

República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

**MARGARITA CABELLO BLANCO**

**Magistrada Ponente**

**SC1697-2019**

**Radicación n.º 05001 31 03 009 2009-00447 01**

(Aprobado en sesión de trece de mayo de dos mil diecinueve)

Bogotá, D. C., catorce (14) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el demandado **Banco de Bogotá**, respecto de la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el veintidós (22) de mayo de dos mil trece (2013), en el proceso ordinario que en su contra y del **Banco Santander** promovió **Jorge Ignacio Gómez Ochoa**

## **I. ANTECEDENTES**

1. El promotor pidió de la jurisdicción declarar la responsabilidad civil de las convocadas, en razón del pago irregular que se hiciera de un cheque “de gerencia” (sic), por

valor de \$181.078.282,00, librado en su favor y con la restricción de pagar únicamente al primer beneficiario y se les condene al pago de los perjuicios materiales, que estimó por daño emergente en el valor del importe del cartular y por lucro cesante el correspondiente a los intereses por dicha suma a la tasa más alta autorizada, desde el día en que se realizó el pago del cheque, esto es, el 23 de diciembre de 2006 hasta la cancelación de la obligación.

2. Las anteriores pretensiones las soportó el demandante en los hechos relevantes que admiten el siguiente compendio:

2.1. Sostuvo que llevó a cabo negociación con el señor José Jaime Ochoa Osorio para la compraventa de un apartamento y como soporte de seriedad del negocio en diciembre de 2006 le hizo entrega de un cheque “*de gerencia*” por valor de \$181.078.282,00 del Banco Santander, que había sido girado a su nombre con nota restrictiva de «*páguese únicamente al primer beneficiario*», ordenado por el girador.

2.2. Apuntó que en el negocio celebrado con el señor José Jaime Ochoa Osorio no se celebró promesa de compraventa alguna por el conocimiento que se tenían, y para la entrega del cheque se le manifestó que se lo dejaba en depósito como garantía.

2.3. Afirmó, que el mentado Ochoa Osorio se le perdió varios días, y tiempo después se enteró de su muerte y que éste, al parecer, consignó el cheque en su cuenta, pues tenía

el sello restrictivo, sin que hiciera gestión o diligencia alguna «ante el banco o el girador para levantar ese sello y fue pagado por el Banco Santander de Medellín», hecho este que «hasta hace poco tiempo pudo establecer».

3. El asunto correspondió al Juzgado Noveno Civil del Circuito de Medellín, quien lo admitió a trámite por auto del 31 de agosto de 2009, ordenando el enteramiento de las entidades convocadas, acto que se surtió en debida forma.

4. Puestos a juicio lo bancos demandados se pronunciaron en diversa forma respecto de los hechos alegados en la demanda, y en ejercicio del derecho de contradicción y defensa formularon las excepciones de mérito que estimaron pertinentes para la protección de sus intereses.

5. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Descongestión de Medellín definió la primera instancia en sentencia de 27 de julio de 2012, en la cual desestimó las excepciones formuladas por la parte pasiva, abrió paso a las pretensiones y condenó al Banco Santander Colombia y al Banco de Bogotá a pagar solidariamente al demandante los perjuicios materiales reclamados, correspondientes a la suma de \$181.078.282,00 más intereses a tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera.

6. La decisión de primer grado fue apelada por las demandadas, correspondiendo dirimir la alzada a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín,

quien en sentencia del 22 de mayo de 2013, dispuso revocarla parcialmente, en cuanto a la responsabilidad del Banco Santander Colombia S.A. para, en su lugar, absolver dicha entidad frente a las pretensiones, y modificarla para precisar que los intereses a reconocer serían el civil previsto en el art. 1617 del Código Civil.

7. Inconforme con lo así dispuesto el Banco de Bogotá S.A. interpuso recurso de casación que fue admitido por esta Corporación y agotado el trámite que le es propio es del caso resolver.

## **II. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

Comienza el tribunal por abordar el aspecto conceptual sobre la naturaleza y alcance de los cheques especiales y las cláusulas de limitación para el pago y de restricción de la circulación de cheques, el canje, la función de Cámara de Compensación que cumple el Banco de la República y el reglamento que éste ha definido para ese fin, a partir de lo cual extrae, que *«como es apenas lógico, que cuando un banco reciba en consignación cheques con la negociabilidad restringida, debe presentarlos al canje con certificación acerca de la titularidad de la cuenta en la cual fueron consignados, lo que de suyo implica que es ese banco intermediario entre el tenedor y banco librado el llamado a verificar que quien así presenta el instrumento para el cobro, en efecto es el primer beneficiario. Desde luego que por no haber sido presentados directamente al banco librado, no estaría este en condiciones de verificar tal aspecto -salvo que en el documento mismo se dejase constancia de la titularidad de la cuenta-, quedando sometido entonces a la confianza interbancaria que necesariamente supone la referida operación de*

*canje»; de tal manera, dice, «la certificación **impuesta** por el establecimiento autorizado para recibir cheques con negociabilidad restringida surte efectos ante el banco consignatario y ante el banco librado, circunstancia que conlleva a que dicha entidad se haga responsable por una indebida certificación».*

Más adelante sostuvo, que «[E]n desarrollo de su actividad financiera, los bancos, además de comprometer su responsabilidad civil contractual, obviamente frente al depositante (cuentacorrentista), pueden incurrir en responsabilidad extracontractual frente a terceros perjudicados con sus hechos u omisiones, no otra cosa indica de manera general el art. 738 del C. de Co. al disponer que "El librado que pague en contravención a lo prescrito en los artículos anteriores, responderá por el pago irregular", de alguna manera concordante con el artículo 2341 del C.C. por cuya virtud todo el que cause un daño a otro, debe indemnizarlo, trayendo a cuento, in extenso, el contenido de la sentencia 042 de 15 de febrero de 1991, de esta Corporación.

Tomando de referente este marco conceptual, en relación con el preciso asunto sometido a su consideración, hizo la precisión de que el cheque que motivó el juicio no es un cheque de gerencia, pues fue girado contra la cuenta corriente 153-01177-0, por su titular la Compañía Agrícola de la Sierra, pero con su negociabilidad limitada en los términos del artículo 715 del Código de Comercio, al ordenar que se pague únicamente a su primer beneficiario señor Jorge Ignacio Gómez Ochoa, lo que significa que el mismo no estaría destinado a circular, lo que debió ser objeto de verificación por el Banco de Bogotá.

Manifestó que hizo mal el Banco de Bogotá al certificar como lo hizo que el cheque fue consignado en la cuenta del primer beneficiario, siendo ello contrario a la realidad, pues el único que tiene esta calidad es el señor Jorge Ignacio Gómez Ochoa, máxime que en parte alguna del cheque se menciona al señor José Jaime Ochoa Osorio, puntualizando que *«mediando la referida cláusula de limitación de la negociabilidad, no puede la mencionada entidad bancaria, como insistentemente ha pretendido hacerlo a lo largo del proceso, excusarse en el ineficaz aludido endoso, pues precisamente por virtud de aquella, el cheque estaba excluido de la posibilidad de circulación de que normalmente están dotados estos instrumentos, lo que no podía ignorar el banco consignatario dada su calidad de profesional en la intermediación financiera, pues por mandato del artículo 630 del C. de Co., el tenedor de un título valor no puede cambiar su forma de circulación»*.

Aunado a esto dijo, que *«habiendo certificado el Banco de Bogotá la consignación del cheque en la cuenta del primer beneficiario, ninguna conducta reprochable puede atribuirse al codemandado Banco Santander Colombia S.A. (banco librado), quien lógicamente confió, como por demás tenía que hacerlo, en aquella anotación, pues nada se observa en el documento que indicase que el titular de la cuenta en la cual fue consignado fuera persona distinta, máxime que el hecho de que figurase al reverso la sola firma del beneficiario y su número de cédula parecieran reforzar lo certificado por la entidad consignataria»*.

Arguyó también, que *«aceptando que la intermediación financiera es catalogada como peligrosa, lo que de suyo comporta presunción de culpa cuando en desarrollo de la misma se causa un daño (art. 2356 C.C.), habría que concluir que la conducta del Banco de Bogotá se presenta como el hecho exclusivo de un tercero, que acarrea exoneración de responsabilidad para el banco librado»*.

A renglón seguido se pronunció en relación con el comportamiento del demandante diciendo, que *«no se discute que en efecto fue el demandante quien entregó voluntariamente, previa colocación de su firma, el cheque al titular de la cuenta donde finalmente fue consignado, para la Sala es claro que la conducta determinante del resultado dañoso (pago a persona distinta del beneficiario) no es otra que la del banco intermediario al certificar su consignación en la cuenta del primer beneficiario, sin ser ello cierto. De no haber mediado tal certificación, lo más seguro es que el banco librado no hubiese realizado el pago al intermediario, y si a pesar de ello lo hubiese descargado, obviamente, hubiera comprometido su responsabilidad»*, descalificando así la responsabilidad solidaria que declaró la juzgadora de primer grado

### III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Se formuló un (1) cargo contra la sentencia del tribunal, al amparo de la causal primera del artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, acusando la decisión de *«ser violatoria, por vía indirecta, de los artículos 2341 del Código Civil y 715 del Código de Comercio, **por aplicación indebida**; y el artículo 2357 del Código Civil y los principios generales de derecho, en virtud de los cuales (i) nadie puede alegar su propia culpa y (ii) nadie puede ir contra sus propios actos —que forman parte del ordenamiento jurídico conforme lo prevé el artículo 8 de la ley 153 de 1887— por falta de aplicación»*.

Cuestiona, en lo medular, que el tribunal hubiera declarado la responsabilidad del Banco de Bogotá *«pasando por alto, como consecuencia de los errores de hechos que más adelante se describirán, la nociva y decisiva incidencia que en el resultado dañoso tuvo la presuntamente inocente e inocua conducta del demandante»*.

Se ocupa así de referir las afirmaciones contenidas en la juramentada que el demandante rindió en la instancia (fls. 47-49), así como en el libelo demandatorio, las cuales considera *«son demostrativos de las varias conductas culposas imputables al demandante, que precedieron y concurrieron incuestionablemente en la producción del resultado lesivo cuyo resarcimiento se solicitó en la demanda, que de haber sido apreciados y valorados en debida forma por parte del Tribunal, lo habría conducido a concluir que no era posible imputar tales daños en forma exclusiva a la conducta del Banco de Bogotá, sino también al demandante, cuya conducta claramente imprudente y excesivamente confiada dio lugar para que el cheque llegara a manos de un tercero distinto a su beneficiario inicial, para que éste, a su turno, lo pudiera consignar en su cuenta, situación que habría llevado al Tribunal a considerar la concurrencia de culpa del demandante en la producción del daño, aplicando para tal efecto la reducción que contempla el artículo 2357 del Código Civil, en lugar de haber aplicado indebidamente los artículos 2341 del Código Civil y 715 del Código de Comercio, respecto únicamente del banco recurrente en casación»*.

Sostiene, frente a las aseveraciones realizadas por el tribunal que resultan contraevidentes, *«pues los elementos de prueba reseñados debieron haber conducido al Tribunal a otorgar incidencia y relevancia a la conducta del demandante en la producción del daño y por ende, a desechar la existencia de un nexo causal exclusivo entre la conducta del banco recurrente y el daño alegado; por el contrario, resultaba evidente, al rompe, que fue la conducta del propio demandante, quien con expresa intención de poner en circulación el título y de permitir su cobro por parte del señor Ochoa Osorio, una concausa determinante para la producción del daño, por haberse expuesto imprudente a él, mas no una inocua e irrelevante conducta ajena en la relación causal, como contra toda evidencia lo concluyó el tribunal»*.



Recalca que «los yerros de facto precedentemente descritos son notorios y manifiestos, es decir, evidentes, ostensibles y visibles a golpe de ojo, así como trascendentes e imputables al Tribunal, puesto que las conclusiones probatorias a las que llegó, resultaban contrarias a toda evidencia contenida en el proceso; al igual, que la omisión de la prueba de la exposición imprudente al resultado lesivo que, contrariando los principios generales de derecho enlistados, pretendió imputar en forma exclusiva al banco.

**«Era entonces a todas luces evidente que la consignación del cheque en el Banco de Bogotá por parte de un tercero sólo pudo tener como génesis la conducta imprudente y voluntaria del propio demandante, demostrada en las pruebas preteridas enumeradas, con notable trascendencia en la causación del daño, y que por ende no era posible ignorar ni subestimar como erradamente lo hizo el Tribunal, yerro que condujo al Tribunal a violar, en forma indirecta, por aplicación indebida, las normas sustanciales anotadas, que consagran los presupuesto axiológicos de la responsabilidad civil extracontractual, únicamente en frente del banco demandado, así como por falta de aplicación de aquella que consagra la teoría de la concurrencia y compensación del culpas; error, por lo demás, totalmente trascendente como quiera que de haberse tenido en cuenta y valorado en debida forma las pruebas enlistadas, la sentencia habría sido diametralmente distinta, al haberse reducido la condena al Banco de Bogotá en proporción a la incidencia de la conducta del demandante en la causación del daño». (Negrillas originales).**

Insiste así en que «las conductas del demandante, no podían ser tenidas como incidentales, accesorias y sin relevancia frente al hecho lesivo. Contra toda evidencia y cometiendo error de hecho, el Tribunal manifestó que la única conducta determinante en el daño había sido la atribuida al Banco de Bogotá, sin tener en cuenta que el cheque, cuya restricción de negociabilidad había sido impuesta a favor del

*demandante, fue puesto en circulación y en manos de terceros por la propia conducta consciente y voluntaria del propio demandante, a quien no podía permitírsele que desconociera sus propios actos y su propia culpa. Fue a partir de la entrega del cheque, con la intención de que fuera cobrado por quien lo recibió, que el propio demandante se expuso en forma imprudente al daño, pues tal conducta concurrió y posibilitó que el título haya podido ser consignado en una cuenta diferente a la del demandante. A lo anterior se suma, que el Tribunal ignoró igualmente que el demandante sólo vino a preguntarse por la suerte del cheque dos años después de su libramiento, sin que haya existido evidencia de que hubiese adelantado un proceso de cancelación y reposición o de haberle solicitado al librador orden de no pago, fecha para la cual, de no haberse cobrado, en todo caso su prescripción habría estado más que consumada.*

*«Aun cuando el artículo 715 del C. de Comercio permite la limitación de negociabilidad de los cheques, mediante la inserción de cláusulas inequívocas en tal sentido, no hay duda que tales cláusulas se disponen en beneficio de las personas llamadas a cobrar el título por tener la calidad de beneficiarios iniciales del título, motivo por el cual, resulta desatinado que el Tribunal haya omitido valorar la conducta de la persona a favor de quien se había impuesto la limitación de negociabilidad, quien en forma voluntaria quiso poner a circular el título, mediante el endoso y entrega del mismo a quien finalmente obtuvo el pago».*

#### **IV. CONSIDERACIONES**

1. La censura se perfiló a demostrar que como consecuencia de errores de hecho el tribunal dejó de apreciar la conducta culposa del demandante quien, en sentir del recurrente, incidió para la ocurrencia del hecho dañoso, cual fue el pago irregular de un cheque girado con la restricción

de ser «*pagadero únicamente al primer beneficiario*», lo que habría permitido disminuir la condena que le fue impuesta en la instancia, para lo cual destaca las atestaciones que con fuerza de confesión quedaron expuestas en la demanda y en el interrogatorio de parte que absolvió el reclamante.

Significa esto, que en la impugnación que se examina, no se confuta la responsabilidad que se halló demostrada frente al Banco de Bogotá, por la certificación que hiciera de que el cheque se abonó en la cuenta del primer beneficiario, lo cual permitió que el Banco Santander – Librado procediera a su pago, sino tan sólo persigue cuestionar la conducta del beneficiario del título, aduciendo que éste se expuso imprudentemente al daño, para así alegar que la sentencia debió considerar este supuesto para reducir el monto de la condena que le fue impuesta, en los términos que consagra el artículo 2357 del Código Civil.

2. Resulta necesario recordar, de manera liminar, que en el desarrollo económico de los países resulta trascendental la participación del sistema financiero, en la medida que éste permite la inversión de capitales hacia las actividades productivas que dinamizan su desarrollo, contribuyendo al progreso de las sociedades, ofreciendo soluciones que permiten suplir necesidades de vivienda, trabajo, estudio, inversión, entre muchos otros.

2.1. Como parte integrante del sistema financiero están las entidades bancarias, las cuales para el desarrollo de ese

ejercicio de circulación de capitales, canalización del ahorro y la inversión entre los oferentes y demandantes de dinero desarrollan las llamadas operaciones bancarias, a través de las cuales se satisfacen las necesidades de los usuarios para generar mayor producción en los distintos sectores de la economía.

2.2. Las Operaciones Bancarias son definidas como aquellas que desarrollan los bancos de manera profesional con sus clientes, ora entre dos o más bancos y que han sido clasificadas, entre otras formas y para lo que interesa a este asunto, como activas y pasivas, dependiendo de si con ellas los bancos colocan o captan recursos, o neutras.

2.2.1. Mediante las Operaciones Activas el banco concede a sus clientes sumas dinerarias o disponibilidad para obtenerlas, a través de distintas modalidades y condiciones (préstamos, descuentos, anticipo, apertura de créditos, crédito documentado, arrendamiento financiero (leasing), factoring, etc. con o sin garantías), obteniendo la entidad el derecho a su restitución no simultánea, sino en la forma, plazo y condiciones pactadas.

2.2.2. En las Operaciones Pasivas, por el contrario, son los bancos quienes reciben de los usuarios del sistema medios y disponibilidades monetarias y financieras para aplicarlos a sus fines propios, esto es, para la realización de sus operaciones de activos, obteniendo la parte que entrega el dinero un derecho de crédito que le permite exigir su restitución no simultánea sino en la forma, plazo y

condiciones pactadas, mientras que el banco es deudor del capital recibido, estando entre este tipo de operaciones el depósito de dinero que comprenden los realizados en cuenta corriente y a la vista, los depósitos a término y los de ahorro y el redescuento bancario.

3. Una de las operaciones pasivas que celebran los bancos es el depósito bancario, a través del contrato de cuenta corriente bancaria, que nuestro ordenamiento ha definido como aquel por medio del cual *«el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco»*; definición de la que emergen como características el carácter bilateral, consensual y de tracto sucesivo, en la medida que surgen obligaciones recíprocas, tanto para el cuentacorrentista como para el banco, se perfecciona con el sólo acuerdo de voluntades y presupone siempre una disponibilidad de fondos a favor del titular de la misma contra el banco que los retiene.

Esta modalidad de depósitos es de manejo común, por cuanto permite a los clientes un uso práctico de sus recursos debido a la confianza, comodidad, seguridad y el control que se le da a los fondos que ponen bajo la custodia del banco, el que en el caso específico de los cheques estará obligado a su pago únicamente cuando se cumplan las precisas instrucciones del cliente y la ley, habida cuenta que conforme ha manifestado esta Corporación *«[E]n 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 jun. de 1995, rad. 4370).*

4. Dada esa potestad dispositiva de los fondos en el contrato de cuenta corriente, el cheque que para ese fin se emite es un título valor que contiene una orden incondicional de pago, en favor de quien lo posea según su ley de circulación, el cual es, esencialmente, trasmisible por endoso salvo estipulación en contrario y pagadero a la vista.

Los cheques como instrumento de pago pueden ser librados en favor del «*portador*», evento en el cual podrá ser cobrado por cualquier persona que lo presente al cobro, ora «*nominativo*», que implica su emisión a nombre de una persona natural o jurídica concreta, quien es, en principio, el único llamado a cobrar su importe.

Así mismo los cheques podrán ser ordinarios, como los que están a cargo del banco y a favor del titular o un tercero, o especiales, que comprenden los cruzados, los certificados, con provisión garantizada, el de gerencia, el de viajero, el fiscal y el de abono en cuenta, los cuales pueden tener su circulación o negociabilidad restringida, total o parcialmente, por voluntad del librador o de la ley, en los precisos términos que establecen los artículos 630 y 715 del Código de Comercio que dicen:

*ARTÍCULO 630. PROHIBICIONES AL TENEDOR DE CAMBIO EN LA FORMA DE CIRCULACIÓN DE UN TÍTULO-VALOR. El tenedor del un título-valor no podrá cambiar su forma de circulación sin consentimiento del creador del título.*

*ARTÍCULO 715. LIMITACIÓN EN LA NEGOCIABILIDAD DE LOS CHEQUES. La negociabilidad de los cheques podrá limitarse insertando en ellos una cláusula que así lo indique.*

*Los cheques no negociables por la cláusula correspondiente o por disposición de la ley, sólo podrán cobrarse por conducto de un banco».*

Al respecto esta Corporación ha anotado que:

*«En efecto, los cheques comunes y corrientes son aquellas especies de títulos-valores de contenido crediticio en dinero, expedidos en formularios impresos de cheques o chequeras y a cargo de un banco (Art.712 C. Co.), de acuerdo a la provisión de fondos y autorización correspondiente (Art.714 ib.), que solo pueden ser pagaderos "a la orden o al portador" (Art.713, num.3 ib.), los que son libremente negociables "conforme a su ley de circulación" -(Arts. 630 y 647 ib.), de acuerdo a uno (Arts. 651 y s.s. C. Co.) u-otro carácter (Arts. 668 y s.s. ibídem).*

*Sin embargo, este cheque común y corriente puede encontrarse restringido en su negociabilidad en forma absoluta o relativa. Lo uno acontece cuando se trata de un "cheque no negociable", evento en el cual, además de no poderse negociar, su tenedor legítimo solo puede cobrarlo por conducto de un banco y no por ventanilla (Art.715 inc. 2° C. Co.), tal como acontece con los cheques a los cuales se les inserta la cláusula correspondiente (vgr. "no -negociable", "este cheque no es negociable") o lo dispone la ley, como ocurre con "el cheque expedido o endosado a favor del banco librado" (Art.716 C. Co.). Y lo otro sucede con la «restricción que solo afecta la negociabilidad misma del cheque y no la presentación y forma de cobro tal como ocurre cuando se le incluye la cláusula o leyenda "Páguese únicamente al primer beneficiario", caso en el cual este último no puede negociarlo y solo él puede cobrarlo, bien en forma directa presentándolo en la ventanilla o bien por conducto de un banco a través de la cámara de compensación» (CSJ. SC de 15 de feb. de 1991).*

Más recientemente señaló:

*«Si por disposición del librador de un cheque común, su negociabilidad ha sido restringida por efecto de la imposición de una cláusula, v. gr. de ser pagadero exclusivamente a la persona que nominalmente se designa como primer beneficiario, limitación que legalmente se autoriza como medida de protección contra el eventual riesgo de un cobro indebido del título -artículo 715 inciso 1º del Código de Comercio-, el original titular del derecho que el documento incorpora, que es en consecuencia el único legitimado para exigir el pago, puede obtenerlo bien acudiendo directamente ante el banco librado para hacerlo efectivo por ventanilla, o procurar el recaudo, como lo autoriza la misma preceptiva en su inciso segundo, por conducto de un banco, mediante el sistema de compensación bancaria, evento en el cual se excepciona legalmente la prohibición de transmitirlo cambiariamente, puesto que debe endosarlo, pero "...únicamente para cobranza a favor de la institución bancaria por cuyo conducto sea presentado el cheque" (G.J. t. CCXXV, 2º semestre 1993, 1ª parte, pág. 255), prescripciones a las cuales queda sujeto el banco librado, a quien compete efectuar el procedimiento de descargo del cheque en esos términos girado, con estricto ceñimiento a ellas, so pena de comprometer su responsabilidad por un mal pago» (CSJ SC de 13 de jul. de 2005, rad. N° 1993-06232-01).*

Resulta incuestionable, entonces, que la circulación y negociabilidad de los cheques podrá ser restringida de manera absoluta o relativa, con la finalidad de impedir que un tercero reclame su importe, como acaece con los cheques librados con la atestación de pagarse *«únicamente al primer beneficiario»*, que no pueden circular por endoso, puesto que el pago únicamente podrá hacerse a quien expresamente se señaló por el librador, bien sea por ventanilla o por consignación en su cuenta, por lo que el banco librado quedará obligado a no realizar ese pago en forma diferente a las señaladas en el título, amen que proceder en contrario lo hace responsable, conforme perentoriamente lo impone el



artículo 738 ídem, según el cual *«[E]l librado que pague en contravención a lo prescrito en los artículos anteriores, responderá por el pago irregular»*.

5. Ha sido pródiga la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que la profesión bancaria envuelve una actividad riesgosa, motivo por el cual a quienes la ejercen se les exige la diligencia y cuidado necesarios para este tipo de actividades, lo que genera una presunción de culpa en su contra, diciendo al respecto esta Corte que:

*«Hay una presunción de culpa –dice la Corte- en quien no las satisface (las obligaciones) en el modo y tiempo debidos, porque el incumplimiento es un hecho o una omisión que afecta el derecho ajeno. El deudor puede destruir esa presunción probando que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor, o caso fortuito que sobrevino sin culpa...Pero la culpa proviene de no obrar con la diligencia o cuidado que la ley gradúa según la naturaleza del contrato (arts. 63 y 1604), resulta que el deudor, para exonerarse de responsabilidad no le basta probar el caso fortuito, sino también que empleó la diligencia, o cuidado debido para hacer posible la ejecución de su obligación» (Cas. 7 junio de 1951, LXIX. 688» (CSJ SC de 7 de abril de 1967)*

En relación a esa presunción de culpa en el caso particular de las entidades bancarias apuntó lo siguiente:

*«...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).*

5.1. Empero, de manera correlativa ha señalado que esa

responsabilidad que se predica de las entidades bancarias no puede establecerse con un carácter objetivo, siendo necesario examinar, en cada caso, tanto la conducta de la entidad bancaria como la del girador, para evaluar la eventual concurrencia de causas, sean anteriores, coincidentes, concomitantes, recíprocas o posteriores, pues con ocasión de una eventual concausalidad en la ocurrencia del daño podría llegar a disminuirse la indemnización, o incluso exonerar a la entidad de toda responsabilidad; escrutinio que habrá de realizarse no a partir de la mera confrontación de conductas sino evaluando la causa jurídica del daño para definir en qué medida una u otra fue la determinante en la ocurrencia del hecho dañoso.

En efecto, esta Corporación en relación con la coparticipación en la ocurrencia del daño ha anotado lo siguiente:

*«(...) para que opere la compensación de culpas de que trata el artículo 2357 del Código civil no basta que la víctima se coloque en posibilidad de concurrir con su actividad a la producción del perjuicio cuyo resarcimiento se persigue, sino que se demuestre que la víctima efectivamente contribuyó con su comportamiento a la producción del daño», pues el criterio jurisprudencial en torno a dicho fenómeno es que para deducir responsabilidad en tales supuestos «la jurisprudencia no ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, sino la actividad que, entre los concurrentes ha desempeñado un papel preponderante y trascendente en la realización del perjuicio. De lo cual resulta que si, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido si no hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpa, que para los efectos de la gradación cuantitativa de la indemnización consagra el artículo 2357 del Código Civil. En la hipótesis indicada solo es responsable, por tanto, la parte que, en últimas, tuvo oportunidad de evitar el daño*

*y sin embargo no lo hizo» (CLII, 109 –Cas. 17 de abril de 1991)» (CSJ SC de 6 de may. de 1998, exp. 4972).*

En tiempos más recientes en relación con dicha temática precisó:

*«esta Corte –al igual que la mayor parte de la doctrina contemporánea– ha sostenido desde hace varios años que la reducción de la indemnización prevista en el artículo 2357 del Código Civil se valora en términos de “coparticipación causal”, es decir que se determina con base en criterios de imputación del hecho y no de “compensación de culpas” como ocurría en el pasado. (CSJ, SC del 16 de diciembre de 2010. Exp.: 11001-3103-008-1989-00042-01)» (CSJ SC13925-2016 de 30 de sept. de 2015, Rad. 2005-00174-01).*

6. En el caso que ocupa la atención de la Sala quedaron probados, sin discusión alguna, los siguientes hechos:

6.1. La sociedad Compañía Agrícola de la Sierra giró de su cuenta corriente N° 153-0177-0 del Banco Santander el día 23 de diciembre de 2006 un cheque a favor de Jorge Ignacio Gómez Ochoa, por valor de \$181.078.282,00.

6.2. El librador del mentado cheque restringió su circulación y negociabilidad imponiendo en él la leyenda de *«páguese únicamente al primer beneficiario sr. Jorge Ignacio Gómez Ochoa»*.

6.3. El tenedor legítimo del cheque endosó el cartular en blanco<sup>1</sup>, haciendo entrega del mismo al señor José Jaime

---

<sup>1</sup> *Aquel endoso en el cual el tenedor legítimo del título se limita a estampar su firma regulado en el artículo 654 del Código de Comercio, según el cual «El endoso puede hacerse en blanco, con la sola firma del endosante. En este caso, el tenedor deberá llenar el endoso en blanco con su nombre o el de un tercero, antes de presentar el título para el ejercicio del derecho que en él se incorpora»*

Ochoa Osorio en el mes de diciembre de 2006, «*simplemente y teniendo en cuenta que se conocían... entregó el cheque y le manifestó que el mismo no (sic) podía ser cobrado únicamente por él, pero que se lo dejaba en depósito como garantía de la negociación*».

6.4. Dicho documento fue consignado en el Banco de Bogotá, quien certificó, para efecto del canje en la Cámara de Compensación, que el mismo «*fue consignado en la cuenta del primer beneficiario*».

6.5. Que el demandante Jorge Ignacio Gómez Ochoa no posee cuenta alguna en el Banco de Bogotá.

6.6. Que con ocasión a la certificación impuesta por el Banco de Bogotá el banco librado, que lo fue el Banco Santander, procedió a cancelar su importe, debitándolo de la cuenta corriente del librador.

7. El promotor de esta impugnación extraordinaria, no formula reparo alguno en relación con los mentados hechos probados, limitando su disentimiento a la presunta desestimación del *ad quem* de los que a continuación se enuncian que emanan del libelo inicial y el interrogatorio de parte rendido por el demandante.

7.1. Refiere así en relación con la demanda que el tribunal no valoró que en el hecho primero el demandante «*confiesa que llevó a cabo una negociación con el señor JOSÉ JAIME OCHOA OSORIO, en el mes de diciembre de 2006 y como soporte de la misma el demandante entregó al mismo el mencionado un título*»

**valor o cheque por valor de \$181.078.282,00 (CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES SETENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS), del Banco SANTANDER, cheque de gerencia, oficina de la calle 6 SUR # 43a-163 LOCAL 3148 de Medellín y la negociación comprendía la compra de un apartamento"**  
(Negrillas y subrayas originales)

Que en los hechos cuarto y sexto se afirma, que «**el señor JAIME OCHOA OSORIO se le perdió varios días a mi representado, tiempo después tuvo conocimiento de su muerte y lo más grave es que investigando se enteró de que dicho señor no se sabe valiéndose de que (sic) medios consignó el cheque al parecer a su cuenta (...)**» y que **"hasta hace poco tiempo se pudo establecer que el cheque fue pagado por el banco Santander, de esta ciudad (...)"**

7.2. Del interrogatorio de parte resalta que el reclamante manifestó que «**el cheque fue entregado al señor Jaime Ochoa, como respaldo de una posible compra de un apartamento con la advertencia de que hasta que no se concretara la compraventa el cheque no se podía hacer efectivo"**»  
(Negrillas y subrayas originales).

Adicionalmente, que afirmó frente a la relación con el señor José Jaime Ochoa Osorio que eran «**amigos y hacía 4 o 5 meses antes del negocio, es decir, del 2006, lo conocía por una amiga**». A lo que se suma la confesión contenida en la demanda (fl 47 c. ppal.), en donde se afirma que **"sobre la negociación antes mencionada no se celebró promesa de compraventa alguna, simplemente y teniendo en cuenta que se conocían las partes, mi representado entregó el cheque"** y la obrante a folio 156 vuelto del cuaderno principal, cuando es preguntado por la fecha en que se celebraría la compraventa y responde que **"fechas definidas no se establecieron, porque estaba en proceso de construcción y la**

***compraventa se definiría en el momento de comenzarse la construcción de los apartamentos»*** (Negrillas originales).

7.3. De tales afirmaciones, considera el censor, emerge que el demandante incurrió en conductas culposas que fueron ignoradas por el Tribunal, lo que motivó la falta de aplicación del artículo 2357 del Código Civil *«que ordena la reducción de la indemnización cuando la víctima se ha expuesto en forma imprudente al daño por ella sufrido»*; exposición soportada en la entrega voluntaria del cartular a un tercero, el tiempo que trascurrió desde que se descargó el cheque y cuando este tuvo conocimiento de su pago a un tercero, esto es dos (2) años y medio, aspectos que dice *«de haber sido apreciados y valorados en debida forma por parte del tribunal, lo habría conducido a concluir que no era posible imputar tales daños de forma exclusiva a la conducta del Banco de Bogotá, sino también al demandante, cuya conducta claramente imprudente y excesivamente confiada dio lugar para que el cheque llegara a manos de un tercero distinto a su beneficiario inicial, para que éste, a su turno, lo pudiera consignar en su cuenta, situación que habría llevado al Tribunal a considerar la concurrencia de culpa del demandante en la producción del daño, aplicando para tal efecto la reducción que contempla el artículo 2357 del Código Civil, en lugar de haber aplicado indebidamente los artículos 2341 del Código Civil y 715 del Código de Comercio, respecto únicamente del banco recurrente en casación.*

8. Del mentado relato se advierte, que tales afirmaciones más parecen un alegato de instancia, pues se dedica a poner de relieve determinadas manifestaciones del demandante contenidas en la demanda y el interrogatorio de parte que rindió en la instancia y lo que de ellas extrajo el

tribunal para contraponer sus propias apreciaciones y cuál el valor que a las mismas les atribuye.

En efecto, confrontada la decisión impugnada con tales afirmaciones, resulta ostensible que lo realmente existente es la disconformidad de la valoración que hiciera el tribunal de la conducta del demandante, para establecer el monto de la indemnización que está llamada a satisfacer como consecuencia de su proceder dañoso, al estimar que el reclamante contribuyó en su causación, motivo por el cual debía reducirse la indemnización, lo que a criterio de la Sala resulta insuficiente para quebrar la providencia impugnada, habida cuenta que en materia probatoria la constitución y la ley reconocen a los juzgadores la discreta autonomía para valorar y apreciar las pruebas que soportan sus decisiones, sin que justifique el quiebre de la sentencia la exposición de otros argumentos -aun cuando sean bien elaborados- amen que siendo ambas posturas razonables o posibles si la del juzgador resulta aceptable desde la sana crítica, se habrá de estar a ésta, a menos, claro está, que la del recurrente quede como la única lógica y posible, que haga evidente la existencia del error de hecho, que conforme añeja jurisprudencia de esta Corporación

*«ocurre cuando se supone o pretermite la prueba, entendiéndose que incurrirá en la primera hipótesis el juzgador que halla un medio en verdad inexistente o distorsiona el que sí obra para darle un significado que no contiene, y en la segunda situación cuando ignora del todo su presencia o lo cercena en parte, para, en esta última eventualidad, asignarle una significación contraria o diversa. El error 'atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ella da por probado o no probado el hecho' (G. J., T. LXXVIII, página 313) (...) Denunciada una de las*

*anteriores posibilidades, el impugnador debe acreditar que la falencia endilgada es manifiesta y, además, que es trascendente por haber determinado la resolución reprochada, de tal suerte que, de no haberse incurrido en esa sinrazón, otra hubiera sido la resolución adoptada (...) Acorde con la añeja, reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corporación, el yerro fáctico será evidente o notorio, 'cuando su sólo planteamiento haga brotar que el criterio' del juez 'está por completo divorciado de la más elemental sindéresis; si se quiere, que repugna al buen juicio', lo que ocurre en aquellos casos en que él 'está convicto de contraevidencia' (sentencias de 11 de julio de 1990 y de 24 de enero de 1992), o cuando es 'de tal entidad que a primer golpe de vista ponga de manifiesto la contraevidencia de la determinación adoptada en el fallo combatido con la realidad que fluya del proceso' (sentencia 146 de 17 de octubre de 2006, exp. 06798-01); dicho en términos diferentes, significa que la providencia debe aniquilarse cuando aparezca claro que 'se estrelló violentamente contra la lógica o el buen sentido común, evento en el cual no es nada razonable ni conveniente persistir tozudamente en el mantenimiento de la decisión so pretexto de aquella autonomía» (CSJ SC de 21 de feb. de 2012, rad. 2004-00649-01, reitera en sentencias 24 de jul siguiente, rad. 2005-00595-01 y SC1853-2018 de 29 de may. de 2018, rad. 2008-00148).*

8.1. Pero aún más, dejando de lado lo anteriormente expuesto, y revisada la sentencia censurada, emerge claro que el juzgador sí realizó un adecuado juicio de ponderación de las conductas desplegadas, tanto por la entidad financiera como por el reclamante, frente a la determinación de la causa jurídica que originó el daño, todo con el propósito de extraer el grado de responsabilidad que cada parte tuvo en su ocurrencia; de ese ejercicio extrajo la responsabilidad de la entidad demandada por haber actuado de forma imprudente y negligente, pues a pesar de tratarse de un cheque que su librador emitió con negociabilidad restringida, con miras a que únicamente pudiera ser cobrado por el señor Jorge Ignacio Gómez Ochoa –tal como lo resalta en la cláusula restrictiva- no sólo desatendió esa directriz, que como profesional bancario le era imperativa, sino que además



procedió a certificar un hecho contrario a la realidad, cual era que el cheque se consignó en la cuenta de ese primer beneficiario, cuando el mentado Gómez Ochoa no tenía vinculación alguna con la entidad, induciendo así en error al banco librado para que procediera a su pago.

Paralelamente el juzgador de cara al comportamiento asumido por el demandante señaló, que *«no se discute que en efecto fue el demandante quien entregó voluntariamente, previa colocación de su firma, el cheque al titular de la cuenta donde finalmente fue consignado, pero coligió que «la conducta determinante del resultado dañoso (pago a persona distinta del beneficiario) no es otra que la del banco Intermediario al certificar su consignación en la cuenta del primer beneficiario, sin ser ello cierto. De no haber mediado tal certificación, lo más seguro es que el banco librado no hubiese realizado el pago al intermediario, y si a pesar de ello lo hubiese descargado, obviamente, hubiera comprometido su responsabilidad».*

No merece reparo la conclusión del juzgador habida cuenta que de un lado, aun cuando ciertamente el beneficiario del cheque lo entregó voluntariamente a un tercero, no se puede soslayar que esa entrega no fue con la intención de hacerlo circular, puesto que conforme se expresó en la misma demanda, se le manifestó a aquél que *«el mismo no podía ser cobrado únicamente por él, pero que se lo dejaba en depósito como garantía de la negociación»*, lo que en todo caso por sí sólo no comprometía el descargue del instrumento.

Ello es así, ante la premisa de que el banco librado en cumplimiento de claros postulados legales que regentan la actividad bancaria y la transferencia de los títulos valores

(cheque) debía respetar las precisas instrucciones del librador, quien restringió claramente la circulación y negociabilidad del instrumento, al disponer que el pago únicamente se hiciera al beneficiario por él designado, lo que no se superaba por un endoso irregular del beneficiario ante la prohibición contenida en el artículo 630 del Código de Comercio que claramente dispone, que *«[E]l tenedor de un título-valor no podrá cambiar su forma de circulación sin consentimiento del creador del título; directrices que el Banco de Bogotá, siendo como es profesional bancario, desatendió injustificadamente, tanto al avalar un endoso, que, se reitera, no era admisible - y que, por demás, al ser en blanco imponía al endosatario completarlo para presentarlo al cobro, lo que no se cumplió- sino certificando falsamente su depósito en la cuenta del primer beneficiario - que no del endosatario- cuando quien lo presentó al cobro no ostentaba esa calidad.*

Y no se diga que la demora en presentar la reclamación judicial es susceptible de calificarse como una conducta culposa, por cuanto la propia ley le confiere un plazo por demás amplió para reclamar, al cual se ciñó, aunado a que únicamente podía tener pleno conocimiento del pago del cheque el librador, a partir de sus extractos bancarios, no así el beneficiario, quien válidamente tenía la confianza no solo en el respeto que se imponía al tercero tenedor del pacto celebrado entre ellos para no presentar el cheque al cobro, en virtud de la buena fe que se exige en los actos de los particulares, sino en que ante la restricción dispuesta por el librador el cheque no sería pagado por el banco librado a persona distinta a su *«primer beneficiario»*.

Es incuestionable que fue esa certificación, que para efecto del canje interbancario estampó el Banco de Bogotá en el cheque, la que determinó la ocurrencia del hecho dañoso, como quiera que si hubiera cumplido con el deber elemental de respetar la restricción a la circulación y negociabilidad impuesta por el librador, se hubiera abstenido de certificar en los términos que lo hizo, de suerte que fue esta y no otra circunstancia la que habilitó que el banco librado –Banco Santander- descargara el instrumento de la cuenta corriente del librador, ante la presunción de que estaba cumpliendo cabalmente sus instrucciones cambiarias, sin que ninguno de los procederes que, a no dudar, puso de presente el demandante en su demanda e interrogatorio de parte califiquen como concausa capaz de habilitar una culpa compartida que justificara la reducción de la indemnización que está llamado a satisfacer el responsable del daño, en aplicación del artículo 2357 del Código Civil, por lo que no es predicable el error endilgado.

En otros términos el proceder del beneficiario del título, librado con circulación y negociabilidad restringida, carece de incidencia causal en la comisión del hecho dañoso, puesto que la misma ley prevé la inviabilidad para que este puede alterar *motuo proprio* las reglas de circulación del instrumento, sin la expresa anuencia del librador y si este consideró pertinente para sus intereses establecer tales restricciones, y no dio su anuencia para levantar tales restricciones, no podían las instituciones bancarias, en sus condiciones de profesionales del ramo ir en contra de

aquellas, particularmente ante quien se presenta el cheque para que avale su pago, mediante certificación de consignación en cuenta del primer beneficiario; de manera que el Banco de Bogotá al no obrar conforme claros postulados legales y lo dispuesto por el librador resulta único responsable de que el cartular finalmente no hubiera sido pagado a quien se había dispuesto.

9. Consecuente con esto, del ejercicio de valoración y ponderación realizado por el tribunal de los elementos probatorios arrimados al juicio, incluido el libelo genitor, no se advierten esos yerros trascendentes, notorios, palmarios o manifiestos que se endilga por el censor, o que el único sentido posible sea el indicado por él, sin que merezca reparo la elección normativa que este hiciera para la definición del caso, circunstancias que impide la intromisión de esta Corporación, pues como de antaño se ha indicado *«el recurso de casación no es una tercera instancia de los procesos en la cual se pueda revisar libremente el litigio o las pruebas aportadas en su caso, pues esta Corporación como tribunal de casación no se ocupa directamente del fondo mismo de los negocios, sino que examina la sentencia recurrida en relación con la ley y dentro de los límites y temas que sean adecuados según los fundamentos de la sentencia, y no los que libremente proponga el recurrente, como se observa en este caso.* (CSJ SC de 5 de jun. de 2002 exp. 6848)

10. El cargo, en consecuencia, no se abre paso.

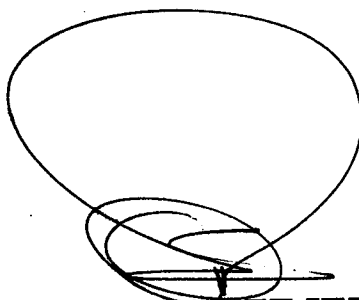
## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, actuando en nombre de la República, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el veintidós (22) de mayo de dos mil trece (2013), en el proceso ordinario instaurado por **Jorge Ignacio Gómez Ochoa** contra los Bancos de **Bogotá** y **Santander**, por las razones indicadas en precedencia.

Se condena en costas al recurrente en casación, Banco de Bogotá S.A., en favor del extremo demandante Jorge Ignacio Gómez Ochoa. Por secretaría inclúyase en la liquidación la suma de \$6.000.000, por concepto de agencias en derecho.

Cumplido lo anterior, devuélvase la actuación surtida al Tribunal de origen.

**Notifíquese,**




**OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**

**Presidente de la Sala**



**MARGARITA CABELLO BLANCO**



**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**



**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**

AUSENCIA JUSTIFICADA

**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

AUSENCIA JUSTIFICADA

**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**



**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**