

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ
Magistrado Ponente

SC1806-2015

Radicación n.º 85001-3189-001-2000-00108-01

(Aprobada en sesión de doce de agosto de dos mil trece)

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandado **Banco de Bogotá S.A.** contra la sentencia de 21 de julio de 2010, proferida por la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal (Casanare) en el proceso ordinario instaurado por **Empresa Solidaria de Salud Asociación Mutua Maní Ltda.- E.S.S. Mutua Maní Ltda.**

I. ANTECEDENTES

A. Mediante demanda cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Yopal, Mutual Maní Ltda. demandó al Banco de Bogotá S.A. a efectos de que se declare:

1) Que el demandado pagó irregularmente el cheque No. I- 967825 girado el 18 de agosto de 1999 por la Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas de su cuenta número 646-02904-1 del Banco de Bogotá de Yopal por la suma de \$189.689.137,29 cuyo beneficiario era la actora.

2) Que pagó irregularmente el cheque No. I-9223797 supuestamente girado por la demandante de su cuenta corriente No. 120-02762-8 del Banco de Bogotá de Aguazul, fechado el 29 de diciembre de 1999, por la suma de \$280.000.000,00.

3) Que pagó irregularmente el cheque No. J-0111297 supuestamente girado por la demandante de su cuenta corriente No. 120-02762-8 del Banco de Bogotá de Aguazul, fechado el 07 de marzo de 2000, por la suma de \$5.000.000,00.

4) Que pagó irregularmente el cheque No. J-0111296 supuestamente girado por la demandante de su cuenta corriente No. 120-02762-8 del Banco de Bogotá de Aguazul, fechado el 16 de marzo de 2000, por la suma de \$10.000.000,00.

5) Que, consecuentemente, el demandado es responsable de los perjuicios causados a la demandante en razón del pago irregular de los cheques indicados.

6) Que se le condene a pagar los perjuicios materiales y morales, lo que ha de comprender el importe de los cheques, debidamente actualizado, junto con los intereses a la tasa del bancario corriente desde la época del pago, a más de las costas del proceso.

B. No sin antes manifestar expresamente que la demanda formulada es por responsabilidad civil contractual y extracontractual, procede a fundar sus pretensiones en estos hechos:

1) La actora celebró con el demandado un contrato de cuenta corriente en desarrollo del cual le fue asignada la No.120-02762-8 en la oficina del Banco en Aguazul, en la que podía consignar sumas de dinero y cheques y disponer de los saldos mediante el giro de cheques, para cuyo fin la entidad financiera le entregaba chequeras según su necesidad.

2) Para confirmar el giro rutinario de los cheques, el banco elabora una planilla, *“pieza fundamental en la ejecución del contrato de cuenta corriente”* (f. 31, c. 1), que denomina “apertura-registro de firmas e información de cuentas corrientes”, en la cual se deja constancia del titular, número de firmas que llevarán los cheques, nombres de las personas que los firmarán, así como una muestra de las

firmas que aparecerán en esos títulos, y además se toman huellas de las personas que los firmarán y una muestra del sello que aparecerá en ellos. En dicha planilla la actora consignó que los cheques debían contener dos firmas y un sello, reproducido en el reverso de la misma.

3) El 18 de agosto de 1999 la Agencia en Yopal de la Corporación de Ahorro y Vivienda La Villas giró a favor de la demandante el cheque No. I-0967825 de su cuenta corriente en el Banco de Bogotá por la suma de \$189.689.137,29, producto de la cancelación del certificado de depósito a término que Mutual Maní Ltda. había constituido en aquella entidad financiera. Estaba cruzado y además contenía la leyenda "para consignar únicamente en cuenta del primer beneficiario". Sin embargo, *"todo indica que el cheque hasta aquí mencionado fue pagado"* (fl. 32, c. 1), pero su importe nunca fue abonado en la cuenta corriente de la actora, con lo cual el banco demandado desconoció la ley de circulación del título valor, y es responsable de su pago irregular.

4) Los directivos de Mutual Maní Ltda. conocieron que la entidad crediticia demandada, el día 29 de diciembre de 1999, pagó de la cuenta corriente de aquella, el cheque No. I-9223797 por la suma de \$280.000.000,00. Dicho pago lo hizo el Banco por ventanilla, cuando según los procedimientos recomendados a las entidades financieras por la Superintendencia Bancaria, por la cuantía, solamente podía ser pagado mediante consignación en cuenta y nunca en una zona de orden público alterado como lo es el municipio de Aguazul, y aún menos para trasladarlo al

municipio de Maní. Asimismo el Banco violó sus propios procedimientos, y "*no cuidó lo mínimo porque*" (f. 33, c. 1) el cheque venía diligenciado en forma manuscrita - comportamiento inusual en la actora-; supuestamente había sido girado sin sello; no lo confirmó con la señorita Sandra Victoria Gil, tesorera de la Mutual y quien también, de conformidad con el registro, firmaba los cheques.

5) De la misma manera procedió la demandada con el cheque J-0111297, girado por la suma de \$5.000.000,00, éste sí con sello pero diferente del registrado, el cual fue pagado por ventanilla el 7 de marzo de 2000. Y también con el cheque J-0111296 girado sin el sello registrado y por la suma de \$10.000.000,00.

6) Como producto de las actuaciones y omisiones del banco, la entidad demandante ha quedado en estado de insolvencia total lo que la ha obligado a suspender el pago a sus proveedores y empleados, situación que "*la ha puesto en la picota pública*" (fl. 35, c. 1), le ha producido un deterioro a su imagen, a más de que ha tenido que afrontar diversos procesos de ejecución de sus acreedores.

C. El demandado se opuso a las pretensiones (fls. 74 a 106, c. 1). Formuló como excepciones de mérito las que denominó "*pago regular y válido de los cheques*", "*culpa exclusiva del demandante*", "*culpa imputable a terceros*", "*incumplimiento del demandante en las obligaciones contractuales*", "*incongruencia de los presupuestos*

axiológicos de la responsabilidad mal pretendida", "enriquecimiento sin causa" y "prescripción y caducidad".

D. Cumplidos los trámites propios de la instancia, el juzgado *a quo* denegó las súplicas de la demanda, a la par que declaró *"probadas las excepciones de mérito planteadas por la parte demandada"* (fl. 448 c. 1), por lo cual la actora apeló el fallo, recurso que el Tribunal desató con la sentencia recurrida en casación, en la que la Corporación resolvió revocar la de primera instancia y en su lugar condenar al banco demandado a pagar la suma de \$731.520.066,00, equivalentes al 50% del total del daño liquidado por el *ad quem* para ser distribuidos entre cesionarios de derechos litigiosos.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

A. Luego de efectuar un compendio de la demanda y su contestación, de la sentencia de primer grado y del recurso, y tras constatar que no hay motivos de nulidad que invaliden la actuación, señala la Corporación, bajo el acápite que denomina *"sobre la consonancia del fallo artículo 305 CPC"*, que la demanda se contrae a aducir como causa de pedir, únicamente razones de tipo formal referidas al pago irregular de los cheques, pero en el proceso

se trajeron las copias de una densa actuación penal por parte de la fiscalía que da cuenta de la existencia de un acuerdo delictual entre Jairo Caro Mondragón, gerente por entonces de la sucursal del Banco de Bogotá en Aguazul Casanare, y James Ariolf Avella,

gerente de la Mutual, acuerdo que tuvo por objeto el apoderarse del dinero que la Mutual tenía en cuentas corrientes en el banco demandado. Se practicaron también pruebas testimoniales ratificando las declaraciones rendidas en el proceso penal y ampliando estas a hechos atinentes al delito penal, pruebas que ni se pidieron en la demanda, ni se alude en esa pieza a los hechos que declaran los testigos (f. 147 c. Trib.).

Se pregunta entonces el *ad quem* si estos hechos no planteados pueden ser tenidos en cuenta para fallar, de cara a lo establecido en el inciso final del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, norma de la cual señala que exige condiciones para su aplicación (que ese hecho nuevo para el proceso haya ocurrido después de la presentación de la demanda, haya sido probado en el proceso y se haya alegado por la parte interesada a más tardar en el alegato de conclusión), las cuales encuentra cumplidas en el caso sometido a su consideración.

El artículo a que alude el Tribunal establece:

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.

La primera condición -ocurrencia del hecho nuevo después de la presentación de la demanda-, la encuentra cumplida el *ad quem* porque a pesar de que el acuerdo delictivo entre los dos gerentes, objeto del proceso penal que obra en el expediente, ocurrió antes de proponerse la demanda, la parte demandante no tenía conocimiento del mismo, no obstante la proximidad de las fechas de presentación de la demanda y de formulación de la denuncia penal. Afirma entonces que

ha de admitirse que el artículo 305 del CPC no puede tener, en casos como éstos, una interpretación literal de su texto, imperioso resulta interpretar que en ciertos casos, aunque los hechos hayan ocurrido antes de la presentación de la demanda, no fue posible proponerlos como causa petendi porque estaban ocultos, y en un caso como éste, no habían salido a la luz pública, y sólo después de avanzado el proceso penal se descubrieron, de modo que la interpretación de la norma, se insiste en este caso, debe advertir que el hecho nuevo no es la ocurrencia misma de este, que es anterior, sino su descubrimiento, que es posterior y en tal sentido hecho nuevo después de la demanda (f. 148, c. Trib.).

Con miras a constatar el segundo de los requisitos que en su sentir exige el inciso final del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, esto es, que los hechos hayan sido probados en el proceso, examina si eran desconocidos por la actora por la época en que presentó la demanda. Afirma que tanto en la denuncia como en su ampliación, que realizó en mayo de 2000, la denunciante -revisora fiscal de la Mutual- los limita a las actuaciones irregulares o inexplicables de

gerente de la entidad mutual y no hace referencia alguna a delitos cometidos por funcionarios del Banco, y lo mismo afirma de la tesorera Sandra Victoria Gil. En ese sentido, constata que en la Resolución de apertura de investigación del 17 de abril de 2000, la Fiscalía no “*advierde nada acerca de investigar conductas delictivas de funcionarios del Banco*” (f. 149, c. Tribunal), lo que tan solo viene a aparecer en la Resolución del 15 de mayo de 2000 proferida por la Fiscalía 13 Especializada, en la que se ordenó vincular a Jairo Caro Mondragón, gerente del Banco de Bogotá de Aguazul por la época de la defraudación, esto es, un mes y veinte días después de la presentación de la demanda.

En cuanto al siguiente requisito -atinente a que la parte interesada lo haya aducido a más tardar en el alegato de conclusión o, cuando éste no se requiera, antes de que el expediente entre al despacho para dictar sentencia-, lo encuentra acreditado el juez de la apelación en el alegato de la parte demandante, donde ésta sostiene que el gerente del Banco de Bogotá de Aguazul se apoderó del dinero de la actora y lo destinó a cubrir unos sobregiros y luego ocultó la información. Destaca que en la referida pieza procesal concluye la actora, aunque de modo muy somero, que la actuación del gerente del ente crediticio fue determinante para el fraude.

B. Bajo el acápite denominado “*los hechos probados*” sostiene seguidamente que quedó demostrado que el retiro del dinero de las cuentas de la “Mutual de Maní” se realizó

con el propósito del apoderamiento por parte de los dos gerentes, Jairo Caro Mondragón y James Ariolf Avella. Así, sintetiza las declaraciones de Mary Nelly Díaz de Nossa - revisora fiscal de la entidad demandante- Ana Doris Medrano Rivera -gerente de la Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas- Luís Alejandro Santos Reuter - presidente de la junta directiva de la entidad demandante-, Sandra Gil -tesorera de esta-, James Ariolf Avella -gerente-, Yasmín Rojas Mosquera -cajera del banco y quien pagó el cheque por la suma de \$189.689.137,00-, René Alexander Moreno -cajero del banco y quien pagó el cheque por la suma de \$280.000.000,00-, José Kelly Ospina, Ruth Nelly López, Nelson López, María González, Vitelito Sánchez, Roberto Daniel Urquijo Hernández y Antonio Ibáñez. Y lo mismo hace con los interrogatorios practicados a las partes y el dictamen pericial, para concluir entonces que se ha demostrado de modo preciso la existencia de un delito fraguado entre los dos gerentes de las entidades demandante y demandada, hecho lo cual pasa a establecer lo que denomina la “*responsabilidad del banco*”, en relación con la cual indica que

no es tan sólo responsabilidad por el pago de cheques en forma irregular lo que ha quedado probado. Ya se ha dicho hasta la saciedad, que está de por medio un acuerdo delictual de parte de los dos gerentes, de modo que siendo éstos los defraudadores, es necesario advertir que se trata de una culpa compartida (f. 159, c. Trib.).

C. Al precisar que los hechos dan cuenta de un cheque girado por la Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas de su cuenta corriente y otros tres directamente de la cuenta de la parte actora, el Tribunal establece que se trata de la acumulación de dos clases de responsabilidades, la extracontractual para el primer cheque, y la contractual para los otros tres. Sin embargo, señala que el hecho generador del daño es uno mismo: el acuerdo delictual entre los dos gerentes, por lo cual indica que debe “*descartarse la visión reducida que trae la demanda sobre lo ocurrido*” (f. 159, c. Trib.), atinente a un mero pago irregular de cheques, dado que ello no es lo determinante frente al delito cometido.

No hay responsabilidad aquí porque los cheques fueron bien o mal pagados. Puede ser que unos se hayan pagado en forma regular y otro u otros en forma irregular, como el no pago consignando en la cuenta del primer beneficiario, o el pago de otros sin el sello registrado, incluso el pago con la falsificación de firma, etc. Lo que es relevante para deducir responsabilidad, es que, aún si fueron pagados algunos cheques en forma correcta formalmente, todos estos fueron usados para desfalcar a la entidad demandante. (fls. 159 y 160, c. Trib.).

D. Entiende el *ad quem* que debe deducirse responsabilidad aquiliana en relación con el cheque de AV Villas y contractual para los otros tres. Y como existió dolo de ambos gerentes, el del ente de crédito (“*actuó dentro de las funciones propias del banco*”, f. 160, c. Trib.) y el de la actora, “*ha de imponerse la condena ponderando lo que a*

cada una de las partes concierne en cuanto a su actuación dolosa, que debe ser del 50%, trayendo como norma sustancial aplicable el artículo 2357 del CC” (ib.).

E. Examina seguidamente las excepciones propuestas por la parte pasiva. En cuanto a la caducidad, alegada con base en lo dispuesto en el artículo 1391 del Código de Comercio, el *ad quem* la descarta al señalar que no se trata acá de una “*mera cuestión de cheques irregulares*” (f. 162, c. Trib.), porque “*la reclamación por esta causa no es el sentido en que se ha determinado la responsabilidad que se impone al banco*” (ib.), dado que no se trata de cheques falsos o adulterados ya que fueron girados por el gerente mismo de la entidad demandante, pues lo relevante es que “*las cuentas corrientes de la mutual fueron el medio para desfaltar esa entidad*” (f. 162).

En cuanto a la excepción de “culpa exclusiva de la víctima”, la Corporación indica que el acuerdo delictual a que ha hecho referencia la enerva. En punto de la denominada “*pago regular y válido de los cheques*”, reitera su punto en cuanto que “*la cuestión de la forma de pago no es lo determinante*” (ib.). Y en lo tocante a las excepciones que tienden a inculpar a la actora por la falta de vigilancia de sus recursos, sostiene el Tribunal que “*de ninguna manera descartan la prueba de la actuación imputable al gerente del banco*” (f. 163).

F. En cuanto al monto de la condena, el *ad quem* razonó así.

1) Cheque por \$189.689.137 girado por la Corporación Av Villas:

Indexación $\$189.689.137 \times 104.52 \text{ IPC junio } 2010 / 56.05 \text{ IPC de la fecha de su cobro ilegal } 18 \text{ de agosto de } 1999 = \$353.725.398$

Intereses al 6% anual 11 años: $x \ 6 / 100 \times 11 = \$233.458.762$

2) Cheque por \$280 millones:

Indexación $\$280.000.000 \times 104.52 \text{ IPC junio } 2010 / 57 \text{ IPC de la fecha de su cobro ilegal } 29 \text{ de diciembre de } 1999 = \$513,431.578$

Intereses al 6% anual 10 años y fracción: $x \ 6 / 100 \times 11 = \$323.461.893$

3) Cheque por la suma de \$5 millones:

Indexación $\$5.000.000 \times 104.52 \text{ IPC junio } 2010 / 60.08 \text{ IPC de la fecha de su cobro ilegal } 7 \text{ de marzo de } 2000 = \$8.698.402$

Intereses al 6% anual 10 años y fracción: $x \ 6 / 100 \times 11 = \$5.393.009$

4) Cheque por la suma de \$10 millones:

Indexación \$5.000.000 x 104.52 IPC junio 2010 / 68.08 IPC de la fecha de su cobro ilegal 7 de marzo de 2000 = \$15.352.526

Intereses al 6% anual 10 años y fracción: $x \frac{6}{100} \times 11 =$ \$9.518.565

Arriba a la suma de \$1.463.040.133,00, condena que, conforme lo anticipó, redujo al 50%, esto es, a \$731.520.066,00 que distribuye tomando en consideración la cesión de derechos litigiosos reconocida en favor del apoderado judicial de la actora primigenia, así como la que, con ocasión de la liquidación la sucesora procesal -la entidad “Es Más Salud”, que había absorbido a la demandante- se hizo entre acreedores reconocidos en el proceso liquidatorio, según resolución que obra en el expediente y de la cual extrae valores y beneficiarios.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contra la sentencia objeto del recurso extraordinario, la recurrente erige dos cargos -el primero por la causal segunda, y el segundo por la causal primera-, que en lo fundamental, se dirigen a desquiciar el fundamento del fallo, desde diversas ópticas en atención a la naturaleza de cada causal. La Corte encuentra que el primer cargo está llamado a prosperar por lo que a él contrae su examen.

A. CARGO PRIMERO

Con base en la causal segunda de casación, en este cargo se acusa la sentencia de ser incongruente en relación con los hechos constitutivos de la *causa petendi*.

Indica el casacionista que la demandante pretendió que se declarara que el Banco de Bogotá pagó irregularmente el cheque número I-0967825 girado a su favor por la Corporación de Ahorro y Vivienda las Villas, por la suma de \$189.689.137,29 con base en que dicho título fue girado por la Corporación mencionada a favor de la demandante como producto de la cancelación del certificado de depósito a término que está había constituido en aquella, cheque que fue cruzado y girado para abonarlo en la cuenta del primer beneficiario, sin que su importe fuera en efecto acreditado a la cuenta de la Mutua, con lo cual el Banco desconoció la ley de circulación del título valor mencionado y por tal razón es responsable de su pago irregular.

De otra parte, recuerda que la demandante también persigue que se declare que el banco demandado pagó irregularmente los cheques números I-9223797 por la suma de \$280.000.000,00, girado el 29 de diciembre de 1999; J-0111297 por la suma de \$5.000.000,00 girado el 7 de marzo de 2000; y J-0111296 por la suma de \$10.000.000,00 girado el 16 de marzo de 2000. Los hechos aducidos para sustentar dichas pretensiones los reproduce el cargo, en cuanto están referidos a que la demandante indica que celebró un contrato de cuenta corriente con el Banco de

Bogotá (cuenta corriente número 120-02762-8), en virtud del cual podía consignar sumas de dinero y cheques y disponer asimismo de los saldos que mantuviera en dicha cuenta mediante el giro de cheques, a cuyo fin el Banco le entregaba chequeras de acuerdo con las necesidades de la Mutual. Agrega que en los hechos se indica que para confirmar el giro rutinario de los títulos valores de la cuenta corriente, la entidad financiera demandada elabora una planilla que denomina “apertura-registro de firmas e información de cuentas corrientes” en la que queda constancia del titular, el número de firmas que llevarán los cheques, los nombres de las personas que los firmarán con una muestra de sus firmas, así como del registro, al dorso de la planilla, de un sello que aparecerá en los títulos, con la indicación de que los mismos debían contener dos firmas y el aludido sello.

Asimismo, indica que en la demanda se señaló que los directivos de la demandante se percataron de que el banco demandado, el día 29 de diciembre de 1999, pagó de la cuenta corriente de la Mutual el cheque I-9223797 por la suma de \$280.000.000,00, sin el más mínimo asomo de cuidado y en forma desleal por cuanto lo pagó por ventanilla, siendo que de acuerdo con los procedimientos recomendados a las entidades financieras por la Superintendencia Bancaria, solamente podía hacerlo mediante consignación en cuenta, incluso violando sus propios procedimientos y violando lo más mínimo si se tiene en cuenta que el mencionado título venía diligenciado en

manuscrito, comportamiento que no era rutinario de la entidad demandante, a más de que había sido girado sin sello, comportamiento que tampoco era usual en la entidad actora. Igualmente, dicho título no fue confirmado. En relación con los otros dos, puntualiza el censor que el libelo señala que ese mismo comportamiento lo tuvo el Banco respecto del cheque J-0111297 pagado por ventanilla, instrumento al cual se le había impuesto un sello que no correspondía al registrado, así como con el cheque J-0111296, que no contenía el sello registrado.

Indica que el Tribunal, por su parte, *“fue contundente en expresar que el fundamento de su decisión no descansaba sobre los hechos invocados por la empresa demandante en el libelo incoatorio de este proceso, sino en la responsabilidad penal que la justicia del ramo le había deducido al gerente de dicha entidad”*, recordando al punto que la Corporación afirmó delantadamente que no incurría en incongruencia si así procedía, por cuanto el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil autorizaba a tener en cuenta en la sentencia cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio.

Indica que del cotejo efectuado entre los hechos aducidos por la demandante con los que finalmente fueron acogidos por el *ad quem* para despachar favorablemente las pretensiones, aflora que el Tribunal no se apoyó en ninguno de los narrados por la sociedad demandante sino en los hechos constitutivos de la responsabilidad penal que la

justicia del ramo le dedujo al gerente de dicha entidad bancaria, esto es, en hechos diferentes de los invocados por la actora, con lo cual se produjo un fallo disonante.

B. CONSIDERACIONES

A la luz del principio dispositivo que rige primordialmente el procedimiento civil, debe el juez, al dictar el fallo con el cual dirime la controversia, respetar los límites o contornos que las partes le definen a través de lo que reclaman (pretensiones o excepciones) y de los fundamentos fácticos en que se basan ante todo los pedimentos, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso, o de pretensiones que, no aducidas, asimismo deben declararse oficiosamente por el juez.

A eso se contrae la congruencia de la sentencia, según lo establece el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, dirigido no sólo a disciplinar que esa respuesta de la jurisdicción corresponda con lo que las partes le ponen de presente, sino, subsecuentemente, a impedir que el juez desconozca el compromiso de fallar dentro del marco de referencia que le trazan las partes, y cuyo incumplimiento es de antaño inscrito en una de estas tres posibilidades: en primer lugar, cuando en la sentencia se otorga más de lo pedido, sin que el juzgador estuviese facultado oficiosamente para concederlo (*ultra petita*); en segundo

lugar, cuando en la sentencia olvida el fallador decidir, así sea implícitamente, alguna de las pretensiones o de las excepciones formuladas (*mínima petita*); y en tercer lugar, cuando en el fallo decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, o, de un tiempo a esta parte, en Colombia, con apoyo en hechos diferentes a los invocados (*extra petita*), posibilidad ésta de disonancia que solo vino a tener consagración legal en la reforma adoptada por Decreto 2289 de 1989, al acoger un criterio jurisprudencial que a partir de 1977, aunque en pocas providencias (la Corte, en mayor medida, se inclinó por entender que lo que se configuraba era un error por errónea interpretación de la demanda, encuadrado, por ende, en la causal primera de casación), fue adoptado y conforme al cual

la incongruencia no sólo se presenta cuando confrontadas las resoluciones de la sentencia con las peticiones y defensas de las partes se observa que el fallo es extra, ultra o minima petita, porque puede acaecer que a pesar de existir armonía cabal entre aquellas y éstas, se presente el fenómeno de la incongruencia, como cuando demandándose la nulidad del proceso con fundamento en la incompetencia del fallador, se declara el vicio, pero con apoyo en otra causal no alegada, como la de haberse omitido el término para pedir pruebas... La sentencia para ser congruente debe decidir solo sobre los temas sometidos a composición del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como causa petendi, pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario (...) Tal el fundamento para afirmar que igual da condenar a lo no pedido, que acoger una pretensión deducida, pero con causa distinta a la

invocada, es decir, con fundamentos de hecho no alegados (Cas. Civ. del 28 de noviembre de 1977, resaltado fuera de texto).

En sentencia de 6 de julio de 1981 expresó:

... para que proceda la atención del ataque por inconsonancia requiérese además, que se haya cometido por el sentenciador un auténtico vicio in procedendo, porque si la mencionada decisión proviene de la errada interpretación que de la demanda hace el juzgador, lo que se tipifica es, por el contrario, un vicio in judicando, denunciable no por la causal segunda sino por la primera de casación.

Dada la facultad de interpretación de la demanda que tiene el juez, éste puede concluir, recurriendo incluso a los fundamentos de hecho, cuál es la acción impetrada o que la pretensión es una y no otra o, en fin, cuáles son sus alcances; de tal manera que si al proceder de este modo incurre en yerro de apreciación, deduciendo lo que realmente no se le ha pedido, y a consecuencia de ello resuelve de manera diferente de como se le solicitó no comete incongruencia sino un vicio in judicando, que debe ser atacado por la causal primera de casación. Cosa distinta es que, no obstante entender con certeza el alcance de la pretensión o el de la excepción, el sentenciador resuelva sobre lo que ellas no contienen, o se pronuncie ciertamente en relación con lo que incumbe hacerlo pero con larguezas o defectos que no debe. En este último evento es lógico que la decisión obedece a un motivo puramente formal que estructura, desde luego, el vicio de inconsonancia (texto reproducido en Cas. Civ. del 17 de marzo de 1993, G.J. CCXXII, p. 202).

Con la modificación de los del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, y por reflejo, del artículo 368 ibídem en lo concerniente a la incongruencia como causal de casación, y con miras a distinguir este tipo de yerro *in procedendo* (causal segunda, incongruencia) del error *in judicando* cometido en la interpretación de la demanda y que tiene su campo de acción en la violación de la ley sustancial (causal primera), bien pronto la Corte, tomando pie para ello en los antecedentes ya transcritos, dijo:

Como quiera que la demanda, que es la petición con la cual se inicia un proceso y, por ende, constituye la pieza más importante del mismo, se ha dicho por la doctrina de la Corte que está sujeta, en su estructuración, a un conjunto de requisitos que no obedecen a un criterio puramente formalista, sino a la necesidad de determinar, con claridad y precisión, las pretensiones del actor y los elementos de hecho que le sirven de soporte al petitum, a fin de que el demandado, enterado del contenido de la misma, pueda asumir adecuadamente su defensa y, en esas condiciones, igualmente pueda el Juzgador conocer los límites dentro de los cuales pueda cumplir con su actividad de dispensar el derecho.

2. Desde comienzos del siglo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Corte que lo que determina el campo del litigio son los hechos fundamentales de la demanda y, por tanto, "a los que enuncia -el demandante- y sólo a los que enuncia tiene que ceñirse el fallo" (Cas. Civ. de 11 de agosto de 1911, T XX, pág. 208), criterio éste que ha continuado reiterando la Corte al afirmar que siendo los hechos de la demanda los elementos integrantes de la causa petendi o título de donde hace provenir el derecho que se invoca, son trascendentales para la decisión del

litigio, porque fijan las pretensiones del demandante y delimitan el ámbito de desarrollo de la litis. De suerte que ‘como los hechos invocados en la demanda dan base a la pretensión del actor, no puede el Juez decidir el litigio con fundamento en hechos distintos, aun cuando se demostrasen plenamente en el curso del juicio’ (Cas. Civ. de 9 de abril de 1967). En época más reciente se afirmó por la Corporación que “tanto hoy como frente al estatuto procesal abolido, el fallador no tiene facultad para decidir la controversia con estribo en hechos sustanciales que no fueron expuestos en la demanda como causa petendi aunque se hayan probado plenamente” (Cas. Civ. de 22 de enero de 1974).

3. Si por razón del surgimiento de la relación jurídico-procesal se tiene que queda establecido el ámbito dentro del cual ha de desenvolverse el proceso, o sea, que la demanda y la contestación atan y vinculan a las partes y delimitan el campo de decisión del sentenciador, no puede éste, entonces, desentenderse de dichos lineamientos al decidir, so pena de incurrir en un vicio in procedendo, concretamente de producir un fallo desarmónico, máxime por virtud de modificación introducida a la causal segunda de casación, al consagrarse, como uno de los motivos de incongruencia, “no estar la sentencia en consonancia con los hechos” de la demanda (arts. 368, numo 2 del C. de P. C. y l° D. 2282 de 1989)”. (Cas. Civ. 204 de 29 de junio de 1992, G.J. CCXVI, p. 526).

Posteriormente reiteró dicha postura en los siguientes términos:

[C]onsagrada positivamente dicha discrepancia [inconsonancia con los hechos aducidos en la demanda] como fenómeno de incongruencia de los fallos judiciales, bien vale la pena observar,

para no convertir en error in procedendo, lo que típicamente es un yerro in judicando, enmendable por la causal primera de casación, que el vicio de inconsonancia en la modalidad comentada solamente se estructura en el evento en que el juez, apreciando correctamente los hechos constitutivos de la causa para pedir o para excepcionar, y por tanto, alejado de cualquier labor interpretativa en torno al escrito de demanda o de excepciones, concluya que no son los hechos relacionados en dichas piezas procesales los que le sirven de fundamento para condenar o absolver, sino otros diferentes, no aducidos por el demandante ni alegados por el demandado, como quiera que tal es la filosofía que inspiró el aludido cambio jurisprudencial” (Cas. Civ. del 24 de noviembre de 1993, exp.No. 3875, subraya fuera de texto).

De allí en adelante, numerosas providencias han reiterado esos confines del vicio *in procedendo* que se examina, para distinguirlo del “error en la interpretación de la demanda”. Y ha insistido asimismo la Corte en que estas dos formas de ataque a la sentencia no pueden ser confundidas ni lógicamente han de encontrarse planteadas en una misma demanda, así sea bajo diversos cargos (Cas Civ. del 29 de noviembre de 1995, exp. No. 4477). Así, por ejemplo, En relación con lo primero ha doctrinado que

en cuanto a la incongruencia fáctica, que es la propuesta en el cargo, pertinente resulta señalar que como a partir de la reforma introducida al artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por el decreto 2282 de 1989, una sentencia susceptible del recurso de casación puede acusarse por ‘error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda’ (causal primera), o por no estar ‘en

consonancia con los hechos de la demanda' (causal segunda), suficientemente se encuentra decantado que ninguna dificultad práctica se presentaría en pos de calificar el error como de juicio o de procedimiento.

Como lo tiene explicado la Corte, en la primera hipótesis se comprende que al fallarse el conflicto puesto a composición judicial el juzgador sujeta su comportamiento a la regla que le impone decidirlo con arreglo a los hechos invocados, sólo que al fijarles su sentido y alcance, termina, sin embargo, alterándolos. En cambio, en la segunda, se entiende que el sentenciador se aparta de su contenido para tener en cuenta únicamente el que de acuerdo con su personal criterio resulta digno de ser valorado. 'Se trata, entonces, en el primer caso de un error de entendimiento del contenido de la demanda, mientras en el segundo, un yerro por invención o imaginación judicial, producto de la desatención o prescindencia de los hechos de la demanda'" (Sentencia de 27 de noviembre de 2000, expediente No.5529). (Cas. Civ. del 25 de abril de 2005, Exp. C-14115).

Esta incongruencia fáctica, a fin de cuentas, viene a reconocer una realidad y es la de que el objeto litigioso, es decir, el derecho que se reclama y las excepciones de mérito que tienden a enervarlo, se sustenta en hechos, y sobre ellos versará la actividad probatoria de las partes y del juez, así como la sentencia y, en no pocas ocasiones, las impugnaciones que contra ella se erijan. En lo que hace al demandante, la relación de hechos jurídicamente apropiados aportada por él, que le da base a la afirmación de derecho que hace y que es por ello el soporte y título de su pretensión, tiene la connotación de precisar, junto con el

petitum, el objeto del proceso, es decir, la afirmación de una concreta pretensión procesal que por lo mismo queda individualizada. Ya decía Fairen Guillén¹ que

no sólo los hechos ni el derecho fundamentan una demanda, sino que para promover una pretensión es necesario relacionar los hechos con su figura legal; se trata de un silogismo y precisa aportar sus dos premisas (la mayor, el derecho; la menor, los hechos), ya que la conclusión no se puede obtener a partir de una sola y sí de la relación entre las dos.

Estos hechos -que están comprometidos en la solución del proceso- son pasados, anteriores a la relación jurídica procesal. O, siendo futuros, tienen un arraigo o nacimiento directo en el pasado pues son prolongación de los ya acaecidos y aducidos al proceso. De suerte que si en el curso de éste sobreviene un hecho que incide en las resultas de este, pues constituye (por el lado del actor) una nueva y autónoma fuente para pedir lo que se demanda o (por el lado del demandado) altera -para extinguirlo o modificarlo- el objeto litigioso planteado (sobre la base de los hechos que se aducen como sucedidos), surge la necesidad de saber si tal hecho, traído por la parte interesada, ha de ser considerado por el juez.

Y a tal finalidad apunta el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil. En cuanto concierne al demandante, sólo puede proponer hechos básicamente en la demanda y

¹ La transformación de la demanda en el proceso civil, Ed. Librería Porto, Santiago de Compostela, 1949, p. 76.

su reforma (excepcionalmente en las articulaciones), definiéndolo así no sólo ante la autoridad judicial llamada a darle una respuesta acompasada a lo que pide, sino también frente al demandado que convoca y que por lealtad y para garantizarle el ejercicio pleno de su derecho a la defensa debe serle dado a conocer con exactitud por qué y para qué es llamado al proceso.

Sobre el particular la Corte ha señalado que

es tangible que en tratándose del demandante, esa carga recae sobre él con mayor rigor y estrictez en la medida en que, de un lado, la exteriorización de los supuestos fácticos que fundamentan sus pedimentos es labor que de manera exclusiva se le confía, de modo que muy poco espacio queda para la intervención oficiosa del juez, la cual se reduce, para decirlo abiertamente, a aquellos eventos, excepcionales por cierto, en los que le es dado pronunciarse sin alegación previa de aquél, como acontece v. gr., en el caso de la nulidad absoluta de los actos o negocios jurídicos.

De otro lado, porque la alegación de los hechos que apuntalan sus pretensiones no sólo debe hacerse en las oportunidades específica y rigurosamente señaladas en el estatuto procesal, concretamente en la demanda y su reforma (y de ser el caso, en los incidentes que se adelanten en el proceso), sino, también, porque restringen de tal modo la actividad procesal que demarcan el ámbito de atribuciones del juzgador, así como el contorno de la oposición del demandado.

Relativamente a éste, es palpable que existe mayor flexibilidad, no sólo porque, conforme a las previsiones del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, el juez podrá tener en consideración los hechos modificativos o extintivos del derecho sustancial invocados a más tardar en los alegatos de conclusión, sino, también, porque, aquél, el sentenciador, podrá, atendiendo los mandatos del artículo 306 ejusdem, declarar probados de oficio los hechos que constituyan una excepción, salvedad hecha, en uno y otro caso, de las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse por el demandado en la contestación de la demanda. Quiérese subrayar, subsecuentemente, que, salvedad hecha de las aludidas excepciones, no existe para el demandado un término perentorio en el cual deba aducir los hechos exceptivos, amén que el fallador está facultado para pronunciarse oficiosamente sobre cualquier otra". (Cas. Civ. del 15 de enero de 2010 (Exp. No. 68001 3103 001 1998 00181 01)).

Esta postura, diáfananamente deducida de los preceptos mencionados, y que refrenda la Corte en esta oportunidad, fue también acogida antes, en sentencia del 15 de septiembre de 1993 (exp. 3664), en la que dijo:

...el inciso 1° del artículo 305 del C. de P. C., prescribe que 'la sentencia debe 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'.

Pecaría, pues, de incongruente una sentencia que tome en cuenta hechos distintos a los aducidos en la demanda, como sería el consistente en ver y admitir que, con prescindencia de lo allí narrado, el interés del demandante surgió en un momento posterior al de la presentación del escrito incoativo del proceso.

Correlativamente, en el último inciso del mismo artículo 305 se determina que ‘en la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda...’.

Esta regla es, si se quiere, un complemento de lo establecido en el inciso 1°. Ciertamente, si por virtud de la misma, de modo expreso, se autoriza al juez para que, dentro de los términos que el mismo precepto indica, tenga en cuenta al momento de fallar aquellos hechos modificativos o extintivos del derecho sustancial, acaecidos después de propuesta la demanda, es porque, en sentido contrario, está dando a comprender que no puede hacer otro tanto con uno de los que le sirven de fundamento a la pretensión. Y cuando el inciso no extiende la permisión a la consideración del hecho que, siendo sustancial para la pretensión, surge con posterioridad a la introducción de la demanda, es porque busca ser coherente con el inciso 1, en donde había determinado que la sentencia debe guardar consonancia con los hechos expuestos en la demanda.

Aplicadas las anteriores directrices al asunto que se examina, resulta claro que el Tribunal se desentendió deliberadamente de los hechos aducidos por la demandante y, so pretexto de una interpretación particular y equivocada del último inciso del artículo 305 del Código de

Procedimiento Civil, consideró acertado y oportuno que el demandante pudiese variar la *causa petendi* incluso hasta el momento de alegar de conclusión, y por esa vía, decidió el caso con base en hechos ajenos a los planteados, y sobre los cuales, en mayor medida, discurrió la actividad probatoria inquisitiva que desplegó, en orden a extender al presente proceso los efectos de la cosa juzgada penal.

Así, como del resumen de la demanda y del cargo se evidencia, circunscribió la demandante los fundamentos fácticos tanto al contrato de cuenta corriente que celebró con el Banco de Bogotá -en desarrollo del cual le fue asignada la No.120-02762-8 en la oficina del Banco en Aguazul, y sobre dicho contrato relató pormenores referidos a la tarjeta de firmas y sellos registrados, (“apertura-registro de firmas e información de cuentas corrientes”) y al pago irregular de cheques girados contra dicha cuenta-, como al pago tildado asimismo de irregular, de un cheque girado a su favor que contenía un sello restrictivo (“para consignar únicamente en cuenta del primer beneficiario”) que impelía al Banco girado pagarlo sólo mediante consignación en la aludida cuenta.

Se refiere la demanda a la omisión de medidas de precaución que en sentir de la demandante el Banco ha debido aplicar, o a la omisión de instrucciones para el pago, así como a la situación de iliquidez en que quedó por cuenta de los hechos relatados. Pero en manera alguna tildó de ilícitos y constitutivos de delitos los hechos que relató

Mutual Maní, ni se refirió al concierto delictivo que los gerentes de la demandante y la demandada fraguaron con miras a defraudar a la entidad actora, no obstante que pudo ésta contar con tiempo suficiente para reformar la demanda de modo que quedaran estos acontecimientos incluidos en los hechos afirmados como causa del *petitum*. Porque al paso que la pretensión de que se declare irregular el pago de los cheques girados contra la cuenta corriente de Mutual Maní se soporta en la violación del contrato de cuenta corriente, y el pago del girado a favor de esta contraviniendo las instrucciones impartidas al respecto por el girador, se fundamenta en que no le fue abonado el importe del título consignado en la preindicada cuenta, la sentencia del Tribunal hace caso omiso de todo ello y centrando sólo su atención en lo deducido por la justicia penal, y admitiendo incluso que algunos cheques bien pudieron estar regularmente pagados, descartó deliberadamente tal circunstancia fáctica, para edificar la sentencia con base en hechos no alegados por la demandante.

Aflora entonces la prosperidad del cargo y, atendiendo los precedentes sobre la aplicación del principio de la no *reformatio in pejus* en sede de casación, procederá la Corte a casar el fallo combatido y a dictar la sentencia sustitutiva, con las limitaciones que dicho principio impone.

IV. SENTENCIA SUSTITUTIVA

En adición a los planteamientos ya consignados por la Sala, son pertinentes las siguientes consideraciones, atendido al hecho de que en este caso los presupuestos procesales están presentes y no existe causa alguna de nulidad.

A. En la **sentencia de primera instancia**, y luego de relatar los antecedentes, enlistar las pruebas recaudadas, destacar que se encuentran reunidos los presupuestos procesales, no advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, y además expresar que la sentencia de fondo que habrá de dictar se circunscribirá a los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y a las excepciones que se hayan probado, se refiere el juez *a quo* al contrato de cuenta corriente bancaria, al reglamento del contrato de depósito en cuenta corriente, a los tipos de responsabilidad civil (contractual y extracontractual) y los presupuestos de esta para así arribar al caso concreto, del que señala que es preciso establecer si existió pago irregular de los cuatro cheques: el primero girado por la Corporación Las Villas y cuyo beneficiario era la actora y los demás girados por la demandante.

En cuanto al primer cheque, constata que en él aparecía el sello “para consignar únicamente en cuenta del primer beneficiario”, fue cobrado directamente por quien para la época fungía como representante legal de la demandante y disponía este de las debidas facultades para hacer el cobro. Alude a la Circular Externa 026 del 3 de

mayo de 1991 de la Superintendencia Bancaria, atinente a la restricción de la negociabilidad de los cheques, de la que destaca que el no negociable podrá ser válidamente pagado por el banco librado al beneficiario en forma directa o por la vía establecida en el segundo inciso del artículo 715 del Código de Comercio, salvo el caso de una norma legal que limite de manera específica el pago directo al beneficiario, como ocurre con el cheque fiscal.

Extracta apartes de la declaración del representante legal del Banco de Bogotá, en el sentido de destacar que los cheques fueron cobrados separados, uno por el representante legal de Mutual Maní y el legítimo girador (la Corporación AV Villas) no hizo reparo alguno; y los otros tres por sus respectivos beneficiarios en vista de que no tenían restricciones para el pago. Con base en esta prueba, indica el señor juez que no le queda duda de que el cheque fue cobrado por el primer beneficiario aun cuando haya sido pagado mediante consignación en once cuentas, entre ellas la del propio gerente, quien como tal dio la orden para efectuar esas consignaciones, situación que escapa a la esfera de seguridad del banco.

En relación con los otros tres cheques, que fueron cobrados por sus respectivos beneficiarios, el *a quo* señala que se pagaron con el lleno de los requisitos y con el cumplimiento de las medidas de seguridad que el Banco consideró adecuadas. Y que si bien el dictamen grafológico concluyó que son falsas las firmas de Sandra Victoria Gil

Guerrero impuestas en los cheques números J0111297 e I9223797, a simple vista parecían verdaderas por lo que el Banco ante esa falsedad no puede ser responsable, sobre todo si quien debía custodiar el giro de los cheques, contribuyó a la falsedad.

B. Contra el fallo mencionado, la parte actora interpone **recurso de apelación**, en el que aduce, en primer lugar, que la sentencia no tuvo en cuenta a los actuales titulares de los derechos litigiosos, para lo cual recuerda que la Empresa Solidaria de Salud Asociación Mutua de Maní Limitada -E.S.S. Mutua Maní Ltda-, fue incorporada a la Empresa Solidaria de Salud Es Más Salud Organización Cooperativa, E.S.S. Es + Salud, la que luego fue intervenida y puesta en liquidación, designándose a Banca y Gestión Limitada como liquidadora, firma que adelantó el proceso concluido mediante Resolución 253 del 31 de mayo de 2005 por la cual se declaró terminada la existencia de la última entidad mencionada, cediéndose los derechos litigiosos vinculados a este proceso a los acreedores relacionados en los listados que figuran a folios 297 a 305 del cuaderno 1. Y además señala que previamente el representante legal de la demandante le había cedido al apoderado el 10% de los derechos litigiosos.

En lo de fondo, el apelante reitera que la demanda se fundamenta en que el banco demandado pagó cuatro cheques con lo cual causó perjuicio patrimonial a la demandante. Precisa además que los cheques no se pagaron

en un mismo momento y dicho pago pudo haber dado lugar a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad extracontractual sin que se pueda predicar la existencia de acumulación indebida de pretensiones, en vista de que el pago de cada cheque corresponde a un hecho distinto.

Agrega además que la sentencia no tuvo en cuenta que están demostrados los elementos de la responsabilidad. Y al efecto, reitera que se encuentra acreditada la existencia de un contrato válido de cuenta corriente celebrado entre el banco demandado y la demandante, en cuya virtud adquirió aquel algunas obligaciones, como la de no pagar los cheques que no contaran con las firmas y sellos registrados.

Aduce el apelante que la Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas giró a favor de la entidad demandante el cheque I0967825 por \$189.689.137,29, que el banco demandado lo “confirmó telefónicamente”, según el sello impuesto al dorso; que en el cuerpo del título se acredita que el representante legal de la demandante endosó y entregó el cheque examinado para que fuera cobrado y su valor abonado en la cuenta del primer beneficiario como lo evidencian los sellos estampados y así lo entendió el banco porque procedió a colocar su sello de canje en el cuerpo del título, pero que finalmente el importe del título no fue efectivamente depositado en la cuenta abierta por Mutual Maní sino que con dicha suma se hicieron varias consignaciones en diversas cuentas de clientes del banco, entidad ésta que por consiguiente incumplió el contrato de

cuenta corriente, *“porque una vez cobrado no abonó su valor en la cuenta corriente de la Mutual Maní”* (f. 41, c. Tribunal).

Se refiere seguidamente al cheque I-9223797 por valor de \$280.000.000,00 expedido a nombre de Antonio Ibáñez, del cual señala que dicho título *“fue realmente girado por el gerente del Banco de Bogotá de Aguazul”* (f. 15, c. Tribunal), cobrado por el primero y su importe utilizado por el segundo para cubrir sobregiros bancarios existentes en esa oficina. Afirma que en relación con este título, el banco incumplió el contrato de cuenta corriente no sólo porque el gerente fue quien giró el cheque, sino porque no recibió confirmación de la tesorera, lo pagó sin sello y además abonó su valor en cuentas de terceros. Y lo mismo predica de los otros dos cheques.

C. Pues bien, a pesar del esfuerzo dialéctico del recurrente en intentar poner de presente que en este proceso se persigue la declaratoria de la responsabilidad contractual y extracontractual con base en hechos diferentes, es lo cierto que no precisa en la demanda cuáles hechos son soporte de la responsabilidad contractual y cuáles sustentan la extracontractual endilgada al banco.

En consecuencia, se impone que ante la vaguedad de la demanda en este punto, la Corte interprete el libelo, sin que por ello deba predicarse alguna especie de

incongruencia semejante a la que sirvió de base para el quiebre del fallo del Tribunal, pues al paso que allí se sustituyó la causa *petendi* por hechos diferentes con base en los cuales el Tribunal falló, en este caso, la Corte tomará únicamente los hechos descritos en la demanda, solo que como en ellos es notoria la imprecisión sobre la clase de responsabilidad, si contractual o extracontractual, que le atribuye la actora a cada evento, esto es, al pago de cada cheque, la interpretación del libelo es el camino apropiado en orden a fijar los contornos del pleito por el lado del actor. Obsérvese, para ahondar más en el punto, que en la demanda no se indicaron los fundamentos de derecho. Y las pretensiones, en la forma como quedaron redactadas, pueden dar lugar a entender que están fincadas tanto en uno como en otro tipo de responsabilidad.

Antes de proseguir en la búsqueda de la respuesta a la indagación anterior, debe dejarse sentado que a pesar de que existen corrientes doctrinarias que de tiempo atrás propugnan por la unidad de la responsabilidad civil, es lo cierto que en el derecho colombiano y particularmente en lo que hace a la jurisprudencia de la Sala, tales diferencias, positivamente identificables (referidas a la prescripción, solidaridad, capacidad para cometer delito o culpa y para ser responsable contractual, a la tridivisión de la culpa predicable de la responsabilidad contractual, a la constitución en mora, a la prueba de la culpa, etc.), deben ser tenidas en cuenta en tanto de ellas se derive una

consecuencia jurídica de interés. En ese sentido, la Corte ha reconocido en ciertos eventos la irrelevancia de la distinción, como en la responsabilidad por productos defectuosos (Cas. Civ. del 30 de abril de 2009, exp. 25899 3193 992 1999 00629 01).

Pero en casos como el de esta especie, resulta importante resaltar que la cabal dilucidación del tipo de responsabilidad incidirá, en el evento de quedar acreditados los elementos que la integran, en el alcance y tipo de perjuicios que puedan reconocerse. En efecto, cuando el juzgador -acatando los lineamientos que la demanda perfila y haciendo uso de su facultad de interpretarla cuando ella no ofrece la necesaria claridad-, ubica el caso en un tipo de responsabilidad, extracontractual o contractual derivada de incumplimiento de obligaciones civiles o mercantiles, debe tener presente, si de responsabilidad civil extracontractual se trata, que la indemnización integral -principio inherente a la Responsabilidad Civil y positivamente consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998- comprenderá el daño emergente actualizado desde el momento de su causación hasta cuando es pagado, junto a intereses legales civiles o puros, así como el lucro cesante en la cuantía que logre acreditarse. Pero si de responsabilidad contractual se trata, debe tener en cuenta que en ésta el régimen de la mora impone, cuando el caso versa sobre obligaciones dinerarias, su fijación con base en la tasa legalmente aplicable: si la del contrato o la supletiva de la ley, comercial o civil.

Sobre el punto señaló la Corte, que

la indemnización integral de todo daño consagrado en el artículo 2341 del Código Civil en armonía con el artículo 1649 del mismo Código, implica en la hipótesis en estudio, diferente de la contractual mercantil tratada en otra ocasión por esta Corporación (sentencia 008 del 24 de enero de 1990, aún sin publicar), el derecho que tiene la víctima o primer beneficiario del cheque cruzado, en cuyo favor se expidió, a la reparación de todo el daño sufrido con el pago irregular de dicho cheque que comprende, de una parte, el daño emergente integrado por el valor del importe del cheque y, si fuera el caso, la corrección monetaria como reparación de la devaluación monetaria sufrida como consecuencia de dicho deterioro, y, de la otra, el lucro cesante representado en la ganancia dejada de percibir por el pago irregular, constituido generalmente por los intereses legales moratorios (o más bien de retraso) de carácter civil y no comercial, dejados de percibir (art. 1617 del C. C.), y que no opera como indemnización moratoria, normalmente extraña, como ocurre en el caso sub examine, a la responsabilidad extracontractual, sino como complemento en la indemnización por el rechazo perjudicial real del pago de ella, que se presenta entre la comisión del daño y la sentencia que la declara o la fecha en que debe hacerse, ya que a partir de este instante surge la exigibilidad (art. 334 C. de P. C.) y posibilidad de mora (Cas. Civ. del 15 de febrero de 1991, G.J. CCVIII, pág. 68).

Pues bien, si se parte del hecho de que en la responsabilidad civil contractual el deber jurídico concreto, esto es, el vínculo obligacional, preexiste a la causación del

daño y su incumplimiento precisamente es lo que la origina, la diferencia específica con la responsabilidad extracontractual radica en que en esta el incumplimiento se predica de un deber genérico de no causar daño a un tercero, conforme a las previsiones del artículo 2341 del Código Civil.

De ahí que, por la vía de la interpretación de la demanda, pueda colegirse fácilmente que aun cuando en este caso se hable de responsabilidad extracontractual pero sin atribuirla en concreto al pago de alguno de los cheques, al predicar el pago irregular tanto de los cheques girados de la cuenta corriente de la demandante como del otro consignado en esa misma cuenta, pero girado por un tercero (Corporación Av Villas) a favor de la actora, ubica ésta los hechos con relevancia jurídica que soportan su petición en la órbita de la responsabilidad contractual. Así hay que entenderlo porque en el primer caso -tres cheques girados de la cuenta de la actora- le atribuye ésta al banco incumplimiento del contrato y en el segundo, porque le endilga no haber abonado el importe en la cuenta donde se consignó, imputándole además haberse sustraído al cumplimiento de la ley de circulación del título.

Con todo, debe quedar claro que la elucidación de qué tipo de responsabilidad cabe predicar en este caso, con base en la interpretación de la demanda, no excluye –salvo prohibición legal- el que pueda incoarse en forma

simultánea una pretensión extracontractual y otra contractual, siempre que se cumplan los presupuestos que, para la acumulación de pretensiones, establece el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

1. En relación con el cheque I-0967825 girado el 18 de agosto de 1999 por la suma de \$189.689.137,29, a favor de Mutual Maní Ltda., la Corte observa, a partir de las copias aportadas por las partes (fls.11 y 66, c. 1) que en el anverso del mismo figura un sello de cruce con leyenda inserta que dice “para consignar únicamente en ... ilegible... del primer beneficiario”, y que ambas partes (en el hecho 5.7 de la demanda –f. 32- y en la contestación al hecho 5.8 – f. 81, así como en el interrogatorio de parte absuelto por el representante del banco (f. 625, c. 3), han coincidido en que allí se estampó la leyenda “para consignar únicamente en la cuenta del primer beneficiario”; y también otro sello de la oficina del Banco de Bogotá en Yopal que recoge la leyenda de “pagado en canje” el 24 de agosto de 1999, al paso que en el dorso del mismo figuran tres sellos: el primero, en el cual la oficina del banco en Aguazul (la de la cuenta de la demandante) certifica que el cheque fue consignado en la cuenta del primer beneficiario; el segundo, de “canje”, procedente de la oficina de la entidad en Aguazul, del 19 de agosto de 1999; y el tercero, asimismo de “canje” de la oficina de Yopal y fechado el 24 de agosto de 1999. En el reverso así mismo figura que el cheque está endosado por la empresa demandante con firma que al parecer es del señor James Abella, gerente de la entidad, unido a un sello

húmedo. Y también figura sello en que se hace conocer que el mencionado título fue confirmado telefónicamente el 25 de agosto de 1999.

De todo ello se concluye que el cheque fue entregado el 19 de agosto a la oficina del Banco de Bogotá en Aguazul, donde tiene la actora su cuenta corriente, al ser consignado allí. El banco no sólo le estampó el sello de canje, lo que excluye que haya sido pagado por caja o ventanilla, sino que certificó su consignación en la cuenta corriente de la depositante, Mutual Maní Ltda. La oficina de Aguazul remitió el título a la de Yopal, la que vistos los sellos correspondientes, procedió a pagarlo, lo que en otras palabras significa, que procedió a debitar de la cuenta de la giradora, Corporación Av Villas, el monto del título, correspondiéndole a la oficina de Aguazul acreditarlo o abonarlo en la cuenta de la actora, tal como lo había certificado, lo que no ocurrió y supuso una violación a la obligación contractual del Banco, prevista en la cláusula 12 del *“reglamento de depósito en cuenta corriente bancaria persona jurídica”* del banco demandado (f. 363, c. 3)², a cuyo tenor *“las consignaciones hechas en cheques serán acreditadas definitivamente en la cuenta del cliente después de que éstos sean pagados total o parcialmente”*, pago que, como ya se hizo notar arriba, acaeció el 24 de agosto de 1999. Por el contrario, como expresamente lo admite el representante de la entidad financiera demandada (f. 626, c.

² Documento aportado a la diligencia de interrogatorio de parte al representante legal de la demandante (f. 379 c. 3)

3) y lo corroboró el dictamen pericial rendido en primera instancia (fls. 52 y 53, c. 3), el total de este cheque fue distribuido entre varias cuentas corrientes, incluida la personal del gerente de la Mutual demandante, abiertas en la misma oficina del banco.

En otras palabras, en este caso resulta claro para la Corte que la demandante consignó el título valor acatando las restricciones impuestas por el girador. Pero para deducirle a la entidad financiera demandada responsabilidad civil lo fundamental no estriba en si cumplió o no cumplió con las limitantes que imponen el sello de cruce y restricción estampado, sino en que no honró su obligación contractual de abonar el importe del título en la cuenta de quien lo consignó, como beneficiario del cheque y cuentacorrentista suyo.

Esta conclusión enerva, por consiguiente, los planteamientos que a lo largo de la contestación de la demanda aduce el banco demandado, a modo de excepciones, referidos a que como en los formularios de cheques pre impresos por este, dejó estampada la leyenda “o *al portador*”, a continuación del espacio destinado a ser llenado con el beneficiario del título, y dicha leyenda no fue tachada por el girador, tal título en realidad debería considerarse como al portador, por lo que si fue pagado por ventanilla para luego distribuir su valor en cuentas abiertas por el banco a distintos titulares, se habría producido un pago regular, a más de haber sido descargado allí por el

gerente de la Mutual; consideraciones que pone de presente para resaltar la irrelevancia de que el título haya sido pagado por ventanilla y el hecho de que su importe hubiere sido entregado a quien fungía de gerente de la Mutual, en su condición de tal. Y se dice que quedan enervadas dichas consideraciones exceptivas, porque más allá de todo eso, y del ingenioso argumento de invocar una leyenda pre impresa que está enteramente desmentida con el sello restrictivo que el librador deliberadamente impuso en el cheque, lo cierto es que el efecto negociable, de acuerdo con lo expuesto, fue consignado en la cuenta de la actora, en esa calidad lo recibió el banco, sin embargo de lo cual su importe no le fue abonado a aquella.

Por lo mismo, resulta intrascendente examinar la conducencia del concepto emitido por la Superintendencia Bancaria, traído a los autos para justificar el pago que se alegó haber sido hecho por ventanilla a quien era beneficiario de un cheque girado para abono en cuenta, pues, se itera, tal título fue consignado por su tenedora, la actora, como el propio banco lo hizo constar en el anverso al certificar la consignación en la cuenta del primer beneficiario, sin que correlativamente se hubiere producido el abono del importe en dicha cuenta.

De suerte que para la Corte está cabalmente establecido el hecho del pago irregular del título valor que se examina, y, esencialmente, en un todo conforme a lo aducido en el hecho 5.8 de la demanda, está demostrado

que ese título fue pagado o descargado pero su importe no fue abonado en la cuenta de quien lo consignó, primera beneficiaria y cuentacorrentista, la entidad demandante. En lo que hace a este título, en principio y antes de analizar las excepciones propuestas, el banco resultaría contractualmente responsable por violación del contrato de cuenta corriente, al encontrarse incurso en incumplimiento desde cuando debió haber abonado el importe del título en la cuenta de la beneficiaria, esto es, desde el 24 de agosto de 1999. Y en mora desde la fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda, de acuerdo con el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, con la modificación introducida por el Decreto 2282 de 1989.

Tratándose de una obligación mercantil dineraria, resulta claro que su incumplimiento daría lugar al cobro de intereses moratorios, según lo dicho, pero en este caso tal condena no puede imponerse porque expresamente en la demanda lo que se pidió fue que se condenara al banco a pagar el importe del título actualizado y que sobre la suma resultante se aplicara la tasa de interés bancario corriente (puntos 5.10 y 5.24 de los hechos y pretensión sexta).

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en su fallo, el Tribunal condenó al banco a pagar la suma que dedujo, con dos limitantes que la Corte debe respetar en virtud de no haber sido cuestionados en sede casacional, según luego se explicará: en primer lugar, empleó la

corrección monetaria y a la suma indexada le aplicó el interés legal previsto en el artículo 1617 del Código Civil y no los intereses corrientes que la demandante solicitaba.

Y en segundo lugar, aplicó el Tribunal la que denominó como <compensación de culpas>, pues, tomando pie en el delito como fuente exclusiva de resarcimiento de los perjuicios incoados en la demanda, llegó a la conclusión de que en ese comportamiento delictuoso tuvo participación efectiva en la causación de aquellos perjuicios, la conducta del representante legal de la empresa demandante, a resultas de lo cual, en aplicación del artículo 2357 del Código Civil, redujo la condena a cargo de la demandada y recurrente en casación, en un cincuenta por ciento.

Como se anticipó, las anteriores fronteras deben ser respetadas por la Corte de conformidad con su posición jurisprudencial reiterada.

Ha dicho, en efecto, que

no obstante que el ordenamiento jurídico le confiere al recurso de casación la realización de fines generales y públicos de indiscutible importancia, como los de nomofilaquia y unificación de la jurisprudencia nacional que, en cuanto tales, trascienden del interés meramente particular, no por esa circunstancia deja de ser un medio de impugnación puesto al servicio de las partes para que obtengan la aniquilación de aquellas decisiones

judiciales que les causen un agravio, particularidad de la que ha de inferirse, entonces, que, como acontece con la apelación, la casación se interpone únicamente contra las decisiones desfavorables al recurrente, razón por la cual la Corte no puede, por regla general, hacer más gravosa la situación del único impugnante (Cas. Civ, del 17 de abril de 1998, Exp. 4680)

Sobre la aplicación de la referida limitación en casación, es de destacar que la Corte se ha abstenido de casar fallos por razón de dicha limitante. Dijo por ejemplo que

siendo aceptable la acusación el fallo debería casarse, pero la Corte se abstendrá de hacerlo porque al entrar a resolver como tribunal de instancia se encontraría en el evento de tener que absolver de este extremo a la parte demandada, toda vez que no hay en el juicio prueba alguna de los daños o deterioros por cuya causa se solicita indemnización de perjuicios; y si hubiera de absolverse en el particular, se agravaría en el recurso la situación de la parte recurrente, lo cual no es posible, porque quien recurre en casación aspira a mejorar su situación en el juicio. El principio de la reformatio in pejus, consagrado en el artículo 494 del C. Judicial, es aplicable en casación, según lo ha resuelto la Corte". (Cas Civ. del 8 de marzo de 1966, T. 115 No. 2280, p. 173. Y en el mismo sentido, Cas. Civ. del 21 de septiembre de 1992, G.J. CCXIX II semestre, p. 448).

En ocasión más reciente apuntó:

aunque el cargo permitiría la posibilidad de infirmar la sentencia impugnada porque la nulidad absoluta, según se explicó, provino de protuberantes errores de hecho en que incurrió el sentenciador y, por lo mismo, no debió decretarse, no hay lugar a hacerlo porque, como consecuencia de la casación, el proveído de sustitución que debe dictarse haría más gravosa la situación de la parte impugnante, en contra del principio prohibitivo de la no reformatio in pejus, cuya aplicación significa que siendo este recurso un medio legalmente instituido para enmendar errores judiciales en procura de “reparar los agravios inferidos a las partes en la sentencia recurrida”, lo cual constituye uno de los fines atribuidos a él en el artículo 365 del C. de P.C., no deviene admisible agravar, ante su prosperidad, la situación de la parte recurrente, que es lo que ocurriría en cualquiera de las hipótesis posibles de un fallo sustitutivo (Cas. Civ. del 16 de abril de 2002, Exp. N° 7255)

2. En cuanto al Cheque I-9223797 girado el 29 de diciembre de 1999 por la suma de \$280.000.000,00 a favor de Antonio Ibáñez, se observa que en su anverso se estampó un sello por parte del cajero No. 4 de la oficina del banco demandado en Aguazul, de fecha 29 de diciembre de 1999, que da cuenta del pago en efectivo. En el dorso del mismo se reproduce el sello antes mencionado, figuran dos leyendas alusivas a la confirmación telefónica del cheque, realizada a las 9:30 de la mañana el 29 de diciembre de 1999, así como otra que alude a que se ha confirmado a las 10 de la mañana con “James Abella gerente”. Y particularmente se aprecia la leyenda que dice “páguese sin

sello” seguida de dos firmas que denotan similitud con las que se encuentran registradas en la tarjeta de firmas correspondiente a la entidad demandada.

El problema jurídico que encarna la exoneración de un requisito (sello) que, a nivel general, se había convenido entre banco y persona jurídica cuentacorrentista para los giros y subsecuentes pagos de los cheques, supone establecer si esta modificación *in situ* resulta válida, como lo arguye el banco, lo que lleva a esclarecer si el mero hecho de ser consensual el contrato de cuenta corriente bancaria legitima que una de las partes, la entidad cuentacorrentista -para un asunto típicamente regulado por cláusulas y requisitos preestablecidos por el banco y admitidos por la actora, y que apuntan a brindar seguridad en la operación de giro y pago de cheques-, pueda establecer, *ad hoc*, excepciones a lo pactado.

Estima la Corte que cuando, como en el caso que ocupa su atención, la entidad que celebra con el banco el contrato de cuenta corriente bancaria establece seguridades para el pago de los cheques que incorporan firmas múltiples y precauciones de otro orden, que van más allá de la sola firma del representante legal, entender que la sola autorización de este pueda hacer cesar la exigibilidad de los demás requisitos, es tanto como hacer nugatorias, en un contexto por demás sospechoso, todas dichas precauciones establecidas por la persona jurídica titular de la cuenta

corriente, y que corresponden, estas sí, inequívocamente a su voluntad.

Es claro que si la cuentacorrentista entendiera que la sola voluntad del representante legal fuera suficiente para ordenar el pago de un cheque, no existiría ninguna razón para que hubiera procedido a determinar requisitos de seguridad adicionales a su sola firma, de tal forma que si se admitieran de forma irrestricta la supresión de seguridades para proceder al pago inmediato de un cheque, conduciría ello a comprometer los principios de la buena fe (art 871 del Código del Comercio), de la diligencia, idoneidad así como la competencia que se debe predicar del profesional bancario (Cas. Civ. de 3 de agosto de 2004, exp. No. 7447), sobre todo si éste, al inicio de la relación contractual, se preocupó por rodear la entrega de chequeras, la identificación del titular y de las personas autorizadas para manejar la cuenta, las firmas autorizadas y los sellos que deben figurar en cheques girados por el librador, y en fin, la interacción con la actividad bancaria por el lado del girador, de toda suerte de seguridades y precauciones en orden a eliminar o por lo menos mitigar los riesgos inherentes a estas operaciones. Esas previsiones en últimas llegan a significar una coraza que brinda confianza a los usuarios y en primer lugar a la persona jurídica titular de la cuenta, dirigida por gestores que como tales, no son propietarios de los recursos que administran, dado que pertenecen a la entidad administrada.

Y esa confianza acerca del celo profesional que el banco debe de imprimir a su actividad y que hace surgir la legítima expectativa de esperar de la entidad crediticia un actuar diligente y avezado en lo suyo -la banca y la aminoración de sus riesgos- no puede legítimamente resultar frustrada, por el simple hecho de que el establecimiento claudique sin más, y en contextos como el que de estos autos, entienda modificado un contrato de cuenta corriente, en lo que hace a los requisitos exigibles para el giro regular y pago subsecuente de cheques, con notas estampadas en el propio cheque que decide pagar en contra de lo convenido con antelación al giro del mismo.

La consideración aducida por el banco en el sentido de que el incumplimiento de las instrucciones de pago establecidas por el titular de la cuenta como pacto anexo al contrato de cuenta corriente, mediante excepciones establecidas en el mismo cheque de cuyo pago regular se duda, se justifica por la modificación del acuerdo, no resiste el menor análisis si, en adición a lo anterior, se tiene presente que el representante legal es una persona física que administra, es decir un sujeto que no es propietario de los recursos depositados. Tomando pie en esa consideración, ha de concluirse que, permitir una enmienda de ese linaje al convenio, es tanto como indicar que en veces el mismo defraudador tendría a su alcance el instrumento para dejar sin efecto las precauciones diseñadas por vía

general por el interesado en proteger la integridad de sus recursos, con la anuencia del profesional financiero.

A lo anterior se suma el hecho, determinante, de que en el contrato de cuenta corriente bancaria celebrado entre el Banco de Bogotá y la empresa Mutua de Maní se estipuló, de conformidad con el reglamento preestablecido por aquel, que el banco

de acuerdo con las disposiciones legales y cláusulas contractuales, se obliga a pagar los cheques que hayan sido librados en la chequera entregada o autorizada al titular de la cuenta, a menos que exista justa causa para su devolución o que presenten a juicio del banco apariencia de falsificación o adulteración apreciables a simple vista en el esqueleto del cheque, en la expresión de la cantidad, en las firmas o sellos registrados en las oficinas del banco, en las demás especificaciones que debe contener todo cheque” (F. 362 C. 3, se subraya).

De suerte que en virtud del contrato, la verificación o cotejo que el banco debe efectuar a la hora de decidir si paga un cheque, y en lo que hace únicamente al aspecto que acá interesa, necesariamente tiene como parámetro de comprobación las tarjetas denominadas por el banco como de “apertura-registro de firmas e información de cuentas corrientes”, confrontación que se extiende a la firma y a las demás seguridades que, como el sello que se echa de menos

en este cheque, cuentahabiente y banco pactaron y que, por lo dicho, no pueden para un título en particular, y en el mismo instrumento, ser modificadas unilateralmente pues la variación deberá constar en la aludida tarjeta, o naturalmente en la que la sustituya.

En el contexto de lo anotado, salvo que se trate de una cuenta corriente abierta por una persona natural en la cual el girador sea el mismo titular, no deberían resultar de recibo las constancias impuestas sobre un cheque en particular orientadas a dejar sin efecto cualquiera de las seguridades establecidas en la tarjeta de registro de firmas, incluso si la instrucción se pretende impartir con el lleno de las demás seguridades que en la misma hubieren sido establecidas.

Por este pago irregular, el banco es responsable contractual. Y, como ocurre con el anterior cheque, en este son enteramente aplicables las consideraciones que tuvo la Corte para mantener las fronteras ya mencionadas.

3. En cuanto hace al cheque J-0111297 girado el 7 de marzo de 2000 por la suma de \$5.000.000,00 a favor de Edgar Segundo Fuentes, a simple vista se aprecia un sello notoriamente diferente del registrado en la tarjeta de firmas, motivo por el cual le son aplicables las mismas

consideraciones antes efectuadas, en punto a su pago irregular, a más de que

“(...) Como es muy claro que el registro en el banco de la firma del titular de la cuenta corriente se halla en función del contrato respectivo, para seguridad de ambas partes, como también en orden a la asunción del riesgo bancario que funda la presunción de responsabilidad por el pago de cheques adulterados, debe colegirse que en la ejecución del contrato el banco tiene que ajustarse estrictamente a los términos de la convención, entre ellos verificar si el cheque que se le presenta para su pago está completo en cuanto a las firmas y sellos se refiere, a riesgo de que incurra en responsabilidad contractual, por incumplimiento de ese pacto” (CSJ SC 91-1994 del 27 de julio de 1994, rad. 4366)

En estricto sentido el cheque no puede considerarse falso (art. 732 C. de Co) ya que el sello impuesto sobre el título valor es tan diferente de aquel que aparece en la tarjeta de firmas que no dable entender que existiera la voluntad de imitarlo; ni tampoco puede tenerse como extraviado (art. 733 C. de Co.), ya que tal como consta en su reverso, fue cobrado por el gerente de la demandante.

4. Y en lo relacionado con el cheque J-0111296 girado el 16 de marzo de 2000 por la suma de \$10.000.000,00 a favor de José Kelly Ospina, es de advertir que en la demanda la actora alude a que fue presentado sin

sello, no obstante lo cual las copias que obran a folio 67 del cuaderno 1, aportada por la demandada, y a folio 20 del mismo cuaderno, aportada por la actora, evidencian la imposición de un sello que no se demostró fuera diferente del registrado en la tarjeta de apertura-registro de firmas e información de cuentas corrientes (fl. 364 c. 3). No existe en el expediente prueba alguna que desmienta ese aserto contundente.

D. Además de la excepción ya examinada y descartada, alegada por el banco con la finalidad de enervar las pretensiones referidas al cheque por \$189.689.137, la entidad formuló otras, a cuyo examen procede la Corte.

1. “Pago regular y válido de los cheques”, “enriquecimiento sin causa, porque el banco no está obligado a reconocer ninguna suma por indemnización en tanto fueron válidos los pagos de los cheques” e “inconcurrencia de los presupuestos axiológicos de la responsabilidad mal pretendida”, sustentadas en que el banco cumplió las obligaciones derivadas del contrato, constituyen excepciones que se traducen en la simple oposición a las pretensiones, más que en la alegación de otros hechos que se adicionen a los de la demanda y configuren un contorno ampliado sobre el cual deba versar la decisión judicial.

Sin embargo, es de destacar que en su escrito de contestación, cuando se refiere a los hechos de la demanda (fl. 81 c. 1), el banco hace expresa alusión a que en los esqueletos o formatos de cheques que la institución bancaria suministra a sus clientes, se encuentra preimpresa, a continuación del espacio destinado a designar al beneficiario, la cláusula “o al portador”. Hace referencia a un concepto de la Superintendencia Bancaria, del 19 de julio de 1973, en el que se dice que *“si un cheque en que aparezca impresa la cláusula ‘o al portador’, el librador lo gira a una persona determinada sin tachar aquella expresión, el título es al portador y negociable por lo mismo mediante la simple entrega”* (f. 81 c. 1). Pero ya se examinó la intrascendencia de este medio exceptivo, en atención a que la actora, primera beneficiaria, fue la que lo consignó en su cuenta corriente, y no un tercero, y por tanto, dicho efecto no fue pagado por ventanilla, descartándose la hipótesis de que *“una persona distinta lo presentó al banco para su pago”* (f. 82 ídem).

2. “Culpa exclusiva del demandante” e “incumplimiento del demandante en las obligaciones contractuales” por haberse sustraído a su obligación de guarda y custodia del talonario y de los cheques librados, así como de no informar oportunamente al Banco sobre eventuales pérdidas, sustracciones o extravíos. Estas excepciones se fincan además en el hecho de haber cometido la demandante culpa directa, *in eligendo* o *in vigilando*, al no observar la

precaución y el cuidado debidos para vincular a empleados de confianza y manejo de su empresa.

Al respecto baste indicar que tanto la culpa exclusiva del demandante, por todas las razones que expone la entidad demandada, como el hecho de un tercero, para tener la virtualidad de suprimir la responsabilidad que se le imputa al banco, a más de tener que quedar establecidos plenamente en el proceso, deben no confluir con la conducta antijurídica que se le achaca al banco. Pues, si como ocurre en este caso, se encuentra demostrado el incumplimiento contractual del banco y su relación con el daño, dichas alegaciones no pueden salir avantes, son inanes para enervar la responsabilidad del establecimiento de crédito, pues ni la culpa sería exclusiva del demandante, ni es dado predicar la ruptura del nexo causal.

3. Prescripción y caducidad, que se sustentan en el hecho de que la demandante conocía desde el 29 de diciembre de 1999 del pago que el Banco de Bogotá había hecho del cheque que por \$189.689.137,29 hizo, y sin embargo sólo hasta el día 5 de mayo de 2000 hizo mención de algunos hechos y hasta el 29 de septiembre de 2000 el Banco fue notificado de la demanda, de lo cual se sigue que transcurrieron 13 meses desde el pago del cheque de \$189,689,137.29 y nueve meses desde el pago del cheque de \$280.000.000,00. Seguidamente, pasa a señalar, en relación con todos los títulos valores litigados, que enviados

como fueron mensualmente los extractos de cuenta corriente a la demandante, ésta no elevó ningún tipo de reclamación dentro de los 15 días siguientes a su recibo, ni judicialmente reclamó dentro de los seis meses siguientes.

a. De acuerdo con el reglamento que rige el contrato de cuenta corriente celebrado por las partes,

el banco enviará al cliente, por lo menos una vez al mes, un extracto del movimiento de su cuenta en el respectivo periodo, conservando los cheques originales que haya pagado, los cuales estarán a disposición del cuentacorrentista desde la fecha de corte de la cuenta. Si el titular de la cuenta no objetare el extracto dentro de los 15 días siguientes a la fecha de corte se entenderá finiquitada por éste la cuenta hasta esa fecha.

En este caso, baste señalar que no hay prueba alguna en el expediente de que el banco haya remitido el mentado extracto al cuentahabiente. De suerte que, al margen del perentorio plazo de quince días que el reglamento señala para entender finiquitada la cuenta, es lo cierto que no hay forma de estructurar la prueba de la caducidad o de la prescripción alegadas.

Aparte de lo anterior, varios puntos deben acá despejarse.

b. En primer lugar, la estipulación en el contrato de cuenta corriente bancaria de un plazo de 15 días contados desde la fecha de corte –ni siquiera desde el envío del extracto mensual-, para entender finiquitada la cuenta si el cuentacorrentista no la objeta, pareciera ser la aplicación a este típico contrato bancario de una previsión normativa contemplada para un contrato diferente –el contrato de cuenta corriente mercantil (artículo 1259 del Código de Comercio)-, cuya inclusión en la esfera del contrato bancario deviene ineficaz, así como la cláusula que se examina, si con ella se pretende, cual lo hace el banco demandado, derivar de allí una reducción del término de caducidad semestral consagrado por el artículo 1391 del estatuto mercantil, que es el único que tiene consagración legal respecto del contrato de cuenta corriente bancaria.

Porque, como de antaño lo tiene averiguado la jurisprudencia, y recientemente tuvo oportunidad la Corte de refrendar su posición, cosa que ahora vuelve a hacer,

al obedecer al orden público, ius cogens o derecho imperativo de la Nación, la caducidad excluye toda posibilidad de disposición, modificación, reducción, ampliación, interrupción o suspensión, corre inexorable e infaliblemente a partir del momento predispuesto en el factum normativo, a cuya verificación el efecto jurídico consecuente e inmediato es la extinción completa, absoluta y definitiva del derecho. En tal virtud, la caducidad es de origen legal y no se confunde con las impropiaamente llamadas “cláusulas negociales de caducidad”, genuinos plazos preclusivos con efectos extintivos, por la posibilidad de su disposición ulterior, sea para su terminación, ora variación e

incluso renuncia a sus efectos producidos (Cas. Civ. de 28 de abril de 2011, exp. 41001-3103-004-2005-00054-01).

Pero además, es lo cierto que una cláusula como ésta sobre la cual pretende la entidad bancaria sustentar la excepción que se analiza, al dejar en manos del ente financiero el inicio del conteo del corto término de 15 días que tiene el cuentahabiente para objetar un extracto, que además le llega después de que ese plazo ha comenzado, cláusula que pone en clara situación desventajosa al cuentahabiente, quien por lo general no la discute ni pacta por cuanto tal estipulación se encuentra prevista en un clausulado preestablecido por el banco, debe ser considerada como cláusula abusiva, y por este aspecto también ineficaz, pues al tenor de lo que sobre estas ha predicado la Corte

son ‘características arquetípicas de las cláusulas abusivas – primordialmente-: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe comercial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes’ (cas. civ. de 2 de febrero de 2001; exp: 5670)” (Cas. Civ. del 13 de diciembre de 2002, Exp. 6462)³

³ Sobre cláusulas abusivas en contratos bancarios, véase Cas. Civ del 4 de julio de 2013, en la que la Sala reprodujo lo que antes había doctrinado: “Los bancos, es cierto, ejercen una posición dominante en las operaciones activas y pasivas que realizan con los usuarios de sus servicios, la cual se concreta en la hegemonía que pueden ejercer para imponer el contenido del contrato, en la determinación unilateral

c. En segundo lugar, si de acuerdo con el referido artículo 1391 del Código de Comercio, dispone el cuentacorrentista con seis meses contados desde cuando el banco le envió la información atinente al pago de un cheque que aquel considere falso o cuya cantidad se haya alterado, este plazo no aplica al primer cheque que se dejó analizado, esto es, al girado por la Corporación Av Villas (No 646-02904-1 del Banco de Bogotá de Yopal por la suma de \$189.689.137, 299), pues lo que se disputa no es su falsedad sino si su pago fue o no fue irregular, y en general por cuanto no fue girado por la demandante.

Cumple señalar, por lo demás, que lo relacionado con este título, atañe en esencia a una diferencia en la ejecución del contrato de cuenta corriente para cuya invocación en juicio, el legislador no previó plazo de caducidad o de prescripción algunos, a consecuencia de lo cual, en lo que a esta última concierne, resulta aplicable el plazo general de prescripción extintiva a que alude el artículo 2536 del

de su configuración y en la posterior administración de su ejecución, como lo ha señalado esta Corporación. Y esto no puede ser de otra manera, por ser los servicios financieros una actividad que demanda masivamente la población y por lo tanto debe prestarse en forma estandarizada para satisfacer las necesidades de ésta, con la dinámica y agilidad que la vida contemporánea exige (...) Pero de allí no puede seguirse que la entidad bancaria, prevalida de su posición fuerte en el contrato, no haga honor a la confianza que en ella deposita el usuario y abuse de la posición de privilegio en la convención. De hacerlo, estaría faltando claramente al deber de buena fe que para el momento de perfeccionarse el contrato impone a las partes el artículo 871 del Código Comercio. Precisamente, ese deber, entendido como un comportamiento probo, obliga a quien impone el contenido negocial, mayormente cuando el contrato es por adhesión o estandarizado, a no abusar de su posición dominante, o lo que es lo mismo, a abstenerse de introducir cláusulas abusivas que lo coloque en una situación de privilegio frente al adherente, porque de lo contrario estaría faltando a esa buena fe que le impone el sistema jurídico con las consecuencias legales que ello implica” (sentencia del 14 de diciembre de 2011, exp. 2001-01489)

Código Civil, superior en todo caso a los tiempos indicados en la contestación de la demanda.

Porque es importante tener en cuenta que la presentación de la demanda se hizo el 23 de mayo de 2000 (folio 39 vuelto), fue admitida mediante auto del 31 de mayo de 2000 (folio 42), notificado al demandante por estado el 2 de junio de 2000 (f. 45 vto.) y personalmente al banco demandado, por conducto de su apoderada nombrada para el efecto, el 29 de septiembre de 2000 (folio 62).

Para la fecha de presentación de la demanda estaba vigente el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil de acuerdo con la modificación que le introdujo el decreto 2282 de 1989. Su inciso primero señalaba que

la presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquélla, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro de los ciento veinte días siguientes a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado.

Pues bien, como es notorio que la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado se hizo dentro de los 120 días siguientes a la notificación de esa providencia a

la actora, debe tomarse la fecha de presentación de la demanda para efectos de entender que a partir de allí se interrumpió la prescripción o la caducidad.

d. En cuanto hace al cheque I-9223797 girado el 29 de diciembre de 1999 por la suma de \$280.000.000,00 a favor de Antonio Ibáñez, es de resaltar que fue pagado en efectivo ese mismo día por la oficina del banco en Aguazul.

En el escrito de contestación, el banco indica que debe tenerse como probado por confesión el hecho de que la actora conocía que desde el 29 de diciembre de 1999 se había hecho el pago de este cheque (F. 87). Sin embargo, lo que indica la demanda, en su punto 5.13, es que los directivos de la actora se habían percatado de que el banco, *“el día 29 de diciembre de 1999, pagó de la cuenta corriente de la mutual el cheque”*.

Pero sea como fuere, incluso si se tiene en cuenta esa data, lo cierto es que para la fecha de presentación de la demanda (23 de mayo de 2000) no habían transcurrido los seis meses de que trata el artículo 1391 del Código de Comercio, igualmente inaplicable ya que la censura formulada al establecimiento de crédito demandado deriva del incumplimiento de las instrucciones impartidas por la demandante para el pago de los cheques y no a su falsificación o adulteración (lo pagó sin el sello registrado).

e. En lo que hace al cheque J-0111297 girado el 7 de marzo de 2000 por la suma de \$5.000.000,00 a favor de Edgar Segundo Fuentes, pagado en efectivo el 7 de marzo de 2000, y en el que se halló que el sello es totalmente diferente del registrado por la cuentahabiente, las mismas consideraciones precedentes le son aplicables, si en cuenta se tiene que tampoco corresponde la censura del pago a un caso de cheque falso y que la demanda se presentó el 23 de mayo de 2000.

E. Surge entonces que el banco es responsable respecto de tres de los cuatro cheques en los que se basa la demandante para reclamar la declaración y pago de perjuicios, y por ello resultó útil el quiebre del fallo del Tribunal. Asimismo, resulta claro que la Corte debe respetar las dos limitantes que favorecieron al banco demandado (la denominada por el Tribunal <compensación de culpas> e indexación más intereses legales) en esa sentencia, por lo cual, para la liquidación en concreto de la condena a su cargo hasta la fecha de la sentencia, la Corte procederá de conformidad con la fórmula de indexación que usó el *ad quem*, a partir del índice de precios al consumidor publicado por el DANE en su página web⁴.

4

http://www.dane.gov.co/Dane/vistaCuboGenerico.jsf?xml=../server/all/deploy/Dane.ear/Dane.war/WEB-INF/queries/Cubo_Indice_IPC.mondrian.xml&docDescription=Indice%20de%20Precios%20al%20Consumidor%20-%20IPC&jsp=mondrianResourceSectorIndices&properties=dimensionSectorIndices.properties&img=images/banner.jpg

$$VA = VH \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}$$

De donde:

VA= Valor actualizado

VH = Valor histórico que corresponde al valor del cheque

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor correspondiente al mes de proferida la sentencia

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor correspondiente al mes en que fue irregularmente pagado

1.) Cheque I-0967825 girado el 18 de agosto de 1999 por la suma de \$189.689.137.29, a favor de “Mutual Maní”:

$\$189.689.137.29 \times 113.75 \text{ (IPC junio 2013)} / 56.05 \text{ (IPC del mes de su cobro ilegal en agosto de 1999)} = 384.962.343.74$

Intereses (6% anual o 0.5% mensual)= 13 años y 10 meses= 83% = \$319.518.745,30

SUBTOTAL: \$704.481.089,00

2.) Cheque I-9223797 girado el 29 de diciembre de 1999 por la suma de \$280 millones a favor de Antonio Ibáñez:

$280.000.000,00 \times 113.75 \text{ (IPC junio 2013)} / 57 \text{ (IPC del mes de su cobro ilegal en diciembre de 1999)} = 558.771.930,00$

Intereses (6% anual o 0.5% mensual)= 13 años y 6 meses= 81% = \$452.605.263°°

SUBTOTAL: \$1.011.377.193,00

3.) Cheque J-0111297 girado el 7 de marzo de 2000 por la suma de \$5 millones a favor de Edgar Segundo Fuentes

$5.000.000,00 \times 113.75 \text{ (IPC junio 2013)} / 60.08 \text{ (IPC del mes de su cobro ilegal en marzo de 2000)} = 9.466.544,60$

Intereses (6% anual o 0.5% mensual)= 13 años y 3 meses= 79.5%= \$7.525.902,00

SUBTOTAL; \$16.992.447,00

En total, 1.732.850.729,00. El 50% es \$866.425.364,00

En cuanto a los demás perjuicios pedidos en la demanda, la Corte se abstiene de pronunciarse tanto porque la parte actora guardó silencio en relación con la decisión del Tribunal, cuyo quiebre alcanzó la demandada en virtud de esta sentencia, como por la obligatoria aplicación del principio de la *no reformatio in pejus*.

F. En relación con la conformación actual de la parte demandante, en el escrito de apelación se aduce que el *a quo* omitió a los actuales titulares de derechos litigiosos, punto sobre el cual la Corte observa que en el expediente obran copias simples de documentos públicos y privados atinentes al proceso liquidatorio de que fue objeto la sucesora procesal de Mutual Maní Ltda., esto es, la Empresa Solidaria de Salud, Es Más Salud – Organización

Cooperativa Solidaria Es + Salud⁵, dentro de los cuales figura, la cesión de derechos litigiosos que, por razón de la mentada liquidación, hizo el liquidador en favor de acreedores de la no masa de la liquidación en un porcentaje del 4.0168% de la acreencia reconocida, así como del remanente, una vez pagado este porcentaje, a los acreedores de la masa, a prorrata de lo que quedase.

A folio 308 del cuaderno uno obra memorial del apoderado de la parte actora, en el cual hace llegar al *a quo* el contrato de prestación de servicios profesionales que celebró con Mutual Maní Ltda. y en el que se estipuló que esta contratante *“desde ahora transfiere, cede o subroga a favor del abogado los derechos que dentro del proceso que se inicia le sean reconocidos o le puedan corresponder en una cuantía equivalente al 10%, pudiendo el abogado intervenir como litisconsorte en el proceso mencionado”* (f. 310, c. 1). Mediante auto del 16 de agosto de 2005, el Juzgado tiene a Germán Eduardo Pulido Daza como cesionario de la demandante de los derechos litigiosos en el presente proceso, en una proporción del 10% (f. 313, c. 1).

A folios 338 a 340 del cuaderno uno, se observa que, mediante apoderada judicial, Lilia Fajardo de Soto solicita que se le reconozca dentro del proceso de la referencia como cesionaria de derechos litigiosos. Y seguidamente, figura el reconocimiento que en tal calidad le hace el juzgado (f. 341),

⁵ Reconocida como tal mediante auto del 2 de agosto de 2001 (f. 141, c. 1)

en el porcentaje que le corresponda de acuerdo con el anexo del ya mencionado auto que remitió el liquidador al juzgado, en el cual se aprecia que la cesionaria fue reconocida como acreedora de \$5.100.000,00 (f. 303, c. 1) de la masa de la liquidación, pagadera ésta luego de cubrir el 4.0168% de los créditos reconocidos de la no masa, excluido el monto cedido al apoderado y a prorrata del saldo.

De conformidad con el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil

si en el curso del proceso sobreviene la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurra.

Por su parte, el inciso cuarto del mismo precepto señala que “El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente”.

Lo anterior significa que el presente fallo no sólo surte efectos frente a aquellos acreedores de la sucesora procesal de Mutual Maní Ltda, que por razón de la liquidación de la entidad que la incorporó, Empresa Solidaria de Salud Es Más Salud, resultaron beneficiarios a título de cesionarios

de los derechos litigiosos sobre que versa el fallo, sino también frente a aquellos que optaron por comparecer en procura de proteger sus intereses y fueron reconocidos como tales, en la medida del derecho traspasado, respecto de los cuales se pronunciará la Corte en forma expresa (Germán Eduardo Pulido Daza y Lilia Fajardo de Soto), en atención a que existen bases suficientes para concluir con certeza sobre la suficiencia de recursos para atender a esos pagos y por tanto, liquidar en este momento la condena en concreto.

En efecto, mediante auto No. 169 del 25 de mayo de 2005 (f. 294, c 1) el liquidador de la sucesora procesal Es Más Salud resolvió, de una parte, pagar mediante cesión de los derechos litigiosos en este proceso, a cada uno de los acreedores de la no masa de la liquidación, el 4.0168% del valor a cada uno reconocido. Y, de otro lado, resolvió que el remanente, una vez pagado lo anterior, se distribuyese entre los acreedores de la masa de la liquidación, a prorrata de sus derechos reconocidos.

Ese 4.0168% asciende a \$228.770.138.70. Si al total a cargo de la entidad bancaria (\$866.425.364,00), se descuenta el 10% correspondiente a lo cedido al apoderado judicial (\$86.642.536,00) y con la diferencia (\$779.782.828,00) se cubre, según lo ya relatado, el pago de ese porcentaje acordado para los acreedores de la no masa, lo que queda (\$551.012.689,30) será lo que se distribuya entre los acreedores de la masa (créditos reconocidos que

ascienden en total a \$253.494.731,70), al cual pertenece la acreencia reconocida en \$5.100.000,00 (f. 303, c. 1) a favor de la cesionaria, Lilia Fajardo de Soto, que corresponde al 2.011876% del total reconocido. En tal porcentaje participa en el remanente dispuesto para los acreedores de la masa, por lo que su acreencia asciende a la suma de \$11.085.692.80.

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, CASA la sentencia de 21 de julio de 2010, proferida por la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal (Casanare) en el proceso ordinario instaurado por Empresa Solidaria de Salud Asociación Mutua Maní Ltda.- E.S.S. Mutua Maní Ltda. contra el Banco de Bogotá S.A.

Y actuando en sede de segunda instancia,

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Yopal, de fecha 1° de septiembre de 2009.

SEGUNDO: En su lugar, declarar no prósperas las excepciones de mérito alegadas por el Banco de Bogotá, entidad a la que se condena a pagar:

a) A Empresa Solidaria de Salud, Es Más Salud – Organización Cooperativa Solidaria Es + Salud, la suma de \$768.697.135,20

b) A German Eduardo Pulido Daza, la suma de \$86.642.536,00.

c) A Lilia Fajardo de Soto, la suma de \$11.085.692.80

TERCERO: Condenar al Banco de Bogotá a pagar las costas de ambas instancias. Para la liquidación de las causadas en la segunda, deberá tenerse presente que las agencias en derecho se fijan en la suma de \$15.000.000,00.

CUARTO: Sin costas en el recurso la casación por su prosperidad.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen,

MARGARITA CABELLO BLANCO

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ