

**CORTE SUFREMA DE JUSTICIA**  
**SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA**

Magistrado Ponente: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

Santafé de Bogotá Distrito Capital, nueve de septiembre de mil novecientos noventa y nueve. (09/09/1999)

Referencia: Expediente No. 5005

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia, dentro del proceso ordinario adelantado por la sociedad ZAPATA Y VELASQUEZ LTDA frente al BAMCO GANADERO, Sucursal Apartadó (Banco Ganadero Apartadó).

**ANTECEDENTES**

1. El Juez Civil del Circuito de Turbo aprehendió el conocimiento del presente proceso, cuya demanda incoativa se presentó el 23 de agosto de 1989, ante el Juzgado Civil Municipal de Apartadó. A su vez, el primero de los Despachos judiciales mencionados remitió el expediente al Juzgado Civil del Circuito de Santo Domingo, quien dictó la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo que sobre el particular había dispuesto el Tribunal en aplicación del Decreto 2661 de 1991.

En dicha demanda, la sociedad "Zapata y Velásquez Ltda." solicitó que, previa citación del Banco Ganadero, Sucursal Apartadó, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

1a.) "Declárese que el Banco Ganadero-Apartadó debe responder a Zapata y Velásquez Ltda., por el pago indebido que aquel hizo de los cheques relacionados en el hecho 18 de esta demanda, pertenecientes a la cuenta corriente 052-01126-9"; 2a.) "En consecuencia, condénese al Banco Ganadero-Apartadó a pagarle a Zapata y Velásquez Ltda., por concepto de perjuicios, las sumas de dinero correspondientes a cada uno de los cheques relacionados en el hecho 18 de esta demanda, con sus respectivas correcciones monetarias, e intereses bancarios

causados desde la fecha en que se produjo el pago de cada uno de ellos por parte del Banco Ganadero- Apartadó"; y 3a.) "Condénese en costas al Banco Ganadero-Apartadó".

2. Los hechos fundamentales en que se apoyan las anteriores pretensiones, se pueden resumir del siguiente modo:

a) La sociedad demandante, para el adecuado ejercicio de su objeto social y, en especial, para girar cheques como pago de sus negocios de combustibles, celebró un contrato de cuenta corriente bancaria con el Banco Ganadero-Apartadó, el 16 de julio de 1976, cuenta que fue distinguida con el No. 052-01126-9 y contra la cual únicamente podían girar Fabio Zapata Arias y Marta Zuluaga de Zapata.

b) El 1o. de junio de 1989, el Banco le comunicó a Eduardo Castaño, representante de la sociedad en la zona de Urabá, que no había provisión de fondos en la cuenta mencionada y que, por lo mismo, no era posible pagar unos cheques girados contra la mencionada cuenta corriente bancaria; mas, como la sociedad demandante sí había consignado dineros suficientes, procedió a averiguar lo que ocurría y halló que los depósitos habían sido retirados con la utilización de cheques falsos -lo que constató privadamente mediante dictamen grafotécnico- y que pertenecían a chequeras que no habían sido retiradas con la autorización requerida. Se dice en la demanda que en la fecha indicada fue cuando la demandante supo de la defraudación.

c) Según las copias de los cheques, suministradas por el Banco, "se llegó a la conclusión que el pago de los cheques falsos se venía haciendo por el Banco Ganadero-Apartadó desde el 6 de agosto de 1986". Así se giraron numerosos cheques por distintas cantidades que fueron debitadas de la cuenta corriente en cuestión, según la relación que se hace en el hecho 18 de la demanda, obrante a folios 46 a 52 del cuaderno principal.

d) Los referidos cheques adolecen de las siguientes irregularidades: es apócrifa la firma del representante legal de la sociedad demandante, señor Fabio Zapata Arias, no tienen sello restrictivo de pago en cuenta del primer beneficiario; algunos cheques no tienen fecha de emisión; todos los cheques carecen de indicación del lugar en que fueron girados; varios de ellos tienen enmendaduras; y todos aparecen girados a personas

naturales, no obstante que la cuenta estaba reservada para girar a personas jurídicas, identificadas como Colombianos Distribuidores de Combustibles S.A., o Codi Móvil o Distribuidores de Combustibles de Urabá.

e) Varios de esos cheques fueron pagados por el Banco con sobregiros no solicitados ni autorizados por la sociedad demandante, y a pesar de su valor, nunca se solicitó de aquella, confirmación para su pago.

f) Los títulos cuestionados tampoco fueron devueltos a Zapata y Velásquez Ltda. y "únicamente después de descubierto el fraude y dada la insistencia sobre el particular, el Banco remitió fotocopias de los cheques pagados desde agosto de 1986".

g) Ninguno de los beneficiarios ha sido acreedor de dicha sociedad ni esta les ha girado cheques; tampoco existe continuidad en los endosos que se aprecian en sus reversos.

h) Mediante comunicación del 29 de noviembre de 1985, dirigida por Fabio Zapata Arias al Banco Ganadero-Apartadó, se advirtió que los cheques girados contra la cuenta corriente 052-01126-9 debían tener el sello restrictivo "páguese al primer beneficiario" o "para consignar únicamente en la cuenta del primer beneficiario"; en esa misma fecha, se le hizo saber de tales previsiones al señor Eduardo Cataño, representante de la demandada en la zona de Urabá. Igualmente en comunicación de 15 de abril de 1983 se advirtió al Banco que no se le entregara chequera a persona alguna que no presentara la debida autorización.

i) En fin, el 23 de junio de 1989, la demandante puso en conocimiento de la anómala situación, al Gerente de la Región Nor-occidental del Banco Ganadero, en Medellín, y exigiendo la restitución de los dineros indebidamente pagados, sin haber obtenido respuesta alguna.

3. Notificado el auto admisorio de la demanda, el Banco, en forma extemporánea, dio repuesta a la misma.

4. Tramitado el proceso, el juez a quo dictó sentencia en la que condenó al Banco demandado a pagar la suma de \$24.738.030.00, más la corrección monetaria "desde la fecha en que se produjo el pago de los cheques fraudulentos relacionados en la parte motiva y hasta que el pago se verifique"; declaró no

probadas las excepciones y condenó al demandado el pago de las costas "en un 40%".

5. Apelada dicha providencia por ambas partes, el Tribunal finalizó la segunda instancia por medio de la sentencia ahora impugnada en casación, en la que dispuso confirmar el fallo apelado con las siguientes modificaciones: La condena al Banco demandado se fijó en la suma de \$106.101.530.00, incluida la corrección monetaria; y aumentó a un 50% las costas impuestas en la sentencia de primera instancia. Las costas en segunda instancia se las impuso íntegramente al demandado.

#### LAS MOTIVACIONES DEL FALLO IIIMPUGNADO EN CASACION

1. Empieza el sentenciador por decir que, desde el punto de vista legal, la responsabilidad del banco girado por el pago irregular de cheques, se regula por los artículos 1382 del C. de Co, que define el contrato de cuenta corriente; y el 732 ib., que le atribuye responsabilidad al banco por el pago de un cheque falso, salvo que el depositante no notifique al librado que el título era falso, dentro de los tres meses después de que se le devuelva el cheque; y el artículo 1391 ejúsdem, que alude a idéntica responsabilidad, excepto cuando el cuentacorrentista haya dado lugar a ello por su culpa, y determinando que cesará la misma si éste no le hubiere notificado sobre la falsedad "dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió información sobre tal pago".

2. Asevera el fallador que la contraposición de las dos últimas normas se resuelve en favor de la aplicación preferente del artículo 1391, por ser norma posterior y especial del contrato de cuenta corriente, de acuerdo con la regla de hermenéutica consagrada en el artículo 5, núm. 2, de la ley 153 de 1887; y, añade, que el plazo de seis meses previsto en dicha norma es de caducidad y no de prescripción, lo que permite su examen de oficio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 306 del C. de P C.

A ese respecto, señala su discrepancia con la tesis del demandado, consistente esta en que basta el envío de los extractos para contar el mentado término de caducidad, porque el artículo 732 del C. de Co "ordena devolver los cheques

irregularmente pagados"; y, de consiguiente, si, como aparece acreditado dentro del proceso, los cheques no fueron devueltos al cuentacorrentista sino cuando se enteró de la falsificación ( 2 de junio de 1989), quiere decir que a la fecha de presentación de la demanda (24 de agosto de 1989) no había transcurrido el plazo de seis meses de que trata el artículo 1391 ib.

3. De otra parte, prosigue diciendo el tallador que está demostrado que la sociedad demandante en el año de 1976 abrió la cuenta corriente sobre la que versa la demanda; y que tanto el artículo 732 del C. de Co, como el 1391 ib., le atribuyen responsabilidad al banco girado por el pago de un cheque falsificado, salvo que el cuentacorrentista haya dado lugar al hecho por su culpa.

Igualmente, aduce que está acreditado en este caso, que concurre la culpa de ambas partes y que, en consecuencia, el daño debe ser repartido entre ellos por partes iguales.

Afirma el sentenciador a ese respecto, que el Banco incurrió en culpa porque aunque no se demostró en el proceso que le hubiese llegado la carta en la que el cuentacorrentista le informaba sobre restricciones para el pago de los cheques (C. Ppl. fl. 27), sí existen serios indicios que permiten concluir que, antes de la defraudación, la cuenta corriente sólo se utilizaba para girar cheques a nombre de tres personas jurídicas y con sellos restrictivos de pago o consignación a favor del primer beneficiario; hecho que se demuestra con las copias de varios cheques (C.7, fls. 10 y ss.), girados por valores muy superiores a los contenidos en los cheques falsificados.

Por lo tanto, existió negligencia de los empleados del Banco al no haberse percatado del cambio de beneficiarios y de las cantidades de los cheques, la que deriva en la responsabilidad del demandado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2347 del C.C.

También infiere el sentenciador del dictamen grafológico - y a pesar de que la falsificación no fue burda o notoria que con cierta diligencia y cuidado de parte de los empleados del Banco, pudo haberse evitado la defraudación; por último, asevera el tallador que por ser peligrosa la actividad bancaria, quien la explota debe asumir los riesgos que ella entraña, uno de los cuales es la

falsificación de los cheques, lo que se compensa con el lucro que el banco percibe en la operaciones que realiza.

En cuanto a la culpa concurrente de la sociedad demandante, sostiene el Tribunal que ella brota de la negligencia grave que le imputa por no haberse enterado de la defraudación sino pasados tres años de iniciada la misma; además, porque hay indicios de que el autor de la falsificación fue un empleado de confianza del representante legal de la misma y, por lo tanto, también se hace responsable por el hecho de sus dependientes.

4. En orden a cuantificar la indemnización, el sentenciador alude a que en los folios 199 a 207 del cuaderno 5 D aparece la relación de los cheques girados contra la sobredicha cuenta corriente, los cuales fueron materia de dictamen grafológico y de exhibición ante el Juzgado 10 Civil del Circuito, cuyo valor total asciende a la suma de \$62.286.920.00, discriminados así: los girados en 1986, \$3.691.400.00; en 1987, \$19.082.520.00; en 1988, \$24.000.500.00; y en 1989, \$15.512.500.

A renglón seguido, el Tribunal, fundado en los principios de la equidad y del no enriquecimiento sin causa y con apoyo en los artículos 1626 y 1627 del C.C., concluye "que si la restitución del dinero a la sociedad demandante se hiciera sin la corrección monetaria, no se estaría haciendo un pago completo"; a partir de ese concepto determinó el valor total de la indemnización en la suma de \$212.203.060.00, incluida la indexación, cuyo "...50% equivale a \$106.101.530.00 que en últimas es la suma a la cual será condenado el demandante".

## LA DEMANDA DE CASACION

Los cuatro cargos en ella contenidos se decidirán en el orden lógico correspondiente, lo que presupone despachar, primeramente, el cuarto por medio del cual el censor se duele de un supuesto error de actividad del tallador, seguidamente se examinará el cargo segundo, enderezado a enervar de modo definitivo y total las pretensiones de la demanda; y, finalmente, se estudiarán los cargos primero y tercero.

## CARGO CUARTO

Con fundamento en la causal 5a. del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, pide el impugnante la nulidad de todo lo

actuado en el proceso, a partir del auto admisorio de la demanda, atendiendo las siguientes consideraciones:

Dado que la demandada es una sociedad de economía mixta, incumbía al Juez Civil del Circuito de Turbo asumir, por el factor subjetivo, la competencia para conocer del asunto y no al Municipal de Apartadó, ante quien se presentó la demanda. El Banco Ganadero, en la primera actuación que tuvo en el proceso, propuso el incidente de nulidad con fundamento en que careciendo de competencia el referido Juez Civil Municipal, este no podía haber admitido la demanda ni dar traslado de ella, puesto que eran actos privativos del Juez del Circuito. El aludido Juzgado Civil Municipal denegó la nulidad, aduciendo que como quiera que el demandado no contestó la demanda ni propuso excepciones previas, no podía alegar como nulidad los hechos configurantes de aquellas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 100 del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, ordenó remitir el expediente al Juez del Circuito.

A su vez, el Juzgado Municipal denegó la apelación interpuesta contra dicha decisión, porque consideró que correspondía al Juez del Circuito resolver lo pertinente, lo que dio lugar a que el Banco interpusiera el recurso de queja; y es, precisamente, la falta de resolución sobre éste, lo que "legitima el que ahora, en el ámbito de la casación, se depreque la nulidad de todo lo actuado". En su momento, la apelación se fundó en que si bien el artículo 155 ibídem, vigente a la sazón, impedía alegar la nulidad por quien hubiera actuado en el proceso sin alegarla en excepciones previas, lo disponía así únicamente en el caso de la falta de competencia territorial, razón por la cual no era aplicable el artículo 100 ib., ya que la primera norma citada, por ser especial y posterior, prevalecía sobre la última.

La actuación recibida por el Juez del Circuito de Turbo, muestra que el Juez Municipal había rechazado la nulidad impetrada y había denegado la apelación interpuesta contra dicha determinación, encontrándose, entonces, en trámite el recurso de queja, a cuya decisión quedaba obligado aquél, y como no podía hacerlo por falta de competencia, puesto que en ese momento se convirtió en Juez de primera instancia, como en antes lo había sido el Municipal, lo procedente era ordenar que la queja se surtiera ante al Tribunal de Antioquia. Sin embargo, decidió

asumir el conocimiento del proceso y declaró que "por substracción de materia queda dirimido el recurso de queja que se indicara en las motivaciones traídas al respecto", violando así la ley procesal, pues usurpó competencia que no le correspondía y desconoció el principio de la doble instancia, nulidad que sigue vigente, pues "el conflicto de las normas procesales para aquel momento vigentes se resuelve en que la única excepción de falta de competencia que no se puede plantear como nulidad es la territorial, luego la funcional es procedente".

La nulidad no ha sido saneada, expresa ni tácitamente, pues en la primera oportunidad el apoderado del Banco la planteó y volvió a insistir en ella en la audiencia preliminar de que trata el artículo 101 del C. de P.C., recibiendo como respuesta que todo estaba ya decidido. El vicio procesal se consumó, tanto que el Juez de Santo Domingo, a quien le correspondió dictar la sentencia de 1a. instancia, dejó plasmado en su providencia que el recurso de queja no se resolvió, aunque tampoco decretó la nulidad respectiva.

El interés que le asiste al impugnante para invocar la causal de nulidad, radica en que si esta se decreta revive la posibilidad de que el demandado pueda pedir pruebas, especialmente el interrogatorio del representante legal de la sociedad demandada.

#### SE CONSIDERA:

1. Con fundamento en los supuestos fácticos compendiados, impetra el recurrente la nulidad de "todo lo actuado" en el proceso, sin reparar, empero, en que la hipotética irregularidad por la que se duele, se situaría únicamente en el auto admisorio de la demanda, pues la actuación subsiguiente se surtió por los trámites prescritos en la ley y ante el juez competente. Más exactamente, en lugar de denunciar una anomalía que hubiese puesto en entredicho la legalidad del proceso, entendido este, en sentido estricto, como la sucesión de actos regulados por la ley para el ejercicio de la jurisdicción, apenas se concreta coyunturalmente en uno de tales actos, sin advertir que, con independencia de la irregularidad por la que se queja, el proceso se desarrolló conforme a los ritos que le son propios e, insístese, ante el juez competente.

Y esa supuesta irregularidad, o sea, la ilegalidad de un auto, no puede alegarse en casación, cabalmente, porque el numeral 5o



del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil consagra como motivo para elevar el recurso, "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubiere saneado", precepto éste que, a su vez, hace referencia a la nulidad del proceso, no a la informalidad de un acto cualquiera de los que lo conforman.

2. De igual modo, cabe resaltar que la falta de competencia configura un hecho constitutivo de excepción previa, motivo por el cual, cuando no se invoca oportunamente como tal, no es posible alegarla posteriormente como nulidad, siempre y cuando, obviamente, ella sea saneable.

Ahora bien, el efecto del saneamiento de la nulidad por falta de competencia, antes de la vigencia del decreto 2282 de 1989, implicaba que el expediente se remitiera "a quien deba continuar tramitándolo, salvo cuando se originó en el factor territorial" (Anterior artículo 156 del C. de P.C., vigente a la sazón), lo que equivalía a decir que lo actuado ante el juez incompetente conservaba validez, excepción hecha, claro está, de la incompetencia por el factor funcional. En este asunto el expediente fue remitido al funcionario competente, es decir, el Juez Civil del Circuito de Turbo, quien asumió el conocimiento del proceso, conservando validez de lo actuado ante el Juez Civil Municipal de Apartadó.

Finalmente, independientemente de quien hubiese tenido que resolver la queja en este asunto, lo cierto es que a la postre no habría obtenido decisión acorde con sus aspiraciones anulatorias, porque los motivos que a la sazón expuso el Juzgado Municipal para rechazarla, resultaron enteramente ciertos, como acaba de verse.

## CARGO SEGUNDO

Con fundamento en la causal primera de casación se acusa la sentencia recurrida de ser indirectamente violatoria de los artículos 732, 1391 y 822 del C. de Co; 1608, 1613, 1614, 1615, 1617, 1626, 1627 del C. C.; 8o y 48 de la Ley 153 de 1857, infracción originada en los siguientes yerros de apreciación probatoria.

a) Error manifiesto de hecho al tener por demostrado indiciariamente que la cuenta corriente sólo era utilizada para girar

cheques con sello restrictivo de negociabilidad en favor de personas jurídicas; b) error manifiesto de hecho por suponer que en el dictamen pericial los grafólogos concluyeron que la falsedad de los cheques hubiese podido ser apreciada por los empleados del banco de haber obrado ellos con diligencia y cuidado; c) error manifiesto de hecho por no haber reparado en el dictamen pericial de los contadores que pone de presente la negligencia y descuido con los cuales la sociedad demandante manejaba su contabilidad; d) error de hecho manifiesto por no haber apreciado el concepto técnico elaborado por la grafóloga Eloísa Castillo Bustos, aportado por la demandante, con el cual se demuestra que la misma actora guardaba reservas sobre la autenticidad de la firma de los cheques; e) error de hecho por no haber apreciado como prueba de la responsabilidad exclusiva de la empresa demandante "que la defraudación tuvo desarrollo desde el 6 de agosto de 1986 hasta el 24 de mayo de 1986 (sic)".

Para demostrar el cargo afirmó el recurrente que toma como punto de partida el supuesto consistente en que las normas aplicadas por el tribunal para deducir la responsabilidad del banco fueron los artículos 732 y 1391 del Código de Comercio, no obstante que en la sentencia se dice que del conflicto que surge de los dos preceptos legales debe aplicarse el último de ellos. Sin embargo, "con una falta de hilación lógica que desconcierta" el Tribunal aplicó no solo aquella norma sino también el artículo 732 porque contabilizó el término de caducidad desde el envío de los cheques al cuentacorrentista, de modo que concluyó que como no había transcurrido el mencionado lapso era procedente la condena.

Dado pues, el sentido de la decisión, es obvio que pueden estructurarse acusaciones diferentes, de modo que en este cargo se recoge una de las posibilidades que ella ofrece y que de salir victorioso lleve a reparar el grave error de la sentencia.

Volviendo sobre los errores cometidos por el Tribunal, afirma el recurrente que éste partió del supuesto que de la cuenta corriente de la cual se giraron los cheques falsificados se expedían títulos valores únicamente a favor de tres sociedades por una cuantía predeterminada y con sello restrictivo de negociabilidad, nada de lo cual se percataron los empleados del banco; tuvo, también, en consideración que el dictamen pericial de los grafólogos concluyó

que los empleados de la entidad demandada no obraron con diligencia y cuidado al pagar los cheques, lo cual propició la defraudación y, finalmente, que existen graves indicios de que el ilícito fue cometido por un empleado de la sociedad demandante señor Alfonso López, quien falsificó la firma en los cheques. Las dos primeras se fundan en errores de hecho y la segunda es cierta y la comparte Ja censura.

Respecto de lo primero es palpable que no existe prueba alguna que permita pensar que de esa cuenta corriente sólo se giraban cheques con sello restrictivo de negociabilidad, únicamente en favor de tres personas jurídicas. Se pregunta el censor cuales fueron los cheques que le permitieron al sentenciador advertir un cambio súbito en los beneficiarios y su valor, si no existen en el expediente los cheques anteriores a la defraudación, que le permitieran colegir que el Banco sabia de esa situación; más exactamente no obran en el expediente cheques anteriores a los falsificados que permitan deducir las circunstancias en las cuales se giraban estos usualmente.

Además, sin gracia de discusión se aceptara la tesis del Tribunal consistente en que expedir habitualmente cheques a favor de personas jurídicas y con negociabilidad restringida impide girarlos posteriormente en otras circunstancias, tal criterio apareja "el peor y más lamentable entendimiento de la manera como operan los bancos", toda vez que las normas legales los obligan a pagar todo cheque, salvo que exista orden de no pago o compromiso de abstenerse de atenderlo por la ausencia de ciertos requisitos, además que si se abstiene de pagarlos debe reembolsar el 20% de cada título al girador.

Por el contrario, añade el inconforme, lo acreditado por los cheques es que entre agosto de 1986 y mayo de 1989 se giraron simultáneamente títulos con negociabilidad restringida a personas jurídicas y otros, de libre negociación, a favor de personas naturales, siendo estos los reputados falsos.

De otro lado, ya en relación con el segundo yerro de facto que se le atribuye al juzgador, asegura la censura que ni del tenor literal del dictamen pericial, como tampoco de su "espíritu," se infiere lo aseverado en la sentencia recurrida. Por el contrario, luego de un examen exhaustivo concluyeron los peritos que los cheques realmente estaban adulterados, sin que en momento alguno

sostuvieran que la falsedad fuese fácilmente percibible, o que hubiese sido advertida por los funcionarios del banco de haber actuado con diligencia y cuidado. Supuso, pues, el Tribunal, algo que la prueba pericial no contiene.

Obra en el proceso, además, un concepto técnico aportado por la parte demandante y elaborado por la grafóloga Eloísa Castillo, que pone de presente que aquella, la actora, dudaba sobre la autenticidad de la firma de los cheques; empero el ad quem pasó "olímpicamente" sobre dicho informe, sin deducir del mismo consecuencia alguna. "Es evidente que la demandante lo solicitó porque abrigaba serias dudas sobre la falsedad de los cheques. Ciertamente es que cada cual tiene certidumbre sobre si una rúbrica es suya o no", de ahí que hubiese acudido al examen grafológico puesto que no le resultaban apreciables a simple vista. Si el tallador no hubiese incurrido en la omisión que se le enrostra, jamás habría dicho que los empleados del Banco hubiesen podido advertir con diligencia y cuidado la falsedad de los títulos valores; desde luego que si el mismo librador no tenía certeza de la falsedad, menos podía exigirse a los empleados del Banco que la tuviesen.

Se duele, igualmente, la censura de que el dictamen de los peritos contadores fue absolutamente ignorado en la sentencia de segundo grado no obstante su incidencia probatoria. En efecto, aquellos concluyeron que en la contabilidad de la sociedad demandante no fueron conciliados mensualmente, en el libro auxiliar bancario, los extractos de la cuenta corriente del Banco Ganadero, ni aparecen asentados los cheques relacionados en la demanda, los cuales solo se mencionan en el extracto bancario de su archivo. Resulta inaudito que el fallador hubiese pretermitido tal experticia pues de haber reparado en ella habría depositado toda la culpa, con exclusión de la correlativa del Banco, en la sociedad demandante, toda vez que el dictamen es prueba suficiente de que ésta no se percató durante el lapso considerable de tres años de lo que estaba sucediendo con su dinero.

Finalmente, tampoco estimó el juzgador que la defraudación tuvo desarrollo desde el 6 de agosto de 1986 hasta el 24 de mayo de 1989. Llama la atención que hubiese sido posible la falsedad durante todo este tiempo sin que la giradora lo advirtiera. "¿Como

podieron hacerlo y cómo por tanto tiempo?", se pregunta la censura; lo primero ya está resuelto. Simplemente la demandante llevaba su contabilidad de una manera contraria a las normas que regulan la actividad contable, y la segunda no se la formuló el ad quem porque no reparó en la confesión del demandante de que la defraudación se consumó durante casi tres años, ello debido a su propia negligencia, culpa esta que tiene la virtud de exonerar al demandado.

Refiriéndose a la trascendencia de tales yerros asegura el recurrente que las pruebas omitidas por el Tribunal apuntan de manera convergente, a demostrar que fue la culpa exclusiva de Zapata y Velázquez Ltda., la que facilitó la ocurrencia del delito y por causa de tal inobservancia violó las normas denunciadas.

#### SE CONSIDERA:

1. Refiriéndose a la responsabilidad bancaria originada en el pago de cheques falsos, ha dicho la Corte que "...En la legislación positiva colombiana el tema cuestionado no ha sido regulado en forma única. Inicialmente consagró la responsabilidad del Banco girado por el pago de un cheque falso, exonerándolo de tal responsabilidad únicamente en el supuesto de que el librador omitiera notificarle, o no lo hiciera oportunamente, que el cheque pagado era falso.

"Decía el artículo 191 de la ley 46 de 1923, en efecto, que Todo Banco será responsable a un depositante por el pago que aquél haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al banco, dentro de un año después de que se le devuelva el comprobante de tal pago, que el cheque así pagado era falso o que la cantidad de él se había aumentado'.

"A la luz de la regulación contenida en la norma transcrita, mediante la cual se consagraba en el punto la teoría del riesgo creado, al Banco correspondía soportar las consecuencias derivadas del pago de un cheque falsificado o cuya cantidad se hubiera aumentado, responsabilidad de la cual no se exoneraba ni aún con la prueba de que la falsedad o la adulteración habían encontrado su causa determinante en la conducta negligente del cuentacorrentista, en la guarda del instrumento. Los perjuicios de dicho cobro indebido eran, pues, de cuenta del Banco girado,

siempre que el cliente le hiciera saber oportunamente el hecho fraudulento.

"... Por cuanto el principio consagrado en el sobredicho artículo 191 descartaba, para los efectos de deducir la responsabilidad por el pago de cheques falsos, todo género de culpa en el titular de la cuenta comente, bien pronto la doctrina y la jurisprudencia y con ellas al legislador posteriormente, hubieron de atemperar su rigor, en el sentido de eximir de tal responsabilidad al Banco, en razón de la relación de causalidad que existiera entre la culpa del librador y la falsificación del instrumento.

"Fue pues así como el legislador colombiano de 1971, mediante el artículo 1391 del actual Código de Comercio, en congruencia con lo que ya había expresado en normas anteriores, preceptuó que '...Todo Banco es responsable con el cuentacorrentista por el pago que haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado, salvo que el cuentacorrentista no le hubiera notificado (al banco) sobre la falsedad o adulteración del cheque, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió la información sobre tal pago'.

"Lo cual significa, tal cual lo ha dicho la Corte, que 'como la medida de la responsabilidad de un Banco por el pago de un cheque falso no se detiene en la culpa sino que alcanza el riesgo creado, no le basta el lleno de las precauciones habituales, sino que es preciso probar algún género de culpa en el titular de la cuenta corriente para que el Banco quede libre' (G.J., No. 1943, pág. 73)" (casación del 29 de noviembre de 1976).

El asunto fue nuevamente abordado, entre otras, en sentencias del 30 de septiembre de 1986 y del 24 de octubre de 1994, habiéndose puntualizado en esta última que: "... conviene insistir una vez más, en que el citado artículo 1391 del Código de Comercio establece quién debe correr con los riesgos de los cheques falsificados, riesgo impuesto por la ley a las entidades financieras quienes, dado el volumen de transacciones que realizan, compensan las pérdidas que los cheques falsificados pueden causar, regla esta que, de acuerdo con las disposiciones recién aludidas, tiene como obvia excepción que la culpa de los hechos recaiga en el cuentacorrentista o en sus dependientes, factores o representantes. El sistema legal, pues, no ofrece dificultad ninguna para su cabal entendimiento, siempre y cuando

se tenga presentes precisos derroteros de doctrina trazados por la jurisprudencia, aun bajo la vigencia de la ley 46 de 1923 (cfr. G. J. Tomo CLII, pág. 526 y siguientes). En efecto, según esta línea de pensamiento que hoy en día encuentra visible reflejo en el artículo 1391 del Código de Comercio, se estima que el ejercicio de la banca de depósito se equipara fundamentalmente al de una empresa comercial que, masivamente, atrae a sí y asume los riesgos inherentes a la organización y ejecución del servicio de caja, luego es precisamente en virtud de este principio de la responsabilidad de empresa, cuyos rasgos objetivos no pueden pasar desapercibidos, que el establecimiento bancario, asumiendo una prestación tácita de garantía, responde por el pago de cheques objeto de falsificación, ello en el entendido, se repite, que es inherente a la circulación y uso de títulos bancarios de esta índole, el peligro de falsificación y el costo económico de tener que pagarlos lo que se compensa sin duda con el lucro que para los bancos reporta el cúmulo de operaciones que en este ámbito llevan a cabo. Pero, asimismo, no deben perderse de vista otros postulados acogidos sin reparo para atemperar el rigor de esta doctrina, habida cuenta que en cuanto ella hace pesar sobre el banco, en su calidad de librado, el riesgo de "falsificación" a base de imputarle una responsabilidad, lo cierto es que la misma puede moderarse, e incluso quedar eliminada, si concurre culpa imputable al titular de la cuenta corriente, lo cual significa, como lo dejara sentado la Corte, que '...como la medida de la responsabilidad de un banco por el pago de un cheque falso no se detiene en la culpa sino que alcanza el riesgo creado, no le basta el lleno de las preocupaciones habituales, sino que es preciso probar algún género de culpa en el titular de la cuenta para que el banco quede libre...' (G. J. Nm. 1943. Pág. 73)".

Quiérese decir, entonces, que como contrapartida de la actividad empresarial que es desarrollada por la institución bancaria en su propio interés y bajo su control, operación cuyo ejercicio acarrea, indudablemente, diversos riesgos, entre ellos, el de pagar cheques cuya falsificación no sea imputable al librador, el ordenamiento le atribuye, en inobjetable aplicación del principio "ubi emolumentum, ibi incomoda", la obligación de soportar tal contingencia, imposición que, de todas formas, encuentra justificación igualmente válida en otros argumentos tales como que la falsedad se dirige y consume contra el banco, pues, a la

postre, el pago del cheque se produce con su propio dinero y no con el del cuentacorrentista, dada la particular naturaleza del depósito bancario. Empero, como ha quedado dicho, la responsabilidad bancaria en tal hipótesis no es absoluta, habida cuenta que ésta cesa, cuando la culpa de los hechos recaiga en el cuentacorrentista o en sus dependientes, factores o representantes.

2. Si las cosas son de ese modo, esto es, que por causa de la anotada imposición a las entidades bancarias del riesgo de pagar cheques falsificados, deviene inútil e insubstancial la tarea de emprender la acreditación de alguna culpa atribuible a ellas, habida cuenta que la ley las considera responsables por el pago de los cheques adulterados, obligación que se extingue cuando por culpa imputable al titular de la cuenta corriente se hubiese producido la defraudación.

En consecuencia, aún de admitirse que el fallador incurrió en los yerros de facto señalados en la censura, consistentes en: a) tener por demostrado indiciadamente que la cuenta corriente sólo era utilizada para girar cheques con sello restrictivo de negociabilidad en favor de personas jurídicas, b) suponer que los grafólogos concluyeron que la falsedad de los cheques hubiese podido ser apreciada por los empleados del banco de haber obrado ellos con diligencia y cuidado y, c) no haber apreciado el concepto técnico elaborado por la grafóloga Eloísa Castillo Bustos, aportado por la demandante, con el cual se demuestra que ésta guardaba reservas sobre la autenticidad de la firma de los cheques; errores estos que no condujeron a tener como probada la culpa del banco demandado, tales incorrecciones, examinadas a la luz de los criterios jurisprudenciales trasuntados, resultarían a la postre intrascendentes, habida cuenta que si bien no podría decirse que está demostrada con esos medios de prueba la culpa del demandado, tampoco habría lugar a su exoneración, toda vez que seguiría gravitando sobre él la señalada responsabilidad en los términos ya anotados; por supuesto que, como ha quedado dicho, no pesa sobre el actor en los litigios de esta especie la carga de demostrar la culpa del banco librado pues la ley, sin entrar a reparar si el banco actuó culposamente, le atribuye el riesgo derivado del pago del cheque falsificado.



3. Análisis particular merece, en cambio, lo relacionado con los hechos que pondrían presente la culpa del demandante a la que alude el recurrente como causal de exoneración. El examen que de la cuestión se propone la Sala, debe reparar, primeramente, en que por disposición del artículo 1391 del Código de Comercio, la responsabilidad del banco, derivada del pago de un cheque falso, cesa cuando "el cuentacorrentista haya dado lugar a ello por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes", es decir, que la entidad bancaria queda exonerada de la responsabilidad empresarial de la que se ha hablado, originada en el pago de los instrumentos espurios, cuando el librador, o las personas por las que él responde, hubieren incurrido en culpa que hubiese "dado lugar a ello".

Pero, como es diáfano en la aludida regla, debe existir un vínculo de causalidad entre la culpa del librador y la adulteración del título valor, es decir, que hay lugar a la exoneración del banco en cuanto este demuestre la existencia de una culpa del girador ligada a la falsificación del cheque de modo que pueda colegirse que ésta última debe su existencia a aquella otra.

Por consiguiente, precisando lo que desprevenidamente se dijera en oportunidad anterior (G.J. No. 1943, pág.73 y transcrito en sentencia del 29 de noviembre de 1976), cébese destacar acá y con singular énfasis, que no cualquier inobservancia atribuible al librador da lugar a la liberación de responsabilidad del banco acusado de pagar cheques espurios, pues para que tal exoneración se produzca es menester que la culpa de aquél se encuentre entroncada con la falsificación de los mismos, de modo que sea posible inferir que ésta última debe su existencia a aquella otra.

Cabria preguntarse, en el asunto de esta especie, si la culpa imputable a la sociedad demandante, derivada de las irregularidades reseñadas por los peritos en torno al manejo de su contabilidad, es de tal entidad que cada vez que anomalías de esa índole se presenten suelen dar lugar a la emisión de cheques falsos, cuestión que inmediatamente habrá de responderse de manera negativa, por supuesto que el desorden de la contabilidad no es causa que usualmente conduzca a la emisión de cheques adulterados.

Si bien podría decirse que se trató de una condición que pudo facilitar el monto de la falsificación, no es una circunstancia que la hubiese creado o producido. Dicho en otros términos, que una empresa lleve desorganizadamente su contabilidad no puede considerarse, según el giro normal o usual de los acontecimientos, una causa que produzca o conduzca a la emisión de cheques falsificados de sus cuentas. En consecuencia, el desorden de la contabilidad atribuible a la sociedad demandante no puede calificarse como una culpa con la envergadura suficiente para exonerar al Banco encausado. Y, justamente, en este punto se resiente la reclamación de la censura, puesto que las deficiencias de la contabilidad reseñadas por los peritos no pueden considerarse como una causa idónea y determinante de la falsificación de los cheques que conduzca a la exoneración del Banco demandado.

Otro tanto puede decirse de la supuesta negligencia derivada de haberse enterado de la defraudación pasados tres años de iniciada la misma, pues tal circunstancia no tuvo la virtualidad de ocasionar la adulteración de los cheques, aunque pueda admitirse que el defraudador pudo aprovecharse de ese descuido para consumir su ilícito.

Por lo demás, es patente que el Tribunal tuvo en consideración la conducta descuidada del demandante para reducir, en forma proporcional, la condena del banco demandado, situación que, sin ahondar demasiado, habrá de mantenerse para no menoscabar la regla prohibitiva de la reforma en perjuicio del recurrente.

#### CARGO PRIMERO

Con fundamento en la causal primera de casación consagrada en el artículo 368 del C. de P.C., vía directa, se acusa el fallo del Tribunal de haber infringido los artículos 732 del C. de Co, por indebida aplicación parcial; 1391 ib., por falta parcial de aplicación; y, por aplicación indebida, los artículos 822 del C. de Co; 1608, 1613, 1614, 1615, 1617 y 1649 del C.C.; 8o. y 48 de la ley 153 de 1887.

En la explicación del cargo, en punto de la responsabilidad del Banco por el pago de un cheque falso, el impugnante comienza por señalar la contradicción existente entre los artículos 732 y 1391 del C. de Co, la que estima se da sólo en materia de la

caducidad de la acción, en cuanto el primero determina que dicha responsabilidad se tipifica "...salvo que dicho depositante no notifique al Banco, dentro de los tres meses después de que se le devuelva el cheque, que era falso o que la cantidad de él se había aumentado", mientras que el artículo 1391 dispone la cesación de dicha responsabilidad en el supuesto de que "...el cuentacorrentista no le hubiere notificado sobre la falsedad, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió la información sobre tal pago".

Semejante contradicción, agrega, se resuelve en favor de la aplicación del citado artículo 1391, por ser norma especial y posterior, como también lo sostuvo el Tribunal; de consiguiente, el término de caducidad de la acción ( 6 meses ) y el hecho a partir del cual se debe comenzar a contar ( entrega al cuentacorrentista de la información sobre el pago del cheque ), conforman supuestos inseparables de la norma y, por lo mismo, no puede tomarse dicho término para contarlos a partir de la entrega de los cheques devueltos, como si en esto último sí fuera admisible la aplicación del artículo 732.

Destaca la censura que el sentenciador, a pesar de que concluyó que la norma aplicable era el artículo 1391 del C. de Co, hizo obrar el artículo 732 ib., a fin de fijar la fecha de iniciación del término de caducidad previsto en la primera de estas normas; y apoyado, entonces, en que no se sobrepasó dicho término, tomadas la fecha de devolución de los cheques - 2 de junio de 1989 - y la de la presentación de la demanda, consideró tempestiva la reclamación formulada contra el banco.

Añade, que como consecuencia de la indebida aplicación parcial del artículo 732, el ad quem correlativamente dejó de aplicar, también de manera parcial, el artículo 1391, "...pues uno de los supuestos de hecho, aquel según el cual la caducidad debe contarse desde el envío de la información del pago, que no es otra que la remisión de los extractos mensuales, no fue hecho obrar en el asunto litigado, cuando, como lo repiten hasta el cansancio jurisprudencia y doctrina, este es el precepto pertinente y aplicable a esta clase de litigios...".

Por último, aclara el censor, que si bien el Tribunal dio por acreditadas las fechas de devolución de los cheques y la de presentación de la demanda para descartar la caducidad, no

cuestiona estas conclusiones tácticas, dado que el cargo se enfila por la vía directa y que los errores jurídicos denunciados son "primeros y cardinales del Tribunal", por lo que pecaría contra la técnica del recurso entrar a demostrar que existen otros medios de convicción que acreditan que el Banco desde 1986, mes a mes, le remitía a la sociedad demandante los extractos que reflejaban el movimiento de su cuenta. Este aspecto - dice -, de prosperar el cargo, deberá asumirlo la Corte obrando en sede de instancia.

Finalmente, el impugnante, tras explicar en qué consisten las demás infracciones de la ley sustancial a que se refiere el cargo, solicita a la Corte la quiebra del fallo impugnado para que, en sede de instancia, dicte la sentencia que en derecho

#### SE CONSIDERA:

1. Dado que el ordenamiento jurídico se manifiesta como una totalidad conformada por un conjunto de enunciados entre los cuales reina un orden, a aquél suele considerársele como un sistema. En efecto, el Derecho lo es porque pretende la exclusión de toda incompatibilidad entre las normas que lo conforman, sin que puedan coexistir en él reglas que sean contrarias entre sí. Cuando así sucede, se dice que el ordenamiento normativo presenta antinomias, esto es, inconsistencias originadas en la correlación de un caso concreto con dos o más soluciones contradictorias, incoherencia que, por supuesto, debe ser superada conforme a las reglas que el mismo Derecho prevé de manera expresa, o, en su defecto, de acuerdo a los principios generales esbozados por la dogmática jurídica.

Aquella situación se produce cuando dos o más normas pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico y que afectan un mismo ámbito de validez, presentan un contenido prescriptivo incompatible. Tales inconsistencias pueden ser de diversos grados, dependiendo de que el campo de referencia de ambas normas sea igual, de modo que se superpongan totalmente, como cuando una norma prohíbe lo que la otra manda, o, también, que el ámbito de una de ellas comprenda al de la otra pero agregando casos distintos; o en fin, cuando dos preceptos siendo autónomos contengan algunos supuestos tácticos iguales y otros diversos, en

cuyo caso la antinomia existe únicamente cuando las partes coincidentes se regulen de manera incompatible.

Así pues, tratando de desentrañar la naturaleza y alcances de la incoherencia advertida entre los artículos 732 y 1391 del Código de Comercio, se debe empezar por señalar que uno y otro coinciden en prescribir como regla general que todo banco es responsable por el pago de un cheque falso, debiendo, subsecuentemente, soportar el daño derivado de ese hecho, con las salvedades que en cada caso se anotan. En este punto, pues, lejos de ser incompatibles, las dos disposiciones son redundantes. Son reiterativas, igualmente, al establecer la cesación de tal responsabilidad en caso de culpa del librador del cheque, aun cuando el artículo 1391 señala explícitamente lo que en el artículo 732 está implícito, es decir, que tal exoneración se extiende a los eventos de culpa de los dependientes, factores o representantes del librador. Coinciden, también, ambos preceptos, al hacer cesar la responsabilidad del banco cuando el girador se abstiene de notificarle la falsedad del cheque, aunque se contradicen en el término en que tal notificación se debe realizar y el momento a partir del cual éste se computa, divergencia esta última, francamente aparente, como oportunamente se verá.

En síntesis, las disposiciones citadas muestran la unidad de propósito que las orienta, ya que, además de prescribir la responsabilidad del banco por el pago del cheque falso y la de exonerarlo en caso de culpa del girador que de lugar a la falsificación, le imponen al depositante o cuentacorrentista la carga de dar aviso oportuno al banco sobre la falsedad del cheque pagado.

Así mismo, es meramente aparente la señalada contradicción relativa al momento a partir del cual empieza a contabilizarse el término de caducidad de la responsabilidad bancaria. En efecto, mientras el artículo 732, relativo a la reglamentación del cheque como título valor, exonera de responsabilidad al banco cuando el depositante "...no notifique al banco, dentro de los tres meses después de que se le devuelva el cheque, que el título era falso..."; el artículo 1391, perteneciente a la normatividad reguladora del contrato de cuenta corriente bancaria, dispone que dicha responsabilidad "...cesará si el cuentacorrentista no le hubiere notificado sobre la falsedad o adulteración del cheque,

dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió la información sobre tal pago".

No existe contradicción en tal punto, puesto que, de un lado, la devolución del cheque pagado que toma como punto de partida el artículo 732 ejúsdem, y el envío de "la información sobre tal pago" que toma en consideración el artículo 1391 ibídem, son acontecimientos que, por mandato del artículo 728 ídem, deben ser cumplidas por el banco en forma simultánea; y, de otro lado, fundamentalmente, porque el ámbito de referencia del artículo posterior (el 1391) es mayor y, por ende, comprende al del precepto anterior; por supuesto que enviar los cheques es una manera de informar sobre su pago. Así las cosas, uno y otro no deben mirarse en el punto como excluyentes entre sí, ni, en consecuencia, es predicable stricto sensu una verdadera contradicción entre las sobredichas normas.

Débase subrayar, entonces, que la carga atribuida al cuentacorrentista de notificar al banco de la falsedad del cheque pagado por éste, surge a partir del momento en que aquél tenga noticia del pago, ya sea mediante la devolución de los cheques descargados, o por razón de cualquier otra " información sobre tal pago". Subsecuentemente, si en la práctica sucede la devolución del cheque y el envío de la información en fechas diferentes, menester es concluir, miradas las normas en su contexto y en sentido teleológico, que el primero de aquellos hechos que llegase a ocurrir será el que determine desde cuándo el depositante o cuentacorrentista tuvo conocimiento del pago del cheque falso; y es a partir de allí cuando empieza a correr el término otorgado por la ley para dar aviso al banco sobre el pago anómalo, bajo la consecuencia de que si el aviso o notificación se omite o resulta extemporáneo cesará la responsabilidad de aquél.

Existe, por el contrario, una real situación de antinomia entre tales normas en cuanto contemplan dos términos de caducidad distintos, uno de 3 meses y otro de 6. Para resolver tal contradicción, debe recordarse, sin embargo, que el artículo 5o de la ley 57 de 1887 prescribe que "Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre si, se observarán en su aplicación las reglas siguientes. ... 1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general... 2) Cuando las disposiciones tengan una misma

especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior;..." . No cabe duda, entonces, que la norma aplicable es el artículo 1391 del Código de Comercio, por ser norma posterior al artículo 732 ib. y hacer parte de la normatividad que regula el contrato de cuenta corriente.

Las explicaciones precedentes le permiten a la Corte extraer las siguientes conclusiones: a) Que el término dentro del cual el cuentacorrentista debe dar aviso al banco sobre la falsedad del título pagado es de seis (6) meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1391 del C.C.; b) Que dicho término empieza a correr a partir del envío de la información suministrada por el banco al cuentacorrentista sobre el pago del cheque falso, la que bien puede darse al mismo tiempo con la devolución del título y el envío del extracto de la cuenta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 728 ib.; o de alguna de las dos formas, según sea lo que ocurra primero; c) Que si no se da dicho aviso oportunamente, cesa la responsabilidad del banco por el pago del cheque falso.

2. En el caso de este proceso, el sentenciador expresamente aplicó el artículo 732 del C. de Co en combinación con el artículo 1391 ib., mas no de la manera como quedara explicado, incurriendo en yerro de estricta índole jurídica, consistente en que tomó como punto de partida del término dentro del cual el cuentacorrentista debe hacer la notificación comentada al Banco - 6 meses - "después de que se devuelva el cheque [al depositante]", que corresponde al supuesto previsto en el artículo 732, y, por sobretodo, señalándolo como la única hipótesis legalmente admisible para verificar su cumplimiento; conclusión a la que arribó, paradójicamente, después de haber prohijado la tesis de la prevalencia del citado artículo 1391 y de que el término de caducidad sí es el que establece ésta norma.

Por causa de tal yerro jurídico, el sentenciador no entró a analizar las posibilidades que ofrece el artículo 1391 del Código de Comercio que, como se dijo, alude, con mayor amplitud, al término de los "seis meses siguientes a la fecha en que se le envió [al cuentacorrentista] la información sobre tal pago", dentro del cual este debía notificar al banco sobre el pago de los cheques falsos; lo que le habría permitido al fallador analizar otro

punto de referencia para confrontarlo con la realidad que muestra el proceso, cuál es la fecha de envío del correspondiente extracto que registra el movimiento mensual de la cuenta corriente, fecha que en la realidad, y no obstante que la ley la prevé simultánea con la de devolución del cheque, puede no coincidir con esta última.

El indicado error jurídico adquiere un cariz trascendente, habida consideración que la defraudación con los cheques falsos materia de litigio, tuvo su comienzo en el año de 1986 para prolongarse hasta el año de 1989. Es decir, que de no haber existido semejante equivocación, otra habría sido la conclusión para determinar la tempestiva o intempestiva reclamación de la sociedad demandante frente al Banco.

En estas condiciones, el cargo primero debe prosperar, imponiéndose la quiebra del fallo impugnado, pero solamente para exonerar de responsabilidad al Banco demandado con relación a aquellos cheques respecto de cuyo pago indebido el librador no hubiese dado oportuno aviso. Por lo demás, como anteriormente se dijera, dado que el cargo que prospera no arrasa en todo su contexto resolutorio la decisión impugnada, con motivo de la sentencia que la Corte proferirá en sede de instancia, habrá de tenerse en cuenta a plenitud el postulado que impide reformar en perjuicio del único recurrente.

### TERCER CARGO

También con fundamento en la causal primera de casación, se duele el recurrente de la violación directa de los artículos 822 del C. de Co; 1608, 1613 a 1617, 1626, 1627 y 1649 del C. C.; y 8o y 48 del la Ley 153 de 1857.

Asevera el impugnante que muchos son los fallos de la Corte en los cuales se ha definido que la desvalorización monetaria "es en si misma un perjuicio constitutivo del daño emergente". Y esta misma Corporación ha dicho que el resarcimiento de los daños y perjuicios solo es procedente cuando el deudor ha sido constituido en mora. En consecuencia, si el deudor no está en mora, la obligación podrá estar incumplida y ser exigible, pero aquél no estará obligado a pagar perjuicios.

Así pues, no estando el Banco Ganadero constituido en mora, mal podía condenársele al pago de los perjuicios por expresa



prohibición legal. No obstante que el asunto fue planteado en las instancias, el Tribunal la desatendió, en tanto estimó que la condena era pertinente desde la fecha del pago de los cheques a pesar de no estar constituido en mora el demandado, pasando por encima de las orientaciones sentadas por la jurisprudencia de la Corte y violando, de paso, las normas relacionadas anteriormente que determinan cuándo el deudor está en mora y cuales son las consecuencias de la misma. También aplicó, de manera indebida, los artículos 8 y 48 de la Ley 153 de 1887, pues los principios generales de derecho que resumen las doctrinas de enriquecimiento sin causa y la equidad invocadas por el ad quem se reflejaron en el litigio en virtud de la aplicación indebida de este precepto.

No hubo, agrega el recurrente, falencias de hecho o de derecho en la apreciación del material probatorio a consecuencia de las cuales se infringieron las normas de derecho sustancial en él enlistadas. Simplemente, a su juicio, resultaron pertinentes al caso y, en consecuencia, las tornó operantes, sin entrar a averiguar sobre si las circunstancias que constituyen en mora al deudor estaban dadas. De aquí la necesidad de plantear el cargo por la vía directa.

"Ahora bien, aunque es cierto que algunas de las normas que acuso como infringidas no aparecen mencionadas en el texto de la sentencia no lo es menos que, sin hacer expresa alusión a ellas, las aplicó, pues un fallo ... como el censurado, no puede tener otro sustento que los preceptos que aquí se analizan".

#### SE CONSIDERA

1. Si, como hoy universalmente se acepta, la labor de interpretación y aplicación de la ley a cargo del juzgador solamente rinde verdaderos frutos, cumpliendo a cabalidad su cometido, cuando lo conducen a decisiones razonables y justas, es decir, cuando hace de la ley un instrumento de justicia y equidad, tornase forzoso sentar que, justamente, ante la ausencia de norma expresa que prohijé la corrección monetaria en nuestra legislación y dado que la inestabilidad económica del país y el creciente deterioro del poder adquisitivo del dinero son circunstancias reales y tangibles que no pueden pasar desapercibidas al juez a la hora de aplicar los preceptos legales que adoptan como regla general en la materia, el principio

nominalista, el cual, de ser aplicado ciegamente conduciría a graves e irreparables iniquidades, ha concluido la Corte, que ineludibles criterios de justicia y equidad imponen condenar al deudor a pagar en ciertos casos, la deuda con corrección monetaria.

Si bien no puede desconocerse que en alguna oportunidad la Corte justificó la corrección monetaria de las condenas en la necesidad de indemnizar un daño emergente, no lo es menos que en la actualidad, en todos aquellos eventos en los cuales de manera concreta ha inferido la necesidad de reconocerla, ha acudido explícita o implícitamente, como fundamento de tal reconocimiento, a la equidad, entendida no como un principio general del derecho, sino, en acatamiento de lo previsto por el artículo 230 de la Constitución Política colombiana, como un instrumento auxiliar de la interpretación judicial que permite ahondar en las normas jurídicas en búsqueda de esa justicia.

Más exactamente, dado que la equidad, además de constituir un criterio o pauta para la interpretación del derecho, admitido por la tópica judicial, asume, por mandato constitucional, la función interpretativa del carácter abstracto de la ley para adaptarla a las circunstancias específicas de cada hipótesis en ella previstas, permitiéndole al juez profundizar en el contenido de una norma con miras a deducir la justa solución de un conflicto, se ha constituido, en no pocas ocasiones, quizás la mayoría, en una imprescindible herramienta que le ha permitido a la Corte ahondar en los preceptos legales que gobiernan los distintos asuntos con miras a encontrar en ellos alcances que convengan con la justicia impidiendo que determinado acreedor soporte el riesgo de la depreciación de la moneda. De la mano de tal instrumento, principios que informan el ordenamiento jurídico colombiano, tales como el del equilibrio contractual o el de la integralidad del pago, justifican con creces su reconocimiento en aquellos eventos en los cuales han tenido cabida.

2. Cabalmente, ha dicho esta Corporación que "...en ausencia general de norma expresa que lo consagre (salvo las especiales ya reconocidas para el sistema UPAC, en sentencia del 24 de abril de 1979) ha admitido (la Corte), mediante interpretación de las normas legales vigentes, el derecho al pago íntegro de los perjuicios causados contra el responsable extracontractualmente

(Cas.30-03-1984, G.J. CLXXV, pág. 128; 06-08-1985, G.J. CLXXX, pág.266; etc.), comprendiendo dentro de aquel el derecho al quantum equivalente al de la corrección monetaria. Factor éste que ha sido incluido en este derecho, más como exigencia de la actualización de la reparación del daño al momento en que efectivamente se verifica el pago, que como daño emergente propiamente dicho, pues si bien se trata de un fenómeno extraño al hecho ilícito, al contrato y a los autores, que lo pone al margen de la responsabilidad directa de estos, no es menos cierto que tienen incidencia al establecer el quantum de la reparación, porque si la víctima o sus herederos requieren de un pago completo por parte del responsable extracontractual mente, que se determina al momento de su realización, lógicamente habrá que incluir, además del valor del momento de su causación, el que corresponda a la corrección hasta el momento del pago, a fin de que sea pleno o completo, lo que desde luego, también descansa en la equidad.

"Y también es cierto que en numerosos fallos (Cas. 01-04-1987 G.J. CLXXXVIII, pag. 123; 02-02-90; 24-10-90; 06-06-91; 17-09-91; 03-12-92; 01-02-94, 07-03-94; 30-05-94; 08-02-94; 30-10-94; 29-07-94, etc.) en que se ha decretado la nulidad de ciertos contratos, la jurisprudencia de esta Corporación, con fundamento en el artículo 1746 del Código Civil, se ha entendido que la regulación de las restituciones mutuas allí contempladas, no solo resaltan la necesidad de que por mandato legal expreso, se logre unas restituciones 'al mismo estado en que se hallarían (los contratantes) si no hubiese existido el acto o contrato nulo', sino que el inciso 2o. del citado precepto impone el deber de acudir a 'las reglas generales', que, en materia de contratos conmutativos, sería la de establecer el equilibrio equitativo de los contratantes del contrato anulado. Y precisamente en tal virtud la jurisprudencia, en consideración a las mencionadas restituciones equivalentes y equitativas, ha reconocido la restitución dineraria con corrección monetaria en equivalencia a las contraprestaciones". (G. J. CCXXXIV, Pág. 439)

Incorre, pues, en desacierto la censura, en cuanto en términos absolutos asevera que el pago de obligaciones dinerarias corregidas monetariamente obedece a la necesidad de resarcir un perjuicio y que, subsecuentemente, mientras el deudor no sea constituido en mora no hay Jugar a tal reconocimiento, porque

ésta -la mora-, es el presupuesto ineludible de toda indemnización. El desatino que al recurrente se le atribuye radica en que, como viene de exponerse, el fundamento de la corrección monetaria no puede ubicarse en la urgencia de reparar un daño emergente, sino en obediencia, insisto, a principios más elevados como el de la equidad, el de la plenitud del pago, o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales. De ninguna manera, en fin, es dable inferir que en asuntos como el de esta especie, el reajuste de la condena en proporción a la depreciación del signo monetario constituya un perjuicio más que deba ser reparado, puesto que, reiterase aún a riesgo de fatigar, la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino su cuantía, de modo que la corrección tiene por finalidad la reparación integral, no la de indemnizar un perjuicio más; amén que, en ese mismo orden de ideas, tampoco puede verse en ello una sanción por un acto contrario al ordenamiento legal.

No prospera el cargo.

#### SENTENCIA SUSTITUTIVA

Como quiera que prosperó el cargo primero de la demanda de casación, cuyos alcances, no obstante, son parciales, débese proferir la sentencia que habrá de sustituir en lo pertinente la recurrida. Sin embargo, para tal efecto se hace menester decretar las pruebas que adelante se indicarán.

#### **DECISION**

Por lo expuesto, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley CASA en los términos anotados en su oportunidad, la sentencia de veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia, dentro del proceso ordinario adelantado por la sociedad ZAPATA Y VELASQUEZ LTDA frente al BANCO GANADERO, Sucursal Apartadó (Banco Ganadero-Apartadó), y, actuando en sede de segunda instancia se dispone: De conformidad con los artículos 307, 375, 179, 180 y 243 del Código de Procedimiento Civil, se ordena oficiar al Banco de la República (Gerencia General) en Santafé de Bogotá D. C. para que con destino a este proceso, dentro del término de diez (10) días contados a partir del recibo de la respectiva comunicación, rinda

informe debidamente circunstanciado mediante el cual se determine, teniendo en cuenta la disminución del poder adquisitivo de la moneda ocurrida en el país y calculada con referencia al índice de precios al consumidor, el valor que en la fecha tienen las siguientes cantidades anotadas en los respectivos cheques, así: números: 7465587, por \$ 200.000; 7465588, por \$ 265.000; 7465589, por \$ 275.000; 7465591, por \$ 275.000; 7465592, por \$ 265.000; 7465593, por \$ 270.000; 7465594, por \$ 295.000; 7465595, por \$ 295.000; 7465596, por \$ 333.000; 7465597, por \$ 285.000; 7465598, por \$ 316.000. Y Cheques números: A3033608, 614, 619, 623, 626, 631, 632, 637, 638, 640, 646, 694, por \$275.000, cada uno; Nos. A3033611, 612, 613, 615, 616, 617, 618, 620, 622, 624, 625, 627, 630, 633, 634, 635, 636, 639, 641, 642, 643, 644, 647, 649, por valor de \$280.000 cada uno; Números A3033602, por \$278.000; 603, por \$276.000; 605, por \$283.000; 610, por \$276.000; 648, por \$270.000; 650, por \$276.000; 651, por \$ 180.000; 652, por \$265.000; 653, por \$ 283.000; 687, por \$260.000; 601, 629, 688, 689, 692, 695, 696, 697, 699 y 700 , por \$285.000 cada uno; 691, por \$286.000; 693, por \$273.000; 609, por \$265.000; 638, por \$275.000; 628 y 698, por \$ 270.000 cada uno; y A3033604, por \$272.000.

Líbrese por Secretaría el oficio correspondiente, indicando la fecha de pago de cada uno de los anteriores títulos, la cual aparece relacionada en el dictamen pericial que obra al folio 197 y subsiguientes del cuaderno de pruebas del demandante.

Sin lugar a costas en el recurso de casación

COPIESE Y NOTIFIQUESE

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

MANUEL ARDILA VELASQUEZ

NICOLAS BECHARA SIMANCAS

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO

JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

JORGE SANTOS BALLESTEROS

SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO