículo 368 el inciso último del 374, ambos del Código de Procedimiento Civil. Lo que vale tanto como decir que en este campo, para la demostración del error de hecho en la interpretación de una cláusula o de un contrato, el recurrente debe poner de presente que la única interpretación válida es la que él propone.

En este caso, como se ha indicado, enfrenta el censor dos cláusulas insertas en los certificados de depósito a término base del proceso. En el reverso de los mismos figura impreso su reglamento, en el que se indica:

Este certificado se expide de acuerdo con lo previsto en la Resolución No. 10 de 1980 de la Junta Monetaria y está sujeto a las siguientes condiciones: ... 4) si al vencimiento del plazo previsto en este certificado, no fuere redimido, se entiende prorrogado por un término igual al inicialmente pactado quedando el banco facultado para pagar por el nuevo periodo la tasa de interés que esté reconociendo en esta época para captaciones por medio de C.D.T.s.

En el anverso del certificado número 0189420, en el espacio dispuesto para la «tasa nominal», se pactó una original del 30.2000 (tachada), otra del 25.53 (también tachada) y otra más del 21.35. Los certificados números 0239846 y 0239847, en el mismo espacio, incluyeron una tasa nominal del 24.7000.

En todos ellos figura pre impresa, también en la parte frontal, y después de las anteriores anotaciones, la leyenda que enseguida se reproduce, en la que se deja el espacio de la tasa para ser llenado: «*el (los) depositante (s) declara (n) que las condiciones mencionadas en este título fueron las acordadas y que acepta (n) las cláusulas del contrato estipuladas al dorso. Igualmente se deja constancia que la tasa pactada **equivale** a la del 27.0 5% anual efectiva» (las subrayas y negritas son de la Corte).*

El Tribunal sólo mencionó que como el banco estaba facultado para pagar en el nuevo periodo la tasa de interés que estuviese reconociendo en esa época para las captaciones por medio de certificados de depósito a término, la tasa que reclamaba el actor del 27.05% no regía para las prórrogas. Es decir, aplicó al caso lo previsto en el punto 4° del reglamento.

Y, por su parte, el recurrente arguye dos razones: a) entiende que cuando se estableció que la tasa pactada equivalía a la del 27.05% anual efectiva, estaban las partes -pero particularmente el banco por su condición

preeminente- derogando la aludida condición cuarta del reglamento; y b) el aparte final de la regla 4ª es «nulo de pleno derecho» por ser una condición meramente potestativa, ineficaz al tenor de lo dispuesto en el artículo 1535 del Código Civil.

En relación con la segunda alegación, y más allá de su conducencia, es evidente que el recurrente ha traído a los autos un elemento inédito no discutido en las instancias, constitutivo por ende de lo que se ha dado en denominar como «medio nuevo» en relación con el cual resulta pertinente recordar la siguiente doctrina jurisprudencial, que hoy la Sala vuelve a reiterar:

[A]dviene pertinente recordar los argumentos expuestos por esta Corporación para sostener que toda alegación conducente a demostrar que el sentenciador de segundo grado incurrió en errónea apreciación de alguna prueba por razones de hecho o de derecho que no fueron planteadas en las instancias, constituye medio nuevo, no invocable en el recurso extraordinario de casación, pregonados en los siguientes términos:

"No resulta exótico al recurso de casación, sino por el contrario ajustado a la preceptiva técnica del mismo, que el recurrente, dentro del marco de la causal primera y vía directa combata los desaciertos que en el campo puramente jurídico hubiese cometido el sentenciador, así los planteamientos y argumentaciones expuestos por aquél no se hubiesen exhibido ab initio en el proceso, ni debatido en las instancias, puesto que para lograr la defensa de la ley, ni las partes y, menos el juzgador, tienen vallas infranqueables en el recurso extraordinario.

"A las razones expuestas en la primera instancia, pueden agregarse otras en la segunda, y a éstas unas nuevas en casación. La administración de justicia reposa en la interpretación de la ley y ésta es tarea de imposible agotamiento. La 'libre investigación científica' de Géný... como síntesis de la potestad interpretativa del juez no admite restricciones. Si la prohibición de alegar medios nuevos tiende a evitar sorpresas que vulneren el derecho de defensa y desnaturalicen el recurso ello no puede acontecer en cuanto concierne al razonamiento jurídico" (G. J. T. LXXXIII, 70).

"...Empero, si lo anterior resulta ser cierto, puesto que la crítica que se formula en casación por la causal primera a la sentencia del ad quem, por error netamente jurídico, así contenga planteamientos no formulados ab initio en el litigio, no tiene la restricción del medio nuevo, no ocurre lo propio cuando el cargo, montado por la vía indirecta, contiene planteamientos destinados al ingreso a la litis de un hecho no alegado en las etapas procesales que le preceden al recurso de casación.

"Sobre el punto que se viene analizando, la Corte ha sostenido que se quebrantaría el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa. Pero promovidos ya culminado el proceso, la infirmación de la sentencia con apoyo en ellos equivaldría a la pretermisión de las instancias, de las formas propias del trámite requerido, con quebranto de la garantía constitucional de no ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio". (G.J.T. LXXXIII, 76).

De manera que "...Cuando la acusación del tribunal no concierne con la violación de la ley sustancial por vía directa, que es el campo

propio para que la crítica o razonamiento puramente jurídico de la censura no constituya medio nuevo, sino que se formula por vía indirecta, en que fuera del razonamiento jurídico formula planteamientos atinentes a los hechos o a las pruebas que no le merecieron reparo en las instancias por el recurrente en casación, se está igualmente en presencia de un medio nuevo en el recurso que la jurisprudencia califica de 'medios mixtos' que tampoco son de recibo en casación, como igualmente lo tiene sentado la Corte” (G. J. T. XLI, pág: 208). (CSJ SC 026 1997 del 24 de junio de 1997, rad. 4605).

En efecto, las palabras que se han dejado transcritas se acomodan cabalmente al aspecto que se estudia, por cuanto al aducir el impugnante, tan solo en la sustentación del recurso de casación, que esa regla cuarta contiene una condición de las que el artículo 1535 del Código Civil proscribiera, y por ende atribuirle al juzgador colegiado error fáctico por haberla aplicado, además de manera preferente frente a lo pactado en la cara frontal de los títulos, en punto de la tasa de interés efectivo anual, ha introducido una razón de derecho en el ámbito de la causal primera planteada por vía indirecta, que, según lo anotado, no es admisible en sede casacional.

En lo tocante a la manera como el recurrente interpreta los efectos de la cláusula 4ª del reglamento de los certificados de depósito a término con respecto a lo que se estampó en su parte frontal, estima la Corte que constituye una particular opinión que el censor apenas confronta con la del Tribunal. Con todo, la labor que, en tratándose de

yerro fáctico, el recurrente debe desplegar, impone que demuestre inequívocamente el yerro, formulando razonamientos de tal contundencia que sin necesidad de un elaborado juicio permitan avizorar el carácter descaminado de la motivación del *ad quem*.

Y la verdad sea dicha, la leyenda que los títulos base de este proceso contienen en su parte delantera, no hace más que indicar: en primer lugar, que las cláusulas insertas al dorso las acepta el cliente; y de otra parte, que la tasa nominal allí mismo pactada (para el plazo se entiende) “equivale” a la tasa efectiva anual que se menciona, hipótesis fáctica por entero diferente a la que regula la regla 4ª, que apunta a disciplinar qué pasa si el título no se redime a su vencimiento.

El cargo, pues, no se abre paso.

Por no haber sido objeto de censura específica en casación, la Sala no puede adentrarse en el tema atinente al monto sobre el cual han de computarse los intereses durante las prórrogas, ni efectuar pronunciamiento sobre si es aceptable que los intereses generados en el plazo o en las sucesivas prórrogas permanezcan por completo improductivos.

V. DECISIÓN

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley **NO**

CASA la sentencia identificada en el epígrafe de esta providencia.

Costas a cargo de la impugnante. Para que sean incluidas en la respectiva liquidación, se fija como agencias en derecho la cantidad de \$6'000.000,°° por haber sido replicada la demanda.

Notifíquese,

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA