



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

RESPONSABILIDAD BANCARIA CONTRACTUAL–Derivada de la falta de consentimiento del cuentacorrentista en la asignación, por parte de la entidad financiera, de un cupo de crédito para sobregiro, que procede de retiros fraudulentos realizados a través de cajero electrónico y que genera reporte en las centrales de riesgo. Reiteración de la sentencia de 3 de agosto de 2004. (SC16496-2016)

Fuente jurisprudencial:

Sentencia SC976-2004 del 3 de agosto de 2004, rad. 7447

Fuente doctrinal:

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

CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA-Naturaleza, finalidad y características. Reiteración de la sentencia de 14 de junio de 1995. Obligaciones del cuentacorrentista y la entidad bancaria. Reiteración de la sentencia de 11 de abril de 2014. (SC16496-2016)

Fuente formal:

Artículo 714 del Código de Comercio.

Fuente jurisprudencial:

Sentencia SC 058-1995 del 14 de junio de 1995, rad. 4370.

Sentencia SC 4756-2014 del 11 de abril de 2014, rad. 11001-31-03-023-2005-00685-01.

CONTRATO DE MUTUO COMERCIAL–Relación con el contrato de cuenta corriente bancaria. Reiteración de la sentencia de 6 de octubre 1999. La oferta de préstamo o sobregiro hecha por el cuentacorrentista que no tiene fondos suficientes en su cuenta, a través de cajero electrónico y que el banco prestablece aceptar. (SC16496-2016)

Fuente jurisprudencial:

Sentencia de 6 de octubre de 1999, rad. 5224.

NEXO CAUSAL–Establecimiento de los hechos antecedentes para determinar la responsabilidad del banco en juicio por incumplimiento de contrato de cuenta corriente bancaria. Reiteración de la sentencia de 6 de septiembre de 2011. (SC16496-2016)

Fuente jurisprudencial:

Sentencia de 6 de septiembre de 2011, rad. C-0500131030092002-00445-01.

Fuente doctrinal:

Alessandri Rodriguez, Arturo. Responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Ediar Editores Ltda., 1983. Pág. 249.

BUENA FE–En contrato de cuenta corriente bancaria. Deber de atenderse a la naturaleza propia del negocio jurídico y no solo a lo pactado expresamente por las partes. Reiteración de las sentencias de 2 de agosto de 2001, 19 de diciembre de 2006 y 29 de junio de 2007. Deberes secundarios de conducta intrínsecos al convenio. Reiteración de la sentencia de 11 de julio de 2011. (SC16496-2016)

Fuente formal:

Artículo 1603 del Código Civil.

Artículo 871 del Código de Comercio.

Fuente jurisprudencial:

Sentencia de 2 de agosto de 2001, Exp. No. 6146, revalidado el tema, entre otras, en decisiones de 19 de diciembre de 2006, Exp., n° 10363 y 29 de junio de 2007, Exp., n° 1998 04690 01.

Sentencia de julio de 11 de 2001, Exp. n° 6201.

Fuente doctrinal:

Tratado de derecho civil. Derecho de las obligaciones, trad. J. Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958. J. W. Hedemann.

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL—De entidad financiera en el desarrollo de contrato de cuenta corriente bancaria. Aplicación del deber de seguridad y protección que envuelve el negocio jurídico, aunque no se pacte expresamente por las partes. (SC16496-2016)

Fuente doctrinal:

Mazeaud—Tunc, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo I, Vol. I, págs. 213 y ss.

DEBER DE INFORMACIÓN—Del causahabiente frente a la entidad financiera, cuando pierde la custodia de su tarjeta débito, para que se ejecuten las acciones necesarias tendientes a impedir fraudes. (SC16496-2016)

APRECIACIÓN PROBATORIA—De testimonios de funcionarios del banco sobre la asignación de un cupo para sobregiro y su aceptación inmediata cuando el cuentacorrentista lo solicita a través de cajero electrónico. (SC16496-2016)

ERROR DE HECHO — Por pretermisión en la apreciación de pruebas documentales y testimoniales, tendientes a demostrar la responsabilidad bancaria de entidad financiera que asigna cupo de sobregiro sin el consentimiento del cuentacorrentista. (SC16496-2016)

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA NORMA SUSTANCIAL—Falta de aplicación e indebida interpretación del principio de buena fe y el deber de protección de la entidad financiera de establecer un término de caducidad del plástico, como origen del daño. (SC16496-2016)

ASUNTO

Pretende el demandante que se declare la responsabilidad del Banco demandado, derivada de los daños causados por el incumplimiento de contrato de cuenta corriente bancaria, originados por el retiro fraudulento de sumas de dinero a través de cajero electrónico utilizando su tarjeta débito y haber sido reportado en las centrales de riesgos por el no pago de sobregiro producto de esos débitos. El Juzgado de primera instancia declaró infundadas las pretensiones y probada la excepción de “inexistencia de la obligación de mi mandante para resarcir presuntos perjuicios contractuales”. El Tribunal confirmó la sentencia en su totalidad. El demandante interpuso recurso de casación, formulando dos cargos, uno por la vía indirecta por errores de hecho y el otro por la directa. La Corte NO CASA la sentencia al no hallar demostrados las acusaciones endilgadas por el casacionista.

MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada Ponente

SC16496-2016

Radicación n°. 76001 31 03 002 1996 13623 01

(Aprobado en sesión de diez de mayo dos mil dieciséis)

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Corte el recurso de casación que el señor BELISARIO CAICEDO CAPURRO, demandante, formuló contra la sentencia proferida el 29 de junio de 2012, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario por él instaurado contra el BANCO GANADERO S.A., hoy BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. B.B.V.A. COLOMBIA S.A.

ANTECEDENTES

1. En el libelo se narró que la persona natural y la entidad bancaria señaladas, el 4 de mayo de 1987, celebraron un contrato de cuenta corriente, habiéndosele asignado a la misma el número 227 09902 5.

2. El actor, en 1989, en desarrollo de ese contrato, recibió de parte del banco una tarjeta débito para, con ella y otras herramientas, poder hacer uso más adecuado de su producto. Según el accionante, nunca solicitó el plástico y, una vez que le fuera entregado, tampoco lo utilizó.

3. Entre el 18 de agosto y el 11 de septiembre de 1994, época para la cual el demandante se encontraba fuera del país, de la referida cuenta fueron realizados, de manera ilícita, algunos débitos que sumados todos alcanzaron el valor de \$1.700.000.00.M/cte. En ese momento, el saldo dejado ascendió a la suma de \$1.849.444.48. M/cte. Dichos movimientos aparecen registrados en el extracto del mes de agosto.

4. El 13 de septiembre de 1994, fecha en que se recibió el mencionado resumen de la cuenta y, por tanto, data en la que se enteró de la defraudación, informó, vía telefónica al banco, de los retiros efectuados a través de cajero automático. Al día siguiente (14 de septiembre) formalizó ante la entidad bancaria, por escrito, tal situación, es decir, la manera irregular como se debitaron esas sumas.

5. Entre los días 2 y 13 de este último mes del mencionado año, se volvieron a presentar varios retiros utilizando el mismo mecanismo, pero en esta oportunidad, la cuantía sustraída ascendió a \$4.500.000.00. Además, se concretaron dos depósitos, cada uno por valor de \$345.000.00. Resulta 'curioso', expuso el actor, que en el mismo día (13 septiembre), en el que se dieron a conocer las anomalías señaladas, se haya registrado otro desembolso por la suma de \$800.000.00.

6. Según los extractos bancarios, se imputaron cobros por el uso de la tarjeta.

7. No obstante los reclamos y el gran número de cartas y comunicaciones que se cruzaron las partes, la entidad financiera, en el mes de diciembre de 1994, antes que solucionarle el problema, procedió a reportarlo a las centrales de riesgo, argumentando para ello que acusaba una mora de 119 días por un sobregiro realizado.

8. La información suministrada a estas últimas entidades, acompañada de una calificación desfavorable, le generó inmensos perjuicios habida cuenta que otros bancos con los que

de ordinario mantenía vínculos comerciales, le restringieron los créditos y, en general, se le afectó su buen nombre personal; como empresario que es, dueño del 98% del capital de la firma Confetti Ltda, las incidencias negativas de lo sucedido fueron mayores. En consecuencia, argumentó el demandante, esta situación y la pérdida de las sumas de dinero señaladas, constituyeron los perjuicios que le generó el extremo convocado.

9. Con base en el anterior cuadro fáctico, presentó demanda en contra de la entidad bancaria referida, tendiente a lograr que se declarara incumplido el contrato de cuenta corriente celebrado y, como consecuencia de ello, asumiera la responsabilidad de indemnizar los daños infligidos no solamente por la pérdida de los dineros sino, también, por los efectos nocivos sobrevinientes al reporte que realizó a las centrales de riesgo.

10. El llamado concurrió al proceso y se opuso a las pretensiones; aceptó algunos de los hechos narrados, otros los negó y dejó a la probanza algunos más (folios 163 a 182 *ib*).

Adicionalmente, presentó excepciones de mérito (folios 163 a 182, cuaderno principal), que denominó y sustentó así:

i) 'Inexistencia de la obligación de mi mandante para resarcir presuntos perjuicios contractuales'; fundada en que, de un lado, el actor cuando recibió el plástico se obligó a conservarlo y a responder hasta por la culpa leve; además, según quedó demostrado en autos, los retiros efectuados se hicieron utilizando tanto la tarjeta débito como el NIP asignado. De otra

parte, el reporte realizado a la central de riesgos era una obligación de la entidad Bancaria, atendiendo que ‘el descubierto en su cuenta corriente’, llegó a los 119 días de vigencia;

ii) ‘Falta de legitimación en la causa por pasiva’; cuyo argumento central gira alrededor del hecho de que la ‘Superintendencia Bancaria’, no encontró irregularidad alguna en el proceder de la entidad demandada;

iii) ‘carencia de derecho para demandar’, soportada en que el accionante se obligó a guardar con la diligencia debida el plástico y el número de identificación personal, pero, al parecer, no cumplió ese compromiso, pues todo indica que extravió la tarjeta sin haber informado al establecimiento financiero ni haber procedido a formular la respectiva denuncia;

iv) ‘las dificultades financieras que puedan tener en la actualidad la sociedad Confetti Ltda. y el doctor Belisario Caicedo Capurro, no son producto de actos u omisiones del Banco Ganadero y tampoco esta entidad es responsable de los presuntos perjuicios que se reclaman en la demanda’ (sic).

Expuso la demandada que la crisis de la mencionada sociedad radica en la ‘falta de rotación en los inventarios por excesivo número de referencias que maneja la sociedad (...), unido a la falta (sic) de capital de trabajo y un inadecuado manejo del crédito’. En ese orden, no solo hizo el reporte a la central de riesgos sino a otras entidades del sector, todo en aplicación de las resoluciones 1980 y 2195 emanadas de la Superintendencia Bancaria.

10. El juez de primera instancia dictó sentencia (folios 354 a 359, misma encuadernación) desestimatoria de las pretensiones de la demanda al acoger la primera de las excepciones reseñadas.

11. Al desatar la apelación que la parte actora impetró contra ese fallo, el Tribunal lo confirmó en su totalidad.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. La Corporación acusada dejó clarificado que los requisitos para una resolución de fondo concurrían plenamente al proceso. También asentó que la legitimación en la causa tanto respecto del actor como del demandado no merecía reproche alguno.

2. Antes de abordar el caso litigado, emprendió el análisis de la institución de la responsabilidad civil, sus orígenes, los eventos en que puede presentarse y, luego de ello, acometió el examen sobre el contrato en general (artículos 1602 a 1617 del C.C.); seguidamente estudió, en particular, el de cuenta corriente bancaria previsto en los artículos 1382 a 1392 del C. de Comercio.

A continuación, previa memoria de un pronunciamiento de la Corte Constitucional concerniente con el '*reporte negativo ante las Centrales de Riesgos*' y la Asociación Bancaria, también se refirió a la indemnización reclamada en el escrito incoativo.

3. Señalado ese marco decisorio, el *ad-quem* indicó que el asunto debatido imponía establecer, primeramente:

la existencia de un contrato del que se derive el deber o la obligación del Banco de bloquear la tarjeta de crédito por la no utilización de la misma por parte del titular dela cuenta; b) El daño, que se concreta con la prueba de la lesión y detrimento o perjuicios patrimoniales causados al demandante c) La culpa de la entidad demandada por los retiros efectuados por cajero electrónico y d) el nexo causal entre el incumplimiento y el agravio sufrido por el afectado (folio 43, cuaderno del Tribunal).

4. A renglón seguido expresó que en el proceso había quedado plenamente demostrado el vínculo contractual involucrado en la controversia. Así, para el fallador, las diferencias estribaban en el incumplimiento atribuido a la accionada , en particular, debido a:

No haber bloqueado la entidad bancaria una tarjeta débito que nunca fue usada por el actor, durante más de 6 años; b) Permitir la sustracción de dinero, con sobregiro en la cuenta corriente del actor a través de cajeros automáticos, con dicha tarjeta; b) (sic) Haber omitido el bloqueo de la tarjeta débito una vez el demandante comunicó al banco el día 13 de septiembre de 1994, vía telefónica las anomalías advertidas en el extracto bancario del mes de agosto de 1994; constatando posteriormente en el extracto del mes de septiembre de 1994 que en dicha fecha pese a la reclamación verbal, se había realizado un retiro en la suma de \$800.000 mcte, para un total debitado con cargo a su cuenta corriente de \$4.262.197.48 mcte; y c) por haber reportado ante la central de riesgos al demandante como deudor moroso por el no pago del sobregiro de la cuenta corriente que tuvo origen en el débito fraudulento por cajero electrónico”.

4.1. En cuanto a la obligación de inhabilitar la tarjeta débito, sostuvo, luego de analizar el texto del contrato de cuenta corriente, que los extremos no habían pactado tal compromiso y, por esa razón, en referencia a esa supuesta omisión, resultaba improcedente endilgarle a la entidad bancaria responsabilidad alguna (folio 45 *ib*).

4.2. Respecto a si esa tarjeta, en su momento, fue desactivada, una vez se le informó al banco telefónicamente sobre los retiros fraudulentos, el Tribunal expresó que: *«el perito Ingeniero de sistemas en su experticia indicó que la tarjeta bancaria débito No. 82270099025 sí fue bloqueada por la entidad bancaria el día 13/09/1994 a las 5: 05 p.m. apareciendo como motivo, el registro de retiros no autorizados»*. Agregó que no había *«certeza sobre la hora en la que se realizó la llamada a que aduce el demandante solicitando el bloqueo de la tarjeta débito»*.

4.3. De manera inmediata, el sentenciador volvió sobre el contrato de cuenta corriente (art. 1382 C. de Co.), aludiendo a los instrumentos de los que puede hacer uso el cuentacorrentista para retirar los dineros que hubiese llegado a depositar al banco y, entre ellos, mencionó, principalmente:

«(...) la tarjeta plastificada denominada Tarjeta Bancaria, cuyo diseño será definido exclusivamente por el BANCO, acorde con las necesidades técnicas y de seguridad requeridas por los sistemas electrónicos utilizados por el mismo y cuyas instrucciones de operación declara conocer el CLIENTE y se precisan en el folleto que éste ha recibido por parte del BANCO.

«Para que el CLIENTE pueda utilizar los servicios descritos en el numeral 22 de este documento, el BANCO le ha asignado un número

de identificación personal (NIP), en forma estrictamente confidencial, el cual es la clave indispensable para la utilización de los servicios.

«EL CLIENTE se compromete a conservar y custodiar los medios de utilización de los equipos de computación del BANCO, descritos en el numeral 23, de este Contrato y a no dar a conocer a terceras personas el número de identificación personal (NIP) asignado, siendo responsable ante el BANCO, hasta de la culpa leve, por el uso indebido de tales medidas o del número de identificación personal (NIP)» (folios 46 y 47, cuaderno del Tribunal).

A partir de lo anterior, arguyó que según lo convenido por las partes, *«el actor estaba en la obligación de conservar la tarjeta plastificada y el número de identificación asignado, para garantizar la seguridad en sus transacciones y en el manejo de su cuenta corriente; pactándose además la obligación del cuentahabiente de devolver la tarjeta débito en caso de manifestación expresa de alguna de las partes sobre la terminación del contrato»* (folio 47 *ib.*).

Posteriormente afirmó que el damnificado, en el interrogatorio a que fue sometido, aceptó que dicho documento (tarjeta débito), que en tiempos pasados le había sido entregado, *«(...) muy a pesar de que puede estar guardada en alguno de los tantos lugares que suelo recurrir, en el exterior, no he podido buscarla particularmente en la ciudad de Miami o en la ciudad de Boston....»*.

Dejó señalado, también, según la experticia recogida en autos (folios 210 a 233), que las transacciones en la cuenta del señor Belisario Caicedo a través de cajero automático entre los días 18 de agosto y 13 de septiembre de 1994, fueron realizadas utilizando tanto el plástico a él entregado como el número de

identificación personal (NIP) asignado, agregando que el dictamen no fue cuestionado por el afectado; esa realidad procesal llevó al Tribunal a sostener:

«En ese orden de ideas, se tiene que el cuentacorrentista no demostró que los retiros se hubiesen realizado por fraude o culpa de la entidad bancaria, dado que la actuación que generó el daño se realizó con la tarjeta débito de la cuenta corriente No. 227-099-02-5 entregada por el banco al demandante el día 2 de febrero de 1989, para poder realizar retiros, pagos, consultas de saldo, etc., como se lo demuestran las constancias de entrega y recibido de tarjetas de crédito visibles a fls. 140-141 del cuaderno principal, y habiendo el actor reconocido en interrogatorio de parte que la tarjeta está bajo su poder o custodia pero que no sabe el lugar exacto donde puede tenerla guardada, circunstancias que lo hacen responsable por su uso, aun cuando se encontraba fuera del país en la época en la que se realizaron los movimientos bancarios con la utilización de la tarjeta (...) recayendo la responsabilidad exclusivamente en el titular de la cuenta, quien tenía su cargo (sic) el deber de vigilancia y cuidado respecto de los mismos, más aún cuando en la cláusula (sic) 28 del contrato de servicios bancarios se comprometió a asumir la responsabilidad hasta por culpa leve por el manejo inadecuado de estos medios» (folio 49, sentencia del Tribunal).

De manera puntual, respecto de la responsabilidad del Banco accionado, el fallador dijo:

«(...) la Sala no encuentra configurado el elemento relativo a la culpa de la entidad demandada por el hecho dañoso, que demuestren su obligación de indemnizar, puesto que no se demostró que la sustracción de los dineros obedeciera a la negligencia del banco, actuaciones administrativas, clonación de tarjeta, a un ilícito o a la

equivocación de algún empleado de esa entidad» (folios 49 y 50 ibídem). Y agregó el siguiente texto, alusivo al reporte hecho a las centrales de riesgo:

«(...) tampoco se evidencia que la entidad financiera demandada hubiese obrado injustificadamente, con culpa, o por falta de cuidado, al efectuar el reporte negativo del deudor ante la central de riesgos, pues se encuentra establecido con la prueba documental, el origen de la obligación, la veracidad de la información y la mora del deudor, que respaldan su proceder» (folio 50, ídem).

Previamente, el *ad-quem* había sostenido:

«(...) obrando prueba de que fue el demandante quien no observó las condiciones de seguridad mínimas a que estaba obligado, de conservar y cuidar la tarjeta y el NIP, lo que al parecer condujo a que terceras con o sin la debida autorización del titular realizaran las transacciones mentadas por cajero electrónico».

Fijando esos argumentos como pilares de la decisión adoptada, el Juzgador de segundo grado decidió confirmar lo resuelto por el *a-quo*.

5. El accionante, ante la adversidad de sus planteamientos, optó por recurrir en casación, impugnación extraordinaria que la Corte aceptó a trámite.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Con fundamento en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, e invocando la causal primera, el

demandante presentó en dos cargos las inconformidades frente a la sentencia proferida por el Tribunal. En el primero acudió a la vía indirecta. El segundo, lo hizo por la vía directa. Los ataques serán despachos en el orden propuesto.

CARGO PRIMERO

1. El casacionista fustiga la determinación prohijada en la segunda instancia, en cuanto que, según lo aseveró, contiene varios errores de hecho que comportaron la violación, de manera indirecta, de los artículos 830, 1382 y 1385 del Código de Comercio; y, 1602, 1603, 1604, 1608, 1613, 1614, 1615 y 2341 del Código Civil.

Sostuvo que por la ‘omisión en la apreciación de pruebas’, el Tribunal dejó de declarar responsable al banco demandado por los perjuicios generados al cuentacorrentista. Al sintetizar la magnitud o características de la causa del daño, expuso:

«(...) el Banco demandado sí incurrió en un actuación antijurídica pues con los retiros de los dineros mediante la utilización de cajero automático, la cuenta corriente del señor Caicedo entró en sobregiro, reportado a la Central de Riesgos indebidamente, sin que exista constancia en el contrato de cuenta corriente bancaria obrante en los autos, ni en ninguna otra prueba, documental, testimonial o pericial, o interrogatorio, que el señor Belisario Caicedo Capurro hubiera aceptado, o dado su consentimiento o autorizado un cupo de sobregiro ‘asignado’ por el banco, lo que dio origen entonces a que indebidamente el banco reportara al cliente a la Central de Riesgos, por el mencionado sobregiro, con el consiguiente daño que está demostrado, lo que significa, en otros términos, que esa actuación

administrativa del banco sí es causa adecuada del daño sufrido por el actor, pues, insisto, si no se hubiera permitido el retiro de los dineros por cajero automático, dejando la cuenta en descubierto, es decir, sin fondos, y sin autorización y consentimiento del señor Caicedo para esos efectos, el daño no se hubiera causado» -La Sala hace notar- (folio 20, cuaderno de la Corte).

Y, al precisar qué elementos de prueba desdeñó el juzgador, puntualizó:

i) Comunicación del 24 de enero de 1995, a través de la cual el demandante le refiere a la entidad bancaria que el sobregiro a él concedido ni le fue consultado ni, tampoco, lo autorizó (folio 31).

Esta misiva, se arguye, evidencia la responsabilidad de la entidad bancaria en la medida en que no existe en el expediente prueba de la convalidación del sobregiro señalado.

ii) Comunicación remitida por Caicedo Capurro a quien, en esa época (20 de enero de 1995), fungía como su apoderado; allí se refirió al sobregiro y las circunstancias en que le fue autorizado y eventuales acciones que podrían iniciar (folios 44 a 49).

iii) Comunicación de fecha 1° de julio de 1955, obrante en folio 55, del cuaderno de pruebas, en donde el extremo llamado reconoce que los retiros efectuados de la cuenta corriente de su cliente se llevaron a cabo utilizando la tarjeta débito a él entregada.

Para el recurrente, en relación a esta misiva, la adjudicación del sobregiro fue un acto unilateral de la entidad bancaria y sin contar con la anuencia de su cliente.

iv) Copia de los extractos de la cuenta del accionante, correspondiente a los meses de agosto y septiembre, los que aparecen glosados en folios 55 (sic) a 61, del mismo cuaderno.

Según la acusación, estos documentos demuestran el sobregiro asignado a él concedido, empero, igualmente, develan la ausencia del acuerdo de dicha persona.

v) Declaración de la señora Celia Adriana Serrano (folio 12, cuaderno de pruebas), quien se desempeñaba como asesora jurídica del banco accionado. Dicha funcionaria, en alusión al sobregiro, confirmó los retiros efectuados de la cuenta del señor Caicedo, adicionando que lo fueron acudiendo al cupo a él asignado a título de sobregiro y que tal autorización operaba, regularmente, sin consultarlo con el beneficiario 'simplemente lo asignaba'. Así lo aseguró el casacionista en la sustentación de la censura.

Agregó que el referido testimonio dejaba al descubierto que el sobregiro no fue consultado con el promotor de este recurso ni autorizado por él.

vi) La versión del testigo Julio Emiro Herazo (folio 74 *ib.*), persona que confirmó que a través de un cajero automático sí era posible retirar dineros con cargo al cupo de sobregiro.

Para el impugnante, esta operación (retiro de dinero) sólo debía contar con la autorización del sistema y éste estaba programado para efectuar el pago, aunque por decisión unilateral e inconsulta del Banco.

vii) La versión del señor Henry Forero Ramírez (folio 193, cuaderno de pruebas), experto en ingeniería de sistemas y quien confirmó que el cajero automático es un ente esclavo de la central del banco y que cuando se retira dinero se accede, inclusive, al cupo de sobregiro asignado, pues basta cruzar lo solicitado con lo disponible.

En sentir del casacionista, es evidente que se dispuso de un dinero asignado por un crédito al descubierto o sobregiro que el demandante ni solicitó ni autorizó.

viii) El testimonio del señor Armando Chicué Peña (folio 196, del mismo cuaderno), persona que ocupaba para la época la Coordinación de Unidad de Organización del Banco Ganadero y quien confirmó que si el sistema está programado para entregar dinero a quien utilice la tarjeta, aún con cargo a un sobregiro, al hacerlo, la operación resulta positiva. En cuanto al monto asignado, el mismo es un asunto que resuelve la gerencia de la respectiva sucursal.

Según el impugnante, dicha exposición, igualmente, corrobora que el banco asignó, de manera unilateral e inconsulta, un sobregiro al actor. Además, que él nunca utilizó dicha suma de dinero.

ix) En similar sentido se pronunció el señor Carlos Iván Monroy, es decir, manifestó que si el sistema está alimentado en cuanto a entregar dinero aún con sobregiro, así procede el cajero automático.

El recurrente insiste en que en el expediente no aparece prueba alguna que acredite que el demandante pidió o aceptó el sobregiro.

x) En cuanto a la versión del señor Luis Fernando Botero (folio 3), también inobservada por el Tribunal, la censura afirmó que dicha deposición ponía en evidencia que el Banco Ganadero asignaba sobregiros según el criterio de la persona autorizada por la entidad y que esa decisión no constaba, necesariamente, por escrito; además, según el censor, el declarante puso de presente que el cliente al suscribir el contrato de cuenta corriente autorizaba a la entidad para proceder a realizar esos registros.

xi) El señor Ordoñez Peñaloza, cuya declaración también fue inadvertida por el fallador, en su calidad de gerente del Banco en la sucursal de Cali, oficina en donde aparecía radicada la cuenta abierta por el demandante, corroboró que a dicha persona, por sus características, su actividad, el buen manejo de la cuenta corriente y, sus vinculaciones personales, le había sido asignado un cupo de sobregiro.

El impugnante resalta el hecho de que al demandante se le hizo esa concesión (sobregiro) sin su autorización ni

convalidación; tampoco aparece en el expediente prueba alguna que acredite que el accionante hizo la respectiva petición o manifestó aceptación del mismo.

xii) Para el promotor del recurso extraordinario, la declaración de la representante legal del Banco, señora Eleonora Upegui Perea –folios 5 a 9, cuaderno de pruebas-, despeja cualquier duda sobre que el cupo de sobregiro asignado al demandante fue una decisión unilateral de la entidad bancaria; la autorización para disponer de esa suma de dinero, fijándole un límite, sostuvo la deponente, no requiere petición del cliente y opera atendiendo los múltiples servicios del Banco.

Esa versión, resalta el impugnante, definitivamente, demuestra que el demandante ni pidió ni aceptó el cupo de sobregiro.

xiii) Por último, el recurrente señala que el Tribunal se equivocó al tener en cuenta el contrato de servicios bancarios celebrado entre las partes, pues no aparece que el señor Caicedo haya dado su autorización para el sobregiro, luego fue una determinación unilateral y abusiva del Banco, sin contar con la aceptación debida.

2. A renglón seguido, el casacionista sostuvo que los errores señalados llevaron al sentenciador a desconocer el texto de los artículos 1382 y 1385 del C. de Co., disposiciones que regulan que las partes son las que ajustan sus compromisos alrededor de un contrato como el de cuenta corriente, incluyendo, por supuesto, el manejo o disposición de los dineros

entregados o en poder del Banco y, en el presente caso, el demandante no pidió ni autorizó la asignación de un sobregiro. Situación semejante, dijo, puso en evidencia que el Banco Ganadero incurrió en una ‘actuación irregular y abusiva que lo hace reo de responsabilidad sin causa que la justifique’, desconociendo, a su vez, el artículo 830 del C. de Comercio.

En lo que respecta a las normas del Código Civil, cuya violación por el *ad-quem* fue denunciada por el recurrente (arts. 1602, 1603, 1604, 1608, 1613, 1614, 1615 y 2341), tal situación se produjo, afirmó, en la medida en que el fallador no tuvo en cuenta que los contratos son ley para las partes y que las mismas deben proceder de buena fe en su celebración y ejecución. Y el banco demandado, al conceder un sobregiro sin que este lo solicitara o lo autorizara, desconoció ese referente contractual, con mayor razón si los retiros fraudulentos señalados se hicieron sobre el cupo asignado de sobregiro y, luego, al entrar en mora el cuentacorrentista, dado que ni siquiera conocía de tal circunstancia, resultar reportado a la central de riesgos.

CONSIDERACIONES

1. La orientación del cargo se encamina a demostrar que como consecuencia del descubierto que no pidió el demandante y que unilateralmente concedió el banco, su causación por la vía del retiro mediante cajero electrónico ocasionó a aquel un perjuicio. En ese sentido la censura destaca las atestaciones de terceros, en particular la de diversos funcionarios del ente de crédito atinentes a la

asignación de un cupo de sobregiro, que nunca solicitó el actor. Con otras palabras, se focaliza la acusación en la disconformidad de éste con la existencia del saldo en rojo a su cargo, y más precisamente, en el hecho de no haber él prestado su consentimiento como requisito esencial para el crédito que a favor del banco se generó como consecuencia del sobregiro.

Lo anterior significa que en la impugnación que se estudia, el actor, no va tras la declaración de incumplimiento del contrato de cuenta corriente bancaria y subsecuentemente, por el pago de las sumas allí depositadas, cuya irregular sustracción ha predicado en esta causa, sino tan sólo persigue cuestionar la existencia del sobregiro, por ausencia de voluntad suya, para así alegar (pretensiones tercera a quinta de la demanda genitora) las consecuencias dañosas que de ahí se derivan, por la mora en que se le hizo incurrir y que el banco reportó a la central de riesgos.

2. La búsqueda, atracción y retención de los usuarios de servicios financieros ha modificado sustancialmente la actividad bancaria, la cual se ha valido y se vale, entre otras cosas, de la tecnología en forma cada vez más intensa, no sólo para bajar sus costos y ampliar y masificar sus servicios – aspecto éste que ha venido a entenderse incluso como política de Estado (bancarización)- sino para facilitar el acceso a sus productos, reducir el manejo de dinero efectivo, acelerar la velocidad de las transacciones sin la intermediación de empleados bancarios, entre otras ventajas. En ese sentido, la proliferación de cajeros automáticos, tarjetas inteligentes (débito y crédito), dinero digital, transferencias electrónicas, utilización del computador personal para acceder a los

servicios bancarios a través de portales en la web, etc., han puesto sobre la mesa una distinta manera de interrelacionarse el banco con su cliente. Como efecto de este cambio drástico, los usuarios de servicios financieros y bancarios han obtenido facilidades no sólo para acceder a los mismos sin necesidad de acudir a los establecimientos, sino para disponer de mayores seguridades en las transacciones que realizan, todo lo cual, desde el punto de vista de lo que este proceso pone de presente a la Corte, ha significado que esa automatización de la banca se traduzca en que el contacto del cliente se ha despersonalizado, sin que con ello pueda llegarse a afirmar que el carácter *intuito persona* o mejor, la consideración del perfil de la persona del cliente bancario en muchos de los contratos que celebran estos entes de crédito, no aparezca latente, puesto que no hay que olvidar que el banco, por claras regulaciones sectoriales y con miras a la prevención de riesgos multiformes, está llamado a prevenir situaciones de diversa índole (lavado de activos, insolvencia, etc.) que mayormente puede lograr mediante la identificación cabal de la persona de su cliente, su solvencia patrimonial y moral, sus antecedentes, su comportamiento financiero, etc.

Como contrapartida, también hay que admitir que los riesgos han variado y los efectos de su aparición usualmente son inatajables. Se experimentan nuevos mecanismos de seguridad a la par que afloran nuevos delitos cibernéticos que impactan en el riesgo que la banca crea, utiliza y de la que es responsable salvo que acredite una causa extraña o el hecho exclusivo de la víctima.

Ha dicho esta Corporación, de modo uniforme y reiterado, que la responsabilidad del banco

“deriva del ejercicio y del beneficio que reporta de su especializada actividad financiera, como así lo tiene definido la jurisprudencia cuando asevera que una entidad crediticia es una empresa comercial que dado el movimiento masivo de operaciones, ‘asume los riesgos inherentes a la organización y ejecución del servicio de caja’” (Cas. Civil 24 de octubre de 1994)”(CSJ SC976-2004 del 3 de agosto de 2004, rad. 7447).

En suma, toda esta nueva manera de perfeccionamiento y desarrollo de la actividad bancaria

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

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

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

Menos aún puede bloquearse la posibilidad de probar efectivamente las causas de los comportamientos disvaliosos”¹.

Pero, en todo este escenario, desea resaltar la Corte, en primer lugar, el hecho de que los canales de interrelación, de comunicación entre el banco y el cliente se han ensanchado pues no solamente existe y pervive la tradicional relación de

¹ Barbier, Eduardo Antonio, Contratación bancaria, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, página 17 y 18.

dos personas físicas que en nombre propio o ajeno se ponen en contacto para acordar un negocio comunicándose recíprocamente su intención, sino que además en el desarrollo del mismo , y aun en los tratos preliminares, se hacen a medios que la tecnología ha permitido utilizar con relativa seguridad para que manifiesten sus voluntades y lleguen a un acuerdo, logro que por lo demás, no es único en la actividad bancaria, desde luego que ha permeado todo el comercio, globalizado quizás por esas facilidades.

En consecuencia, debe admitirse que ya se trate de correos electrónicos o de la utilización del portal del empresario, o, para aterrizar en este asunto, de cajeros electrónicos, es lo cierto y usual que tanto la entidad de crédito como el usuario de sus servicios entienden ponerse en contacto el uno con el otro por estos medios, por supuesto con las debidas seguridades que reclama el ambiente en el que están interrelacionándose, medios para nada exóticos en los tiempos que corren, bien sea para poner en desarrollo un contrato ya perfeccionado o para formar uno nuevo, aspecto este último que es el que concita la atención de la Sala.

3. Puesto de presente lo anterior, el elemento axial para la dilucidación de la controversia consiste en determinar quién ha hecho la oferta o propuesta de contrato de mutuo y quién la ha aceptado, desde luego que para la formación de este contrato es menester que exista un acuerdo de voluntades, formado así sea virtualmente, aun cuando se reconozca desde los tiempos de Roma que su existencia comienza a partir de la entrega de la cosa dada en préstamo.

3.1. El contrato de depósito en cuenta corriente bancaria, al decir de la Corte

“[R]esulta ser por su propia naturaleza un contrato de carácter autónomo, con perfiles singulares que lo distinguen del simple depósito mercantil del que se ocupa el mismo Código en su Título VII del Libro Cuarto, al igual que es también diferente de la llamada cuenta corriente mercantil, reglamentada por el Título XII del mismo Libro del Código en mención.

En virtud de su objeto y finalidad socioeconómica, el contrato de cuenta corriente bancaria permite al cuentacorrentista consignar dinero y cheques, así como disponer de sus depósitos, total o parcialmente, no solo mediante el giro de cheques sino, también, de cualquiera otra manera previamente convenida con el Banco (Art. 1382, C. de Co) (SC 058-1995 del 14 de junio de 1995, rad. 4370).

Corresponde a una operación pasiva en la que el banco se constituye en deudor de su cliente. De ese convenio deriva la obligación a cargo de cuentahabiente de *“mantener en poder del banco fondos suficientes para atender el pago de los cheques que libre contra el banco”*, como se estipula en éste, objeto de la cuestión litigiosa (folio 142 del cuaderno 1), débito sobre el cual esta Corporación en reciente data dijo:

Como el censor manifiesta igualmente que el “crédito” otorgado se hallaba ligado a la cuenta corriente, por el sistema de “sobregiro”, conviene precisar que según lo previsto en el canon 1382 de la Codificación Mercantil, “por el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco”, por lo que “entre las obligaciones que al banco impone [el citado precepto], derivadas del contrato de cuenta corriente, ‘está la de mantener los dineros depositados regularmente para entregarlos en

la medida que el cuentacorrentista haga disposición de ellos (...)” (sentencia de 15 de diciembre de 2006, exp. 2002-00025-01).

De acuerdo con lo anterior, es claro que la obligación de la entidad bancaria, por virtud del “contrato de cuenta corriente”, se concreta a acatar las órdenes de pago impartidas por el cuentacorrentista, limitadas a las sumas dinerarias depositadas en la respectiva “cuenta corriente” o al monto del crédito que se hubiera convenido y de contera, al titular de ésta le compete emitir los cheques por una cantidad que no exceda la consignada o la que corresponda a la línea de crédito con la que haya sido favorecido.

Lo antes indicado pone de presente que si el “cuentacorrentista” emite dichos títulos valores sin tener suficiente provisión de fondos y carece del otorgamiento de crédito o excede el límite conferido por el Banco, éste puede negarse a solucionar aquellos por la causal de “fondos insuficientes”, aunque, igualmente ostenta la liberalidad de admitir la orden y “pagar” el título, lo que estructura el sobregiro que, de todas formas, sin acuerdo previo no se halla compelido a conferirlo, aunque se repite, puede hacerlo, evento en el cual se genera un “crédito” a su favor por el monto que excedió el saldo disponible en la respectiva “cuenta corriente”. (SC 4756-2014 del 11 de abril de 2014, rad. 11001-31-03-023-2005-00685-01. El subrayado no es del texto original)

3.2. De suerte que si el contrato de cuenta corriente bancaria impone al cuentacorrentista la obligación de mantener fondos suficientes para el pago de cheques, no correspondería, a la naturaleza de esta operación pasiva, de acuerdo con el ordenamiento positivo colombiano (artículo 714 del Código de Comercio²), que el banco tuviese que pagar cheques girados en descubierto o, lo que es lo mismo, solicitudes de retiro en cajeros electrónicos. No es el mutuo generado por ese pago (operación activa), en criterio de la Corte, más que un contrato relacionado con el de cuenta corriente, en atención a la persona del cliente, pero no propiamente mixto ni

² Dice el precepto: “El librador debe tener provisión de fondos disponibles en el banco librado y haber recibido de éste autorización para librar cheques a su cargo”

menos coligado o conexo con el de depósito irregular aludido. Es decir, si, conforme a los criterios doctrinales que la Corte ha tenido oportunidad de examinar y dejar consignados (Cfr. SC de 6 de octubre de 1999, rad. 5224), los conexos son aquellos celebrados usualmente por las mismas partes –pero puede suceder que incluso en uno o varios de ellos participe un tercero adicional-, en un solo acto, que a pesar de estar regulados cada uno de modo independiente, por razones diversas tales como la interdependencia, reciprocidad, vinculación genética o funcional (Messineo) han sido doctrinalmente tratados como una unidad económica sometida a la misma suerte. Y si los denominados mixtos son más bien un solo negocio que contiene prestaciones de dos o más contratos típicos, este de cuenta corriente bancaria en cuyo desarrollo aflora un crédito no consentido previamente, ajeno como se ha dicho a su naturaleza, debe convenirse en que tal fenómeno de conjunción no es más que la confluencia de un contrato –el de mutuo- en desarrollo de otro –el de cuenta corriente.

En consecuencia, si se tiene en cuenta que en el contrato de cuenta corriente aparece como obligación del cuentacorrentista mantener fondos suficientes para el pago de cheques y para disponer de dichos recursos por otros medios convenidos, mal pudiera concluirse que es el banco quien propone al cliente un préstamo cuando este ha girado un cheque sin fondos o ha accedido al cajero electrónico en busca de recursos de que no dispone. La iniciativa, por supuesto, parte del cuentahabiente. Otra cosa es que en vista de las antedichas maneras de que dispone el banco para mantener

contacto con su usuario, haya predispuesto su aceptación en el evento de una solicitud de crédito, en atención por ejemplo, al perfil de aquel, a través de un canal como es el cajero electrónico. De ese modo, es factible entender que el establecimiento no deba esperar a que el consumidor financiero presente la solicitud de crédito para estudiar sus antecedentes y la conveniencia de otorgarlo, puesto que, siendo ahora infrecuente que entre en trato personal con él, resultará más eficaz, adelantarse en ese estudio y disponer la aceptación o negativa antelada.

La concesión efectiva de dinero prestado al cliente bancario puede presentarse mediante la previa celebración de un contrato de apertura de crédito, para cuya utilización puede y suele utilizarse la cuenta corriente. En este caso, el cliente tiene derecho a contar con esos recursos en vista de que cuando los requiere, lo hace en virtud de un contrato previamente acordado con su entidad financiera. A la par, también debe reconocerse que la cuenta corriente es usualmente el canal utilizado para el desembolso de un crédito convenido. Pero en la hipótesis del sobregiro, en donde no se ha acordado nada previamente, hay que entender que la propuesta de mutuo llega del cuentacorrentista, la cual se hace cuando por conducto del cajero electrónico solicita un retiro de su cuenta, a la sazón sin fondos. El banco internamente puede haber dejado preestablecido que a un cliente en particular ha de concedérsele dicho sobregiro y en efecto lo obtiene ese usuario de la tarjeta (“cupó de sobregiro”). O puede tomar la decisión de aceptar pagar un cheque concediendo el descubierto, evento tradicional que quizás no se presente en la

utilización de cajeros. Pero sea lo uno o lo otro, en esta conducta, no se avizora un abuso ni el incumplimiento del contrato de cuenta corriente, ni se requiere que exista un contrato de apertura de crédito previamente establecido. Es válido interpretar que el cliente, al utilizar los canales ya no tan nuevos pero en todo caso no previstos en el Código de Comercio –ordenador, cajeros electrónicos- emitió una oferta de contrato de mutuo (sobregiro) que el banco, ya ha dispuesto que va a aceptar.

3.3. Es lo que aconteció en este caso. Las declaraciones de testigos ponen de presente que la entidad había preestablecido un cupo de sobregiro, pero ello no significa que hubiese acordado con su cliente un contrato de apertura de crédito o que hubiera aceptado una previa solicitud en tal sentido, o que esa decisión hubiese tenido que ser aceptada por el cuentahabiente. Atienden las declaraciones, cuyo énfasis pone de presente el casacionista, a la discrecional voluntad de la entidad financiera de dar por aprobada una futura solicitud de crédito por la vía del sobregiro hasta por un monto previamente establecido. Es lo que por lo demás se aprecia en la comunicación interna del 14 de marzo de 1989 suscrita por la Gerente Regional Occidente y dirigida al Gerente de la Oficina Principal del entonces Banco Ganadero (hoy BBVA), en el sentido de ratificar la autorización de *“otorgamiento de cupo de sobregiro al señor Belisario Caicedo Capurro, en cuantía de \$1.500.000 con máximo de 15 días por cada utilización, de acuerdo con las condiciones establecidas por el Banco en la circular número 146 de 1988 y garantía personal, para lo cual*

debe tener debidamente diligenciado el pagaré de contragarantía” (f. 144, c. 1).

En consecuencia, si la solicitud de mutuo por la senda del sobregiro provino del ingreso de la tarjeta plástica al cajero electrónico, no a otra conclusión debe llegarse: si sólo el cuentacorrentista es quien puede utilizarla fue él quien formuló la oferta de contrato.

De modo que cuando internamente la entidad por conducto de sus funcionarios hizo las adecuaciones en sus procedimientos en orden a asignar un cupo de sobregiro al cliente, razón por la cual se acomodó el sistema para que dicho monto pudiera ser utilizado, no hizo otra cosa que adelantarse a una futura solicitud del mismo, accediendo de manera anticipada al pago futuro de una solicitud de retiro por cajero electrónico, sin que ello le otorgue derechos al cuentahabiente, pues, se itera, no había allí un contrato de apertura de crédito y sin que esa manera de proceder suponga un abuso del derecho o una violación al contrato de cuenta corriente o a las normas que disciplinan el mutuo.

3.4. Ahora bien. Es cierto que este conflicto comenzó justamente porque el actor tildó de irregulares los retiros que afectaron el saldo que tenía su cuenta corriente y, aún más, llegaron hasta dejarla en rojo, pues afirmó no haberlos hecho él. Pero, como se anticipó, el cargo sólo se enfoca en el descubierto, dejando de lado un aspecto medular, tan solo abordado de manera tangencial en el cargo segundo, atinente a la afirmación del Tribunal acerca del incumplimiento en que incurrió el actor en la debida custodia del plástico y la clave.

Lo dicho es suficiente para concluir en el fracaso del cargo.

SEGUNDO CARGO

1. En esta acusación, delineada bajo la égida de la causal primera de casación, vía directa, regulada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, sostuvo que el Tribunal, al emitir el fallo censurado, violó los artículos 830, 1382 y 1385 del Código de Comercio; el 98, numeral 4º, del Decreto 633 de 1993; y, 1602, 1603, 1604, 1608, 1613, 1614, 1615 y 2341 del Código Civil, dado que omitió aplicar las normas que regulan el caso litigado y, aquellas que sí hizo operar, les dio una interpretación diferente a la que correspondía.

2. Condensó sus planteamientos en el siguiente texto:

«(...) el Tribunal desconoció que 'los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella'. Partiendo de este postulado o principio normativo de los contratos, el Tribunal excluyó de su razonamiento jurídico, en primer lugar, los denominados deberes secundarios de comportamiento, que integran el contenido de la prestación, aunque no estén pactados, y en segundo lugar la índole de la responsabilidad profesional que asumen los bancos en la prestación de sus servicios, rigurosa y ciertamente especial que trasciende la simple culpa de los restantes sujetos que participan en el comercio jurídico» (folio 28, demanda de casación).

Afirmó que en desarrollo del artículo 1602 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe, por tanto, ‘la lealtad, la diligencia y el obrar correctamente’, hacen parte de las obligaciones que deben orientar el comportamiento del deudor, así no estén expresamente pactadas, pues, por la naturaleza del negocio, se consideran que de él hacen parte; con mayor razón, afirmó, si de profesionales en la actividad respectiva se trata.

Expuso que entre los ‘deberes de protección’, corresponde incluir las ‘llamadas obligaciones de seguridad’, luego, cada una de las partes está comprometida a prestar su concurso para que haya una satisfacción de la prestación debida; en ese orden, cuando de la provisión de servicios bancarios se trata, la entidad, como profesional que es, está en la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para evitar daños en el patrimonio del cliente; por tanto, una deficiente prestación de dichos servicios o la abstención u omisión en la observancia de esos ‘deberes secundarios de comportamiento’, pueden comprometer la responsabilidad del banco.

Plasmado lo anterior, arguyó, debido a que la tarjeta debito que la entidad financiera le había entregado y, que éste, pasados más de cinco años no la había utilizado, atendiendo esas circunstancias, insistió, en desarrollo de los deberes secundarios de conducta y, en especial, en el de seguridad, debió inutilizarla o fijar un término de vencimiento, situación ante la cual no le es dable descargarse de sus obligaciones aduciendo que al cuentacorrentista le correspondía velar por el plástico.

Insistió en que dada la actividad de la entidad demandada, en la que no solo aparece involucrado el interés del cliente sino de toda la comunidad, pues capta y maneja el ahorro del público, tal circunstancia le impone un debido comportamiento en la medida en que el desarrollo de su objeto social incide en la economía del país y, por ello mismo, la acciones y los entes a quienes el Estado les provee la autorización para desempeñarse como tales, deben generar confianza y seguridad en cada una de sus actuaciones. En una y otra operación le resultaba imperativo colocar al servicio de los usuarios y, en particular del demandante, la debida diligencia y toda la tecnología existente para evitar la afectación de derechos de sus clientes y usuarios en general. Bajo esa consideración, en la medida en que la tarjeta que entregó al actor para disponer de los dineros depositados no había sido utilizada a lo largo de más de cinco años, debió estar inactiva y, por supuesto, de haber procedido en ese sentido, el daño denunciado nunca hubiese tenido lugar. Como así no sucedió, insistió, la entidad financiera es la responsable de los perjuicios sufridos.

CONSIDERACIONES

1. El segundo cargo se orienta a criticar al Tribunal por no haber advertido que en el contrato de cuenta corriente bancaria también se predicen deberes secundarios de conducta de la entidad financiera demandada, la que, además, asume una responsabilidad profesional de brindar protección a su cliente, deber de seguridad cuyo incumplimiento se concreta en que la entidad financiera no le puso término de caducidad a la tarjeta débito con la cual se realizaron los retiros

que se tildan se irregulares. Coteja tal incumplimiento con aquel otro atribuido al demandante consistente en no haber custodiado debidamente la tarjeta y la clave a él asignada, a efectos de indicar que esta omisión no puede ser considerada como causa adecuada del daño, pues de haber previsto la entidad financiera un término de expiración, caducidad o vigencia del plástico, su uso, después de cinco años de entregado, no se hubiera verificado.

2. Debe destacarse, de entrada, que dicho planteamiento comprende la aceptación de la conclusión a la que arribó el Tribunal en cuanto a que el cuentacorrentista incumplió el débito emanado del contrato de cuenta corriente, consistente en custodiar tanto la tarjeta como el número de identificación personal que el banco le había concedido.

Sobre esta conclusión la Corte destaca que desde la misma demanda, en comunicación del abogado al banco, transcrita en ese libelo, aquel informa que *“la devolución de la tarjeta no se ha hecho porque sencillamente no existe. El banco dice que la entregó en febrero 2 de 1988, cuando la misma supuestamente fue entregada en febrero 2 de 1989, según dice el banco que consta en los documentos que conserva el mismo banco”* (flo 89 y 90, c.1). Este aserto se reitera en comunicación del actor a su abogado, también reproducida allí, del 20 de enero de 1995: *“si bien es cierto se me solicitó la devolución de la tarjeta, el suscrito no lo hizo simple y llanamente, porque no la tengo”*.

El Tribunal, asimismo se recuerda, tomando pie en lo estipulado en las cláusulas 23, 24, 28, 29,31, 32 del contrato

de servicios bancarios, infirió que el actor estaba obligado a conservar la tarjeta y el número de identificación asignado, lo que además en interrogatorio de parte admitió no haber hecho. Esa corporación, finalmente, basada en el dictamen pericial afirmó que los retiros se hicieron *“con la utilización de la tarjeta bancaria débito del cuentahabiente y la introducción de su NIP o clave”*.

Por consiguiente, lo que enfrenta al casacionista con la conclusión adoptada en la sentencia está dado por el hecho de que el Tribunal calificó la falta de custodia de la clave y el plástico como detonante de los retiros irregulares, al paso que la censura desestima tal postura, sin combatir tal aserto, pero poniendo énfasis en el deber de protección que imponía al banco establecer un término de caducidad al plástico. Eso, en últimas dice relación con la causa adecuada del daño reclamado, que para el censor es el incumplimiento del banco en no limitar la vigencia de la tarjeta, al paso que para el fallador esos perjuicios se originaron por razón de la inobservancia del cuentahabiente sobre su mentada obligación de custodia, lo que en últimas refleja una cuestión fáctica.

3. De acuerdo con jurisprudencia de la Corte Suprema, dentro del cúmulo de hechos antecedentes a la causación del daño, a los efectos de determinar la responsabilidad que se predica del demandado, deben buscarse aquellos que resulten adecuados para producirlos. Dijo, por ejemplo:

El problema, entonces, se reduce a establecer si el Tribunal se equivocó de modo manifiesto al sopesar los dos comportamientos y tener como envolvente del nexo causal el que era ajeno a la sociedad demandada, es decir, a verificar si la utilización de una ruta no autorizada por las autoridades de transporte para prestar el servicio público de pasajeros, fue la causa adecuada del daño, la muerte del

conductor y del ayudante del bus, padre e hijo, porque sólo si la respuesta es positiva, el yerro de valoración probatoria igualmente se tornaría en manifiesto, lo cual, de por sí, obligaría a la Corte entrar a examinar su trascendencia.

Con ese propósito, oportuno resulta señalar, como tiene explicado la Corte, que en los casos en que, prima facie, el “nexo de causalidad es evidente”, su descarte por el Tribunal, en esas condiciones, conduce a cometer un error del “mismo calibre”, sin olvidar, claro está, que en esa precisa “materia tiene esa Corporación discrecionalidad para ponderar el poder persuasivo que ofrecen las diversas probanzas, orientadas a esclarecer cuál de las variadas y concomitantes causas tiene jurídicamente la idoneidad o aptitud para producir el resultado dañoso”.

En ese laborío, en sentir de la Sala, “se asume que de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más ‘adecuado’, el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo”.

Por esto, ocurrido el daño, en el mismo antecedente se señaló que en la respectiva investigación “debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud” (CSJ SC del 6 de septiembre de 2011, rad. C-0500131030092002-00445-01)

Por manera que si de lo que se trata es de

establecer el nexo de causalidad que puede existir entre dos hechos debidamente probados en el proceso, entonces el eventual error en la formulación del enunciado fáctico sólo puede ser de hecho y jamás de derecho, dado que no hay ninguna disposición en el ordenamiento procesal civil que indique la manera en que debe inferirse la relación de causalidad; como no podría haberla, dado que tal labor -se reitera- es una operación del entendimiento humano.

En el mismo sentido se han pronunciado la jurisprudencia y la

*doctrina extranjeras, al considerar que la determinación de la causa del daño “y si entre éste y el hecho ilícito existe o no esa relación, es una cuestión de hecho que los jueces del fondo establecen privativamente”, y que puede ser revisada en casación, por la vía de la causal primera –yerro fáctico– si el razonamiento que a tal conclusión conlleva se muestra contraevidente.*³

4. Al margen de lo anterior, debe señalarse que la entrega del plástico se realizó el 2 de febrero de 1989 y la defraudación se vino a consolidar en agosto y septiembre de 1994, por lo que el deber de protección y secundario de conducta a que alude el cargo ha de significar que la caducidad o término de vencimiento de la tarjeta débito debía de ser de menos de cinco años. No obstante, si se examina esta circunstancia en el contexto de la ejecución del contrato de cuenta corriente bancaria, sin dificultad se avizora que la omisión de esa esperada conducta del banco sólo vino a trascender cuando los retiros tildados de espurios fueron detectados, mas nunca antes, cuando sin observación alguna y dando muestras inequívocas de su conformidad con el servicio que el banco le suministraba con la entrega de la tarjeta bancaria, aceptó el actor recibirla, comprometerse a cumplir con su particular custodia, así como a no transferirla, a la par que por años admitió -sin que se evidencie postura contraria-, que trimestralmente la entidad financiera practicara en la cuenta corriente los descuentos como retribución al mencionado servicio que a su disposición siempre estuvo, sin que pueda tildarse de negligente u omisivo el actuar de la entidad por no haber detectado que el titular no la usase, desde luego que tampoco éste mostró inconformidad con su tenencia, y antes

³ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Ediar Editores Ltda., 1983. Pág. 249.

bien, pudiera pensarse que estuvo de acuerdo con el potencial servicio que ella le habría de prestar, pues no objetó los aludidos descuentos.

En efecto, a folios 23 a 28 del cuaderno de pruebas, obra la constancia de entrega de la tarjeta bancaria, con expresa alusión a la responsabilidades que de ella se derivan de acuerdo con el contrato suscrito con el banco, así como los extractos de cuenta corriente correspondientes a los meses de agosto de 1991, agosto de 1992, agosto de 1993, febrero de 1994, en todos los cuales se aprecia el registro de sendas transacciones bajo el rubro “CTM” que en la parte inferior de los formatos se identifican como “*cuota trimestral manejo tarjeta*”.

4. Es cierto que, como en todo contrato, en el de cuenta corriente bancaria las partes se obligan “*no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella*” (artículo 1603 del Código Civil). A la par que los interesados se avienen a determinados compromisos doblegando o moldeando sus conductas con miras a honrar el acuerdo ajustado, admiten, simultáneamente, así sea de manera implícita, que los parámetros vertidos sean complementados con aquellas pautas que la propia ley abona a cada contrato, atendiendo su naturaleza o la función que cumplen. Es decir, existen importantes normas dispositivas que desarrollan una labor suplementaria dando integralidad a la labor de los particulares, directrices que en algunas oportunidades, inclusive, tienden a evitar que lo resuelto por ellas se erija en una afrenta al ordenamiento jurídico o al orden público o, sencillamente,

comporte una disposición odiosa para uno u otro de los contratantes.

En palabras de J. W. Hedemann, *«las partes, al celebrar (el contrato) prevén solamente sobre lo que tienen más próximo, quedando mucho sin tratar y, por tanto, sin regulación inmediata. Entonces, las normas elásticas, en virtud de la denominada misión integradora o supletoria del derecho positivo, cubren las lagunas dejadas por las partes»* (Tratado de derecho civil. Derecho de las obligaciones, trad. J. Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958).

5. Por manera que, en el *sub-lite*, el contrato de cuenta corriente ajustado por las partes, no solo debió ser gobernado por lo que ellas, expresamente, hubiesen convenido sino por todo aquello que, atendiendo su naturaleza y función, le resultaba propio. El artículo 871 del Código de Comercio, a tono con la disposición civil antes aludida, establece:

«Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural».

Cuando los interesados concurren a intercambiar bienes y servicios, en unos y otros debe relucir un comportamiento que evidencie un ánimo desprovisto de ventajas desmesuradas o que constituyan cargas desproporcionadamente gravosas para cualquiera de ellos; menos que la obtención de la prestación concertada provenga de maniobras o conductas matizadas por

actos desleales. Es, en definitiva, la presencia de diversos aspectos de orden moral, económico, jurídico, etc., que, según cada contrato, guían, por el camino correcto, a los contratantes.

Por supuesto, entre los aspectos que así las partes no hayan aludido de manera explícita, algunas se tornan generales para todos los contratos celebrados y devienen imprescindibles respecto de ellos y, otros, por el contrario, responden a las características del negocio perfeccionado. Al funcionario de conocimiento, entonces, le corresponderá definir tal situación.

6. En cuanto a esa regla de oro como es la buena fe, no solo se erige en pilar de toda negociación sino que, además, de su percepción dimanar otros derechos o deberes, precisamente, por descollar como un referente inamovible de un debido comportamiento contractual. La buena fe contribuye a que en la proyección, celebración, desarrollo y terminación de uno cualquiera de los negocios que los interesados puedan llegar a celebrar, concurren valores que lleven a uno u otro a comportarse a tono con lo previsto y ajustado.

La Corte Suprema, en multitud de eventos, ha expuesto lo que sigue:

En efecto, principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción a la cual deben actuar las personas –sin distinguir alguno- en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación.

Este adamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico – constitucional y legal- y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, grosso modo, presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identificase entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo ‘fe’, puesto que “fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará” (4).

La buena fe, someramente esbozada en lo que a su alcance concierne, se torna bifronte, en atención a que se desdobra, preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada ‘buena fe subjetiva’ (creencia o confianza), al igual que en la ‘objetiva’ (probidad, corrección o lealtad), sin que por ello se lesione su concepción unitaria que, con un carácter más panorámico, luce unívoca de cara al ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, se anticipó, es un principio general -e informador- del derecho, amén que un estándar o patrón jurídicos, sobre todo en el campo de la hermenéutica negocial y de la responsabilidad civil.

La subjetiva, in genere, propende por el respeto -o tutela- de una determinada apariencia que ha sido forjada con antelación, o por una creencia o confianza específicas que se han originado en un sujeto, en el sentido de estar actuando con arreglo a derecho, sin perjuicio de que se funden, en realidad, en un equívoco, todas con evidentes repercusiones legales, no obstante su claro y característico tinte subjetivo (‘actitud de conciencia’ o ‘estado psicológico’), connatural a la situación en que se encuentra en el marco de una relación jurídica, por vía de ejemplo la posesoria. La objetiva, en cambio, trascendiendo el referido estado psicológico, se traduce en una regla –o norma-orientadora del comportamiento (directiva o modelo tipo conductual) que atañe al dictado de precisos deberes de conducta que, por excelencia, se proyectan en la esfera pre-negocial y negocial, en procura de la satisfacción y salvaguarda de intereses ajenos (deberes de información; de claridad o precisión; de guarda material de la cosa; de reserva o secreto, etc.).

Y al mismo tiempo es bipolar, en razón de que ambas partes deben observarla, sin que sea predicable, a modo de unicum, respecto de una

⁴ E. Danz, La interpretación de los negocios jurídicos, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, p. 191. En sentido similar, Luigi Mosco. Principi Sulla Interpretazione Dei Negozi Giuridici. Dott. Nápoles. 1952. Págs. 67 y ss.

sola de ellas (...). –Hace notar la Sala- (CSJ SC 2 de agosto de 2001, Exp. No. 6146, revalidado el tema, entre otras, en decisiones de 19 de diciembre de 2006, Exp., n° 10363 y 29 de junio de 2007, Exp., n° 1998 04690 01).

7. Pero no solamente esa directriz juega papel preponderante en esta clase de convenios (cuenta corriente); concurren, así mismo, provenientes del principio señalado en precedencia, lo que la doctrina y la jurisprudencia han dado en llamar ‘deberes secundarios de conducta’, es decir, algunas circunstancias provenientes de la naturaleza misma del negocio, amén del fin perseguido por los estipulantes. Entre ellos pueden citarse el de seguridad o protección, el de cooperación y, de no hacer más onerosa o complicada la satisfacción de los resultados pretendidos. Todo ello, sin duda, estará determinado por las condiciones que rodeen cada pacto, así como la injerencia del mismo en la dinámica social, económica, jurídica, cultural, etc., de la comunidad (CSJ SC Sent. Jul 11 de 2001, Exp. n° 6201).

Sobre este particular, por ejemplo, cuando una de las partes celebra el contrato esgrimiendo una cualidad o calidad específica; o una de las partes acude a la otra buscando que sus condiciones profesionales o especializadas satisfagan el fin perseguido, debe exigírsele un comportamiento adicional así el contrato esté desprovisto de esa connotación.

Las obligaciones asumidas en respuesta a un oficio o ejercicio profesional, ha dicho la doctrina:

‘lleva normalmente consigo un aumento del grado de su obligación respecto a la obligación del particular. Ese acrecentamiento se

justifica desde dos puntos de vista. Por una parte, el que quiere adoptar, con relación a la sociedad una actividad habitual y, en cierto modo, conferirse a sí mismo una función, debe prepararse para ejercerla bien: debe adquirir los conocimientos o los títulos necesarios, asegurarse el material o los locales convenientes, juntar los colaboradores o subordinados que puedan serle útiles. Por otra parte, la práctica habitual y concienzuda de una actividad torna más competente al que la desempeña. Desde esos dos puntos de vista, cabe exigirle a un profesional una competencia, un material y una diligencia que no se podrían imponer a un particular. Así, un agente de cambio debe comprender la situación jurídica de un cliente, incluso si no se le indica sino implícitamente; un notario es responsable de la redacción anfibológica de un documento, porque los terceros deben tener confianza en la apariencia que crea» (Mazeaud–Tunc, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo I, Vol. I, págs. 213 y ss.).

Y, cuando se trata del ejercicio de una actividad como la que cumplen las entidades financieras y, particularmente los bancos, no hay duda que, entre sus obligaciones, así no hayan sido objeto de pacto expreso por parte de los interesados, el deber de seguridad y protección hace parte de los compromisos incorporados en el contrato de cuenta corriente que es objeto de análisis.

8. Ese deber de seguridad o protección, en términos concretos, se exteriorizaba por parte de la accionada en la adopción de todas las medidas necesarias para evitar que el demandante, su cliente, fuera defraudado en los bienes o dineros depositados en la cuenta, al margen de su origen, para

lo cual se le impone incorporar todos los elementos técnicos y tecnológicos idóneos para ese propósito.

Empero, esa exigencia (el deber de seguridad y protección), no solo aplica a la entidad bancaria; el cuentacorrentista, en lo que a él corresponde, asume, por igual, el compromiso de sujetar su conducta a los mínimos de seguridad que le dejen a salvo, sea a él o a la entidad, de cualquier ilícito, vr. gr., custodiar debidamente los elementos recibidos del banco (chequera, tarjetas, etc.), para el retiro de los bienes depositados y, en especial, los dineros consignados o proveer la información necesaria para neutralizar cualquier intento de fraude. Dimanante de la buena fe y de la diligencia esperable se predica asimismo el deber de advertirle al banco, por ejemplo, su desinterés por un servicio (tarjeta débito) que le es cobrado, desde luego que si al comienzo mostró su conformidad con el mismo, su falta de uso acompañado de su silencio, puede ser interpretado en ambos sentidos: tanto cabe entender que racionalmente el cuentahabiente está dispuesto a pagar por él para tenerlo activo aun cuando antes no lo haya usado, como lo contrario.

9. En síntesis, a uno y otro contratante le sobreviene el compromiso de velar por la seguridad o protección, según el rol que cada uno desempeñe, de elementos o actuaciones cuyo descuido, potencialmente, resultarían dañadas o dañinas.

10. De todo lo dicho se desprende el hecho inequívoco, firme en esta causa por no haber sido impugnado, consistente en que el actor no cumplió su compromiso de custodia, esto es,

el debido control de la referida tarjeta (débito), pues ni la devolvió al banco emisor, no obstante las diferentes solicitudes (folio 162), ni formuló o acreditó la presentación de la denuncia respectiva por pérdida; ni siquiera, como lo reconoció en el interrogatorio absuelto, pudo indicar el lugar exacto en donde guardaba el plástico.

En autos aparece (folios 210 a 233, cuaderno de pruebas de la parte demandada), y, así lo vindicó el Tribunal, declaración de un experto (ingeniero de sistemas), señalando que el retiro de los dineros de la cuenta del demandante lo fue utilizando la tarjeta débito a él entregada y, además, se hizo uso del número personal de identificación. Esta versión no fue controvertida y sumada al hecho de que el actor no pudo devolver la tarjeta débito ni, dada su eventual pérdida, acreditó la formulación de la denuncia pertinente conducen a creer sólidamente que ese instrumento fue el utilizado. Situación semejante, sin la menor duda, pone en evidencia que el señor Caicedo Capurro se sustrajo de proteger, vigilar o prestar la seguridad necesaria al plástico a él entregado.

Puestas así las cosas, la pérdida de las sumas de dinero a que alude la demanda, no tendrían como causa directa la omisión del banco en limitar la vigencia temporal de la tarjeta, sino, como quedó visto, la conducta del cuentacorrentista, en vista de que durante el tiempo en que estuvo activa así tuvo que saberlo y consentirlo si luego de aceptar las obligaciones que la entrega del plástico le significaron no objetó el cobro y descuento trimestral de la comisión por ese servicio. En ese contexto, el Tribunal no erró en su juzgamiento, por lo que el nexo causal

requerido para fijar la responsabilidad contractual del banco, es decir, que la consecuencia haya sido determinada por la conducta de la entidad financiera, se diluye y, como lo resaltó la Corporación falladora, el comportamiento del actor fue el percutor del procedimiento irregular del retiro y no la constitución del sobregiro, ni la invalidación o inhabilitación del plástico.

11. Como corolario de lo expuesto, ha de concluirse que los errores atribuidos al Tribunal no acaecieron.

Los cargos no prosperan.

DECISIÓN

En mérito de lo discurrecido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el veintinueve (29) de junio de dos mil doce (2012), por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso referido al inicio de esta determinación.

Costas a cargo de la parte recurrente. Conforme lo previene la Ley 1395 de 2010, se fija por concepto de agencias en derecho la suma de \$6.000.000.oo., atendiendo, además, que la opositora hizo presencia en este trámite, dando respuesta al recurso.

Notifíquese y devuélvase

ALVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA