

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA CASACIÓN CIVIL**

Magistrado Ponente
EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

Bogotá, D.C., siete de octubre de dos mil nueve

Ref: Exp. No 05360-31-03-001-2003-00164-01

(Discutido y aprobado en sesión de doce de mayo de dos mil nueve)

Se resuelve el recurso de casación formulado por Óscar Adrián Loaiza Arias, contra la sentencia proferida el 18 de octubre de 2006 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, epílogo del proceso ordinario que Bancolombia S.A. promovió contra el recurrente.

ANTECEDENTES

1. Bancolombia S.A. demandó a Óscar Adrián Loaiza Arias para que fuera condenado a restituir la suma de \$158'833.290,00, que de manera equivocada fue consignada en la cuenta del demandado y de la cual éste dispuso indebidamente. Aparejada a la anterior pretensión, el demandante reclamó los intereses corrientes causados desde que se realizó ese depósito hasta cuando reconvino al demandado para que hiciera el reintegro, así como los intereses moratorios causados de ahí en adelante. En defecto de los intereses, y de manera subsidiaria, pidió el reconocimiento de la corrección monetaria.

Para sustentar tales pedimentos, se adujo que por error involuntario en uno de los sistemas internos del Banco, los dineros que



correspondían a las captaciones destinadas al Centro Recreativo y Turístico Cortur S.A., que se pagaron por el sistema 'datáfono' y con tarjetas débito y crédito, se abonaron a la cuenta corriente del demandado, todo lo cual ocurrió durante el periodo comprendido entre el 24 de febrero de 2000 y el 6 de diciembre de 2001. Entonces, "el pago que debió hacer Bancolombia a Cortur, lo hizo erradamente a Óscar Loaiza Arias", a pesar de que ninguna causa había para que el demandado recibiera y retuviera esos dineros, lo que constituye para él un enriquecimiento injustificado, y obviamente un empobrecimiento correlativo para el demandante.

Añade que en respuesta a la reclamación que el 18 de diciembre de 2001 hizo el Centro Recreativo y Turístico Cortur S.A., el Banco inició varias investigaciones que permitieron esclarecer lo sucedido; por esta razón, requirió al demandado para que restituyera el dinero y le envió la documentación respectiva. Sin embargo, Óscar Adrián Loaiza, luego de hacer expresa su intención de conciliar, se abstuvo de reintegrar lo recibido y desatendió los reclamos realizados mediante las misivas de 12 de abril y 10 de mayo de 2002.

Recuerda el demandante que en la audiencia de conciliación celebrada el 9 de diciembre de 2002 ante la Cámara de Comercio -para dar cumplimiento al requisito de procedibilidad establecido por la Ley 640 de 2001-, el demandado ofreció al Banco un inmueble a título de dación en pago, propuesta que no pudo ser aceptada porque el valor del predio era irrisorio frente a la suma debida.

Finalmente, explica que el 14 de marzo de 2002, el Banco suscribió un contrato de transacción con el Centro Recreativo y Turístico Cortur S.A. en virtud del cual "acreditó" a esa sociedad "las sumas de su propiedad".

2. El *a quo* accedió a las súplicas de la demanda, por ende, declaró que hubo un enriquecimiento sin causa en beneficio de Óscar Adrián Loaiza Arias, a quien condenó a pagar a favor del demandante la suma de \$158'378.690,00.



La parte demandada apeló esa decisión; en su oportunidad, Bancolombia S.A. adhirió a la alzada.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El *ad quem* modificó la decisión del juzgado, pues si bien confirmó la condena, también ordenó al demandante pagar la indexación que corresponde al capital debido "conforme a la pérdida de poder adquisitivo del peso ocurrida desde el 9 de diciembre de 2002".

Para arribar a esa decisión, el Tribunal delimitó primero su propia competencia, resaltando que en vista de la "apelación adhesiva" presentada por Bancolombia S.A., podía decidir sin restricción el asunto en segunda instancia, conforme dispone el artículo 357 del C. de P. C.

Asimismo, aclaró cómo a pesar de cierta ambigüedad de las pretensiones de la demanda, tanto la descripción de los hechos, como el entendimiento que dio el propio demandado al proponer su defensa, permitían inferir que se alegaba un "enriquecimiento sin causa", más aun, cuando el "*pago de lo no debido es una manifestación de la más general conocida como 'actio in rem verso'...*", por lo que estimó que sobre ese punto era innecesario realizar otros análisis.

Después de ello, el juzgador de segundo grado esbozó los requisitos del enriquecimiento sin causa y pasó a confrontarlos con los supuestos fácticos alegados por el demandante, examen que le llevó a colegir que efectivamente el demandado obtuvo una ventaja patrimonial y que, además, el Banco padeció un empobrecimiento correlativo, pues teniendo en cuenta las normas del contrato de "deposito irregular" aplicable a este tipo de transacciones, dicha entidad financiera pasó a ser dueña de los dineros depositados que luego fueron "*equivocadamente abonados a la cuenta corriente del demandado y, por ende, sí sufrió directamente un empobrecimiento correlativo frente al enriquecimiento del último*".



Para abundar en razones, explicó que, *"aun dejando de lado lo que viene de exponerse"*, el Banco demandante *"hubo de responder frente a la sociedad titular de la cuenta de ahorros -a la que realmente estaban destinados los dineros que, de manera equivocada, llevó a la cuenta corriente del primero-"*. Por ende, agregó, el empobrecimiento del Banco se produjo *"por derivación"*, o sea, *"por intermedio de otro patrimonio"*, toda vez que *"entre la situación de ventaja del demandado y la de desventaja del accionante, medió el patrimonio de la persona jurídica titular de la cuenta de ahorros a la cual han debido abonarse los dineros"*, situación que fue superada *"al serle reconocida y cubierta por la entidad bancaria la suma correspondiente, siendo así que el realmente empobrecido por derivación de la situación de ventaja que tuvo el accionado, fue Bancolombia S.A."*.

Echó de menos el Tribunal la causa que justificara ese desplazamiento patrimonial, pues no se derivaba del contrato celebrado entre las partes, ni de un cuasicontrato, delito o cuasidelito, tampoco de disposición legal alguna, ya que *"obviamente, ningún precepto autoriza sino que, por el contrario, rechaza el aprovechamiento del error ajeno, máxime entre contratantes, quienes deben actuar de buena fe en sus relaciones (arts. 1603 C.C. y 971 C. de Co.)"*.

Adicionalmente, acotó que en vista de las circunstancias del caso, Bancolombia S.A. no podía acudir a las acciones contractuales para el resarcimiento, lo cual se acompasa -dijo- con el carácter residual de la acción *in rem verso*.

De otro lado, descartó la ilicitud que Óscar Adrián Loaiza atribuía al Banco, pues según estimó, *"ilícito es lo prohibido por la ley, y a decir verdad, la ley no prohíbe equivocarse"*. Sobre ese particular, el Tribunal aclaró que si bien la conducta del Banco pudo constituir un incumplimiento contractual respecto del Centro Recreativo y Turístico Cortur S.A., dicho comportamiento no reflejaba una ilicitud, *"y menos en frente del aquí demandado, siendo éste quien en una actitud bien alejada de la buena fe dispuso de los dineros que equivocadamente"*



abonó el banco a su cuenta y no ha restituido a pesar de estar suficientemente enterado y haber sido requerido repetidamente...”.

Como colofón de la sentencia, el Tribunal se refirió a la apelación adhesiva presentada por Bancolombia S.A., para hacer énfasis en que el demandado había tenido en su poder los dineros que fueron indebidamente consignados, circunstancia que a pesar de no generar el cobro de intereses remuneratorios o moratorios, sí abrió paso a que la restitución se dispusiera en términos reales, tomando en consideración el innegable y continuo envilecimiento de la moneda. Por ende, ordenó a Óscar Adrián Loaiza Arias pagar al demandante, además de la suma impuesta por el *a quo*, la indexación correspondiente desde “*la fecha en que se celebró infructuosamente la audiencia de conciliación ante la Cámara de Comercio, pues para entonces suficiente informado estaba el demandado sobre lo sucedido y había recibido la documentación que acreditaba el yerro del banco*”.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Cuatro cargos formuló el recurrente contra la sentencia del Tribunal; el cuarto y el tercero se resolverán delantadamente por versar sobre yerros *in procedendo*, mientras que los dos primeros se decidirán al final.

CUARTO CARGO

Se acusa que el Tribunal hizo más gravosa la situación del demandado, a pesar de que -en criterio del censor- era “*apelante único*”.

En apoyo de ese planteamiento, expresa el recurrente que la apelación propuesta por Bancolombia S.A. frente al numeral 3º de la sentencia de primer grado -que negó los intereses y la indexación reclamados- fue adhesiva.



Precisamente por eso, dice, el Tribunal debió advertir que *"la apelación adhesiva... debe limitarse al ámbito de la principal"*, de modo que como Óscar Adrián Loaiza Arias no atacó el antedicho numeral mediante la apelación principal, el *ad quem* no podía abordarlo para aumentar la condena impuesta, pues al hacerlo vulneró el artículo 357 del C. de P. C.

Según aduce, *"bajo la apariencia de una adhesión al recurso de alzada se formuló una nueva y autónoma apelación de la demandante de manera contraria a derecho"*, lo cual resultaba inadmisibile, en la medida en que *"el recurso de apelación adhesiva se debe circunscribir a las decisiones objeto de la apelación principal"*, a lo cual agregó que *"no es posible por la vía adhesiva que el no apelante ataque decisiones que no fueron objeto del recurso principal, ni era posible que el ad quem ampliara su competencia para asuntos que no fueron impugnados ni sometidos a su conocimiento por el principal"*.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como acaba de verse, el recurrente acusa que en la sentencia el Tribunal violó el principio de la *no reformatio in pejus*, toda vez que -según explica-, en segunda instancia se hizo más gravosa su situación, a pesar de que apenas hubo un recurso de alzada: el suyo.

El artículo 31 de la Constitución Política establece para el *ad quem* la prohibición de hacer más gravosa la situación del apelante único. Esta norma, incluida en el capítulo de los Derechos Fundamentales, establece una restricción para el juez de segundo grado, quien por virtud del aludido mandato carece de una competencia total, pues el ámbito de la decisión queda confinado, de modo general, a la estricta protesta que formule el recurrente.

Ahora bien, partiendo de la premisa de que en algunos eventos ambos litigantes tendrían interés para recurrir, en tanto la providencia no acoge totalmente sus pretensiones o excepciones, el silencio de uno



de ellos no puede ser suplido por el *ad quem*, por lo que la ausencia de impugnación torna intangible la decisión en aquella zona del litigio que no es disputada en el recurso -para el vencedor porque carece de interés y para el perdedor porque la consiente-, tolerancia esta que deja al juzgador al margen de ese segmento del debate, atendido el principio dispositivo que gobierna el proceso civil y que en particular informa al recurso en sí mismo.

De este modo, cuando una de las partes es apelante en solitario, no podría ser amenazada con que su suerte, que ya en parte estuvo acompañada de la desventura, pueda ser peor si opugna la decisión, porque tal forma de proceder inhibiría el uso del recurso y colocaría al juez como gestor inconsulto de la posibilidad de impugnar que fue abandonada por propio el agraviado, tarea que, además de comprometer severamente el principio de imparcialidad, sorprendería al recurrente con una inusitada modificación de la providencia en aquello que es pacífico, sin haber tenido ocasión de rebatir los argumentos que inconvenientemente tendría que abonar el juez en sustitución de quien no recurrió, recuperando una causa perdida, sin ruego y a despecho del silencio del propio afectado.

En suma, así haya doble impugnación no siempre la competencia del superior es plena o panorámica, pues hay casos en los cuales existen zonas de la sentencia que ninguna de las partes impugna, ya porque ambas pasan en silencio frente a algunas de las resoluciones, o porque expresamente consienten en su vigencia y su fuerza vinculante.

Ahora bien, según ha recalcado la Corte, para que se configure el fenómeno de la *reformatio in pejus*, es indispensable: "a) que haya un litigante vencido, excluyéndose por ende cuando se trata de la apelación de fallos meramente formales: b) que sólo dicho litigante apele, puesto que la restricción en examen cede cuando la parte contraria formula también recurso o adhiere al inicialmente promovido; c) que con su decisión, el *ad-quem* haya modificado, desmejorándola, la posición procesal que para el apelante creó el proveído en cuestión;



y d) que la enmienda no obedezca a una necesidad impuesta por razones de carácter lógico o jurídico atinentes a la consistencia misma del pronunciamiento jurisdiccional y a su completa efectividad inmediata, evitando tener que remitirse a nuevas actuaciones posteriores" (subrayados ajenos al texto, Sent. Cas. Civ. de 2 de diciembre de 1997, Exp. No. 4915).

Doctrina que reiteró al señalar que "para hacer efectiva la garantía constitucional del debido proceso y el principio de las dos instancias, el Código de Procedimiento Civil tiene instituido el recurso de apelación para impugnar determinados autos interlocutorios y las sentencias de primera instancia, conforme a lo establecido por el artículo 351 de ese estatuto.

... Ahora bien, el recurso de apelación exige, como es conocido, no solo interés para recurrir y oportunidad para proponerlo, sino, además, que se respete por el juzgador de segundo grado el derecho a que la providencia impugnada por el apelante único no sea reformada en perjuicio de éste, como quiera que, con fundamento en la razón de ser de este recurso, se tiene por establecido que ningún litigante apela para que la decisión objeto de la alzada le haga mas gravosa la situación en que se encontraba hasta entonces (Art. 357, C.P.C.).

Con todo, el principio prohibitivo de la reformatio in pejus no es absoluto, pues, de manera excepcional puede el superior modificar la parte no apelada de una decisión jurisdiccional, como ocurre cuando en razón de la reforma de la resolución judicial recurrida se hace imprescindible efectuar modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella, o cuando ambas partes han hecho uso del recurso de apelación, o cuando se interpone la apelación adhesiva (arts. 353 y 357, C.P.C.)" (Sent. Cas. Civ. de 6 de mayo de 1998, Exp. No. 5095).

Y luego insistió en que "como una limitante del poder de decisión del juez de segunda instancia, se erige el principio prohibitivo de la reformatio in pejus, conforme al cual la apelación se entiende



interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla...'

Dicho postulado que desde antaño había consagrado el art. 357 del C. de P. Civil, hoy tiene el rango de principio constitucional al tenor de lo dispuesto por el art. 31 de la C. P., hallando su justificación en el sistema dispositivo y su concreción en los principios legales de la personalidad del recurso y la congruencia de la sentencia, en tanto se impugna lo perjudicial y es ese agravio el que mide el interés para recurrir, y a su vez determina el thema de decisión del ad quem como actividad de parte en el curso y al interior del proceso, para dar así lugar a una causal de casación específica, la del num. 4 del art. 368 del C. de P. Civil.

Según lo tiene averiguado la doctrina de la Corporación, el principio en comentario resulta vulnerado cuando se presentan las siguientes circunstancias: a) vencimiento parcial de un litigante, b) apelación de una sola de las partes, porque la otra no lo hizo ni principal ni adhesivamente, c) que el juez de segundo grado haya empeorado con su decisión la situación del único recurrente, y d) que la reforma no verse sobre puntos íntimamente relacionados con lo que fue objeto de la apelación" (sublíneas fuera de texto, Sent. Cas. Civ. de 19 de septiembre de 2000, Exp. No. 5405).

En el caso que hace tránsito por la Corte, si bien es cierto la entidad demandante adhirió a la alzada interpuesta por su antagonista, conforme permite el artículo 353 del C. de P. C., su recurso -al no verse frustrado por desistimiento o deserción del principal- tenía autonomía y personalidad propias, por lo que no podía quedar limitado a los mismos aspectos de que se ocupó la impugnación inicial, en la medida en que aquello que agravia al apelante principal, en cuanto beneficia al apelante adhesivo, despoja a éste de todo interés para recurrir sobre esa parte de la sentencia. En síntesis, cada una de las partes busca lo



suyo en segunda instancia y, además, ninguna dependencia hay entre los recursos, por manera que la aspiración del apelante adhesivo resulta esencialmente distinta de la que puede plantear el apelante principal.

Por lo dicho, es errado el planteamiento del recurrente en casación, según el cual la apelación adhesiva no podía comprender el tema de la corrección monetaria, dado que ese tópico no estaba en la agenda del recurso principal, porque a decir verdad, esa decisión beneficiaba al primer apelante y, por simple *sindéresis*, no podía estar dentro de sus reproches al fallo de primer grado.

En estas condiciones, descartada como está la existencia de un apelante único, se cierra la posibilidad de que se hubiera violado la prohibición de *reformatio in pejus*. De hecho, esa es la razón por la que el inciso primero del artículo 357 del C. de P. C., *in fine*, prevé que "cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin imitaciones" (sublíneas ajenas al texto original).

En consecuencia, como la acusación viene montada sobre una incorrección interpretativa, cabe concluir que no puede abrirse paso.

TERCER CARGO

Este cargo se fundó en que la sentencia del Tribunal no está "*en consonancia con los hechos ni con las excepciones propuestas por el demandado*", toda vez que "*se desconocieron por completo hechos probados en el proceso y la excepción de falta de legitimación en la causa formulada desde la contestación de la demanda*".

Para el recurrente, el Tribunal reconoció "*legitimación activa a Bancolombia para entablar la acción de enriquecimiento sin causa, cuando en esa entidad no concurrían las calidades sustanciales necesarias para predicarse esta posición procesal*".



Luego, la censura recordó apartes de la demanda, para reiterar que el empobrecimiento en este caso lo sufrió el Centro Recreativo y Turístico Cortur S.A., razón por la cual Bancolombia S.A. no podía reclamar el pago de ninguna indemnización, así sea que por la violación de sus deberes, haya tenido que pagar a dicha sociedad los valores consignados erradamente. Además, acotó que el empobrecimiento de esa entidad financiera no se correspondía con un enriquecimiento correlativo del demandado.

En fin, indica que *“el error que se imputa a la sentencia de segunda instancia fue haber desatendido por completo esta excepción de falta de legitimación en la causa por activa”*.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En esta censura, se endilga a la sentencia una falta de congruencia basada en que el Tribunal no halló probada la *“excepción de falta de legitimación en la causa por activa”*, esto es, que para el recurrente la sentencia no está en consonancia con sus excepciones, porque Tribunal las desechó y *“reconoció legitimación activa a Bancolombia para entablar la acción de enriquecimiento sin causa, cuando en esa entidad no concurrían las calidades sustanciales necesarias para predicarse esta posición procesal”*.

Como fácil se advierte, el recurrente apenas eleva una crítica -por cierto tácita- contra la decisión por la cual se declaró no probada la excepción de falta de legitimación por pasiva, lo cual lejos está de ser una falta de correspondencia entre los medios de defensa oportunamente alegados y el contenido del fallo acusado.

Téngase en cuenta que la hipótesis de la causal segunda de casación, consiste en que el juzgador afecta la continencia de la causa, para involucrar de su propia inventiva asuntos ajenos a las pretensiones y excepciones, es decir que lo que se busca a través de



esa forma de impugnación es corregir la exorbitancia en que incurre el juez, o enjugar la carencia que se expresa en la falta de decisión, pero nunca protestar por el sentido adverso en que fueron resueltas las pretensiones o las excepciones.

Según se desprende del artículo 305 del C. de P. C., acorde con el principio dispositivo que informa el Código de Procedimiento Civil, el postulado de la congruencia supone *“una labor comparativa indispensable entre el contenido de fondo de la relación jurídico procesal y lo resuelto por el juzgador en el respectivo fallo, con el fin de establecer una de las tres causas de ocurrencia de la anomalía en cuestión: La de ser la resolución impertinente por ocuparse con alcance dispositivo de extremos no comprendidos en la relación jurídico-procesal (extra petita); la de ser la resolución excesiva por proveer a más de lo que el demandante pide (ultra petita); y en fin, la de ser deficiente por dejar de proveer, positiva o negativamente, acerca de puntos integrantes de la demanda o sobre las excepciones que, además de aparecer probadas, hayan sido alegadas por el demandado cuando así lo exija la ley (citra petita) (Sent. 022 del 16 de junio de 1999)”* (Sent. Cas. Civ. de 28 de junio de 2000, Exp. No. 5348).

En cuanto aquí concierne, la inconformidad del casacionista no es porque alguna materia quedó sin resolución (*citra petita*), o porque la sentencia se remontó a aspectos ajenos al debate (*extra petita*), o porque se falló más allá de lo pedido (*ultra petita*), sino porque -en su criterio- el Tribunal en forma equivocada halló acreditada la legitimación del Banco para ejercer la acción de enriquecimiento sin causa, lo cual, de ser cierto, lejos estaría de configurar alguna forma de incongruencia, pues esa circunstancia, a lo sumo, representaría un yerro susceptible de exponerse por la causal primera, esto es, equivaldría a un desacierto que hipotéticamente vulneraría la ley sustancial.

Así las cosas, debido a su equivocado planteamiento, este cargo tampoco está llamado a tener éxito.



PRIMER CARGO

El censor afirma que el fallo de segundo grado, es violatorio, "*por vía indirecta de una norma de derecho sustancial al haber aplicado indebidamente los artículos 2246 del Código Civil y 1179 del Código de Comercio; por haber aplicado indebidamente el artículo 831 del Código de Comercio; y por haber dejado de aplicar los artículos 4 del Código de Comercio y haber violado norma probatoria al haberse desconocido por completo el documento contractual que regula la relación entre las partes*".

Para desarrollar la censura, el recurrente presenta cuatro secciones que intentan clarificar su disenso.

1. En el umbral del cargo, alegó que hubo indebida aplicación de los artículos 2246 del Código Civil y 1179 del Código de Comercio, originada en que el Tribunal adujo que Bancolombia S.A. celebró con sus clientes un "*depósito irregular*", cuando en verdad lo que se presentaba era un "*contrato financiero de adhesión y afiliación al sistema de tarjeta crédito y débito*", de donde se sigue que hubo error al declarar que los dineros que se consignaron indebidamente eran propiedad del Banco "*y que, por tanto, su desvío a las cuentas de Loaiza sí lo había empobrecido*", porque, a decir verdad, ese "*dinero jamás fue de Bancolombia y por ende su desvío nunca le causó empobrecimiento de ningún tipo, al no haber significado disminución de su patrimonio*". Para que en el depósito se restituyan cosas de la misma especie, agregó, se requería del acuerdo expreso de las partes, el cual no existe en este asunto.

En criterio del censor, el Tribunal aplicó las reglas del contrato de depósito irregular a una relación financiera compleja, por lo cual insistió en que "*ese desvío jamás causó disminución patrimonial al demandante ni empobrecimiento ninguno*".



Asimismo, el casacionista citó las declaraciones del representante legal del Banco, del abogado interno de esa entidad y de un testigo, quienes, en su criterio, aceptaron que el dinero indebidamente consignado pertenecía al Centro Recreativo y Turístico Cortur S.A., esto es, que *"Bancolombia sólo servía de canalizador, sin ser jamás propietario"*, de modo que a *"falta de este elemento esencial para la configuración del enriquecimiento sin causa... se debieron haber negado las pretensiones de la demanda"*.

2. De otro lado, en el mismo cargo el recurrente halló violado de manera *"indirecta"* el artículo 831 del Código de Comercio, como quiera que de los cinco elementos que esa norma exige para que se configure el enriquecimiento sin causa, en el caso *"faltan por lo menos tres"*.

Al respecto, aseguró que el empobrecimiento de Bancolombia S.A. se debió a la transacción que hizo con el Centro Recreativo y Turístico Cortur S.A., causa que -en su criterio- no es imputable al demandado.

Para respaldar esas afirmaciones, invocó nuevamente las declaraciones del representante legal de Bancolombia S.A. y la confesión contenida en la demanda, las cuales demuestran que, a su juicio, el empobrecimiento y el enriquecimiento no están relacionados.

También criticó al Tribunal por acudir a figuras inexistentes como el denominado *"empobrecimiento por derivación"*, el cual es el resultado de *"violar y retorcer la norma contenida en el artículo 831 del Código de Comercio para procurar su aplicación indebida a este caso que claramente no corresponde a su supuesto de hecho"*.

De otro lado, el censor esbozó que el demérito patrimonial del demandante provenía de una actividad ilícita, o sea, por haber *"violado su deber de prudencia bancaria"*; por ende, dijo, *"el error del Tribunal fue desconocer las pruebas de la verdadera causa de la erogación de la"*



demandante a pesar de encontrarse patente e incluso confesada desde la misma demanda”.

En apoyo de lo anterior, el recurrente reprocha al *ad quem* porque desconoció la prueba documental que acreditaba la transacción celebrada entre Bancolombia S.A. y el Centro Recreativo y Turístico Cortur S.A., misma que demuestra que el pago realizado por aquél obedecía a su *“ilegítimo actuar”* frente al cliente.

Finalmente, señaló que Bancolombia S.A. no pudo subrogarse en los derechos del Centro Recreativo y Turístico Cortur S.A., *“pues la situación del empobrecimiento no fue cedida ni transferida por este último ni podría hacerlo porque su merma patrimonial fue plenamente indemnizada por el infractor...”*.

3. En un tercer acápite de este cargo, la censura planteó la existencia de una violación de norma sustancial *“por haberse dejado de aplicar el artículo 4 del Código de Comercio y por violación de norma probatoria al no considerar el documento contractual que verdaderamente rige la relación entre las partes”*.

Al abrigo de ese rótulo, el accionante afirma que las complejas relaciones de las partes en los contratos atípicos que regulan los sistemas de tarjetas de crédito y débito, se rigen por las estipulaciones contractuales, razón por la cual no había necesidad de acudir a normas impertinentes como las del depósito civil o comercial.

Indica, en ese sentido, que no se valoró el documento que hace memoria del vínculo existente entre las partes con ocasión de las consignaciones electrónicas, prueba a partir de la cual se podía concluir que Bancolombia S.A. era un simple canalizador de los dineros que recibía por esa vía y, a cambio de su servicio, cobraba una comisión que, en el presente asunto, ascendió a \$9'694.439.00. Para el censor, ello demuestra que el Banco demandante no se empobreció en este caso por la desviación de los fondos de la cuenta del Centro Recreativo y Turístico Cortur S.A., porque *“su patrimonio no se afectaba en las*



transacciones de tarjeta débito crédito”, en la medida en que “sólo movilizaba dinero ajeno y nunca recursos propios”. De haberse tenido en cuenta lo anterior, concluye, se habrían denegado las súplicas de la demanda.

4. En el último aparte de este cargo, se acusa el fallo del Tribunal por *“no aplicar el artículo 1398 del Código de Comercio, que establece la ilicitud del actuar de Bancolombia al desviar fondos”,* dado que esa norma asigna al Banco la responsabilidad de rembolsar sumas depositadas a persona distinta del titular de la cuenta.

Sobre ese particular, el recurrente anota que el Banco pretende transferir las consecuencias de sus actos ilegales a Óscar Adrián Loaiza Arias, comportamiento que, dice, es contrario a derecho y hace que sea calificado como ilícito, lo cual impide que se configure el enriquecimiento sin causa, porque como dijo el Tribunal, citando a la Corte, *“la acción in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley”.*

Para cerrar, advirtió que si el Tribunal no hubiera cometido ese error, *“habría evidenciado la ausencia de uno más de los elementos del enriquecimiento sin causa”,* y como colofón precisó: *“todos los errores que se mencionaron anteriormente son determinantes y se advierten simplemente con la verificación de los medios de prueba obrantes en el expediente y con la aplicación de las normas pertinentes a una relación financiera compleja...”,* es decir, que se produjo una *“sentencia violatoria de las normas sustantivas y de las normas probatorias, que por tanto debe ser objeto de casación, reconociéndose en sede de instancia que no concurren elementos propios del enriquecimiento sin causa y negando las pretensiones de la demanda”.*

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Lo primero que hay que decir respecto de esta acusación, que se desdobra en cuatro segmentos, es que se enderezó por la



causal primera del artículo 368 del C. de P. C., y en particular, por la "vía indirecta". Sin embargo, al desarrollar el cargo, el recurrente se quejó porque el Tribunal aplicó a este asunto las normas del "depósito irregular" para deducir, a partir de ahí, que el dinero erróneamente consignado era de propiedad del Banco. En la perspectiva del casacionista, en el fallo atacado no se tuvo en cuenta que en este caso se presentaba una relación jurídica compleja regulada por las estipulaciones contractuales convenidas por las partes.

Valga resaltar a este propósito, que el censor no se percató de que la discrepancia en torno a la normatividad que aplicó el *ad quem*, constituiría eventualmente un error meramente hermenéutico, atacable sólo por la "vía directa", pues en este caso la selección del tipo contractual que hizo el *ad quem*, con el fin de determinar de quién era el dinero indebidamente consignado en las cuentas del demandado, se debió a un ejercicio puramente intelectual, y no a una inferencia derivada del análisis probatorio. Nótese que en ese sentido el Tribunal aseguró que la relación de las partes se gobernaba por las reglas del depósito irregular porque "*tal es la naturaleza del depósito de dinero en entidades bancarias habida cuenta del carácter esencialmente fungible de dicha clase de bienes, siendo así que la obligación del depositario es simplemente devolver igual cantidad de dinero*", sin que para arribar a esa idea se hubiera servido del caudal probatorio.

Dicho con otras palabras, si el Tribunal concluyó como premisa abstracta y general, que los depósitos realizados en cuentas bancarias tienen el carácter de irregulares y por ende aplicó indebidamente los preceptos que disciplinan ese contrato y dejó de hacer operar otros, tal actividad sería un juicio de razonamiento susceptible de ser denunciado por la "vía directa" prevista en la causal primera del artículo 368 del C. de P. C., pues -se insiste- para su construcción en nada incidieron los elementos demostrativos arrimados al proceso, de modo que la forma como se atacó esa inferencia, es decir, por la "vía indirecta", luce desatinada.



De otro lado, en el mismo cargo el casacionista también reprocha al Tribunal por acudir a la figura -según él inexistente- del *"empobrecimiento por derivación"* y así *"violiar y retorcer la norma contenida en el artículo 831 del Código de Comercio"*, lo cual le sirvió a ese despacho -dice- para corroborar que el Banco sí sufrió un perjuicio económico, pues tuvo que indemnizar al Centro Recreativo y Turístico Cortur S.A. por el error ocasionado al consignar los supradichos dineros en la cuenta del demandado. Desde luego que, conforme puede advertirse con facilidad, esa conclusión también corresponde a un juicio abstracto de legalidad, ajeno a la contemplación probatoria y, en esa medida, igualmente ha debido controvertirse por la vía directa.

En últimas, la discrepancia en torno a esos aspectos obedece a un debate eminentemente jurídico, ajeno por tanto al campo de los hechos, de modo que la existencia de *"esos errores esenciales que encuadran en la primera de las causales de casación al aplicar indebidamente las normas jurídicas al caso sub lite"*, como describe el propio casacionista, no podía ser sometida al estudio de la Corte por la vía planteada, esto es, por la *"vía indirecta"* de la causal primera del artículo 368 del C. de P. C., porque de haber existido las deficiencias, consistentes según se dice en dejar de aplicar las normas citadas y aplicar indebidamente otras, ello depararía la violación directa de la ley sustancial, en tanto que -se recalca- el error cometido no tendría génesis en la apreciación probatoria.

Añádese a ello que cuando el censor emprendió sus críticas contra la labor probatoria del Tribunal y le atribuyó no tener en cuenta las confesiones contenidas en la demanda, los documentos allegados, así como las declaraciones del representante legal, del abogado interno y de los testigos del Banco que demostraban las relaciones jurídicas suscitadas entre las partes y la ilicitud en el comportamiento de Bancolombia S.A., lo hizo en ese mismo cargo, lo que deja ver que incurrió en un entremezclamiento de vías, puesto que resulta reñido con la técnica de casación plantear en la misma censura un debate estrictamente jurídico, como el que se mencionó en comienzo, con uno



fáctico, en la medida en que tales reproches obedecen a hipótesis diferentes que no pueden coexistir en una misma acusación.

Por si lo anterior fuera poco, el recurrente tampoco dijo qué tipo de error se cometió para que se hubiera producido la violación “*indirecta*” de la ley sustancial, esto es, si la trasgresión de las normas sustanciales enunciadas sería producto de un *error de hecho* o de *derecho*, o dicho de otro modo, si el Tribunal se equivocó al apreciar materialmente las pruebas, o si transgredió las normas probatorias que permitían precisar su alcance y valor.

2. Ahora bien, no obstante esos errores de técnica, que frustran la prosperidad de la acusación, la Corte encuentra pertinente precisar que la acción de enriquecimiento sin causa, consagrada en el artículo 831 del Código de Comercio, tiene como propósito remediar aquellos desplazamientos patrimoniales que pueden existir cuando quiera que la ventaja que una parte obtiene, carece de un fundamento jurídico que la preceda y justifique.

Hay que precisar, a ese respecto, que la jurisprudencia fundacional de lo que hoy es el querer de la ley, se orientaba a corregir las situaciones en las cuales el patrimonio de un sujeto de derecho sufría mengua, mientras otro acrecía sus haberes en la misma medida, sin que existiera una razón que explicara esa alteración, caso en el cual se imponía al juez el deber de adoptar los correctivos necesarios en procura de que se restableciera la equidad.

Justamente, acerca de esta materia, la Corte ha destacado que “*el enriquecimiento sin causa, conforme lo tiene sentado la jurisprudencia, constituye una pretensión en sí misma considerada, que requiere su encausamiento por medio de una demanda que da origen al proceso jurisdiccional correspondiente.*”

... la... pretensión planteada en el recurso extraordinario relativa al enriquecimiento sin causa, tal y como ha sido estructurada por la



jurisprudencia nacional e internacional, reclama como uno de sus elementos definitorios e integradores, «que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos. Por lo tanto, carece igualmente de la acción in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El deberá sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia», doctrina ésta que no hace más que reiterar el anunciado carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa -o injustificado-, no solamente con arraigo en la esfera patria, sino también en el Derecho Comparado, en general, como se acotó, en el que se tiene establecido que la acción en comento es un típico «remedio supletorio», a fuer de «extraordinario» y, en modo alguno, una vía paralela encaminada a suplir -o a subvertir- los recursos y los procedimientos fijados con antelación por el ordenamiento jurídico. Y mucho menos un camino expedito para corregir los errores o las omisiones en que incurrió el demandante con antelación, pues como lo realizó esta corporación hace un apreciable número de lustros, «...carece igualmente de la acción el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho» (Sent. de Cas. del 1º de noviembre de 1918).

En este sentido, la doctrina ciertamente es elocuente. A este respecto, el Profesor LUIS JOSSEERAND, puntualizó que, a lo expresado «...hay que añadir que la acción de 'in rem verso' se rehúsa también a quien perdió, por su culpa o por su hecho, otro medio de derecho; este deberá sufrir las consecuencias de su negligencia o de su imprudencia;... la acción de in rem verso, no pretende otra cosa que conjurar un hundimiento del orden jurídico que hubiera podido asegurarse bajo el égida de otra acción,...» (Derecho Civil, T. II, Vol. I, Edit. Bosch, Barcelona, 1.950, pág. 460)" (Sent. Cas. Civ. de 10 de diciembre de 1999, Exp. No. 5294).

Con posterioridad reiteró "...la más notable de las características de la acción de enriquecimiento incausado, cual es la de la subsidiariedad.



Todo el mundo conoce que dicha acción se abre paso sólo en la medida en que no haya otro remedio que venga en pos del empobrecido. En otros términos, la vida de esta acción depende por entero de la ausencia de toda otra alternativa. Subsecuentemente, en el punto no es de recibo la coexistencia de acciones” (Sent. Cas. Civ. de 11 de enero de 2000, Exp. No. 5208).

Luego, tuvo la oportunidad de precisar que “...la estructuración doctrinal del enriquecimiento injusto, producto de la investigación científica del derecho, hizo que se le incluyese como fuente obligacional al lado de las que tradicionalmente se definían en las leyes, lo que sin duda da trazas visibles de una cierta soberanía.

La independencia y autonomía descritas arrojan la fúlgida conclusión de que en esta especial acción es de la incumbencia del actor demostrar que el patrimonio del demandado obtuvo «algo», y que esa obtención de la ventaja ha costado «algo» en el patrimonio suyo, de modo -que ha- de establecerse una conexión indubitable entre el enriquecimiento y el empobrecimiento correlativos. Más elípticamente, probar que la ventaja del demandado derivó de la desventaja del actor” (Sent. Cas. Civ. de 25 de octubre de 2000, Exp. No. 5744).

Y más recientemente recalcó que “en jurisprudencia reiterada desde tiempo atrás ha sostenido esta Corporación que la acción de enriquecimiento sin causa tiene cabida siempre que se den ciertas condiciones, como lo señaló el mismo recurrente. Estas son: que se haya producido un enriquecimiento, un empobrecimiento correlativo, que ese enriquecimiento carezca de una causa justa y que no tenga el afectado ningún otro medio para obtener la satisfacción de su pretensión por cuanto la acción in rem verso tiene carácter subsidiario.

... Por otra parte, esta Corporación ha sostenido que la acción in rem verso a que da origen el enriquecimiento injusto únicamente procede cuando el demandante carece de cualquier otra acción, dada su naturaleza subsidiaria o residual, sin que pueda impetrarse en los



eventos en que, como en el caso en estudio, existe de por medio un contrato que sirve de título al desequilibrio patrimonial entre las partes.

La Corte en relación con este tema ha dicho de tiempo atrás que «para que sea legitimada en la causa la acción in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquier otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o las que brotan de los derechos absolutos», y que «...es preciso que el enriquecimiento no haya tenido ningún otro medio para obtener satisfacción, puesto que la acción de in rem verso tiene un carácter esencialmente subsidiario». (G.J. Tomo XLIV, pág. 474, XLV, pág. 29 y Sent.053 de 22 de febrero de 1991). En el mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia 124 de 10 de diciembre de 1999”(Sent. Cas. Civ. de 28 de agosto de 2001, Exp. No. 6673).

También ha dicho “en cuanto al enriquecimiento injusto, fuente que es, como bien se sabe, de obligaciones, y que tiene lugar cuando independientemente de toda causa jurídica se presenta el desplazamiento o disminución de un patrimonio a expensas de otro, de largo tiempo atrás doctrina y jurisprudencia han determinado sus elementos integrantes, cuales son el aumento de un patrimonio y un empobrecimiento correlativo, amén de la carencia de causa o fundamento jurídico que justifique tal desplazamiento patrimonial, factores estos entre los cuales- y asunto es por cierto que salta a la vista-, es el último de los enunciados el que informa la figura y recoge el principio general de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de los demás, a lo que ha de agregarse que para estos efectos debe entenderse por causa, no aquella a que se refiere el artículo 1524 del código civil, sino la preexistencia de una relación o vínculo jurídico entre el enriquecedor y el empobrecido que justifique el movimiento patrimonial. (Cas. 27 de marzo de 1939, XLVIII; 9 de junio de 1971; 26 de marzo de 1958).

Por lo demás, a los elementos atrás enunciados han sido incorporadas aún otras dos condiciones, que más que componentes de



la figura son requisitos para ejercer la acción a que da origen el fenómeno del enriquecimiento ilícito, como son: que ella no se intente contra disposición imperativa de la ley y que, dado su carácter netamente subsidiario, no se haya contado con otro medio para obtener satisfacción por la lesión injusta que le ha sido ocasionada” (Sent. de Cas. de 21 de mayo de 2002, Exp. No. 7061).

En el mismo sentido, es bueno recordar que *“sobre la acción de enriquecimiento sin causa o actio in rem verso, de antaño la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado los requisitos que la estructuran, e invariablemente los ha considerado bajo la idea de que son acumulativos o concurrentes, y por lo tanto todos deben estar presentes para que esa acción pueda resultar exitosa. Tales son:*

“ 1) Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio”.

“2) Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento. Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél”.

“Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación hecha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio”.

“El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir



que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma”.

“3) Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica”.

“En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley”.

“4) Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos”.

“Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia”.

“5) La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley” (G. J. T. XLIV, págs. 474 y 474.).

Dicha jurisprudencia ha sido reiterada en múltiples oportunidades como dan cuenta, entre otras, la Gacetas Judiciales XLVIII Pág. 130, L Pág. 40 y LXXXI Pág. 731; y en el mismo sentido pero especialmente en torno al carácter subsidiario de la acción, más recientemente en la sentencia No. 124 de 10 de diciembre de 1999 y en la sentencia de 28



de agosto de 2001, expediente 6673” (Sent. de Cas. de 7 de Junio de 2002, Exp. No. 7360).

Todo para hacer hincapié en que *“desde el año 1935 esta Corporación en forma coincidente ha dicho que los requisitos estructurales de la actio in rem verso son acumulativos, debiendo concurrir todos para el éxito de la acción y dentro de las exigencias está la de que el envilecimiento patrimonial del demandante, nacido del enriquecimiento del demandado sea injustificado, es decir, que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no tenga una causa jurídica y, además, que el demandante para recuperar su bien carezca de cualquier otra acción originada por las fuentes legales”*(Sent. de Cas. de 18 de julio de 2005, Exp. No. 1999-0335-01).

En tal acción, pues, subyace un imperativo moral, como que el ordenamiento jurídico no quiere patrocinar el acrecimiento económico de un sujeto a expensas de otro, cuando no existe ningún fundamento jurídico que lo justifique, postulado que encaja, desde luego, con la necesidad de dar a cada quien lo suyo, esto es, lo que verdaderamente le corresponde de acuerdo con los principios de justicia y equidad.

3. Y es atendiendo esos parámetros que la Corte entiende que en el presente caso no podría achacarse al Tribunal haber vulnerado normas de derecho sustancial, al concluir que se produjo un enriquecimiento sin causa en perjuicio del Banco demandante, en tanto que, ciertamente, esa entidad financiera sufrió un detrimento económico que terminó por beneficiar al demandado, sin que en esa operación mediara una causa jurídica que justificara tal desplazamiento patrimonial.

A ese respecto, téngase en cuenta que obra en autos (fls. 17 a 19 cd. 2) el documento que recogió la transacción que Bancolombia S.A. celebró con el Centro Recreativo y Turístico Cortur S.A., en virtud de la cual la entidad bancaria tuvo que restituir a dicha sociedad los dineros que por error consignó en la cuenta del demandado, sumas



que éste no devolvió pese a los diversos requerimientos que se le hicieron, lo que repercutió negativamente en los activos del Banco demandante y, por contera, le empobreció.

En últimas, es de concluir que como el Banco no pudo recuperar esos dineros, experimentó una mengua patrimonial que carece de justificación y que, correlativamente, fue de provecho para Óscar Adrián Loaiza Arias, desequilibrio que por su obviedad no merece mayor abundamiento.

Por lo demás, independientemente de quién fuera el propietario de los dineros que se consignaron indebidamente, el detrimento económico que sufrió el Banco fue el resultado de la torticera conducta del demandado, de donde emerge que si bien Óscar Adrián Loaiza Arias no intervino en la relación contractual en virtud de la cual Bancolombia S.A. repuso los dineros dejados de consignar al Centro Recreativo y Turístico Cortur S.A., esa transacción se hizo necesaria por la negativa del demandado a reintegrar los dineros recibidos en franco aprovechamiento indebido del error ajeno.

No cabe duda, entonces, que la conducta del demandado es el origen directo -y a su vez el conector necesario- del enriquecimiento y el empobrecimiento aludidos.

Y si bien pudiera ser discutible la referencia al depósito irregular que hizo el Tribunal para explicar la razón por la cual el Banco había perdido los dineros consignados erróneamente en la cuenta del demandado, lo cierto es que esa explicación fue puramente marginal y a la manera de una *obiter dicta*. Por lo dicho, aunque la mención de una modalidad de depósito no fuera ni necesaria, ni acertada, las reflexiones aludidas en el párrafo anterior sobre el cumplimiento de las condiciones de la *actio in rem verso* quedarían indemnes y, por sí solas, soportarían el fallo del Tribunal.

Aunado a ello, ninguno de los embates que se hacen a la sentencia cuestiona el hecho de que el demandado recibió dineros ajenos, o sea, que no hay protesta acerca de que dicho sujeto se enriqueció a expensas de otro y sin que se sirviera de una causa jurídica para ello. Así, la ajenidad de los dineros es asunto no debatido y por sí sostiene la justicia que hay en ordenar la devolución.

Tampoco se controvierte en esta sede la conclusión según la cual al demandante no le quedaba otra acción diferente a la de enriquecimiento sin causa, lo que permite corroborar que se satisfacían las exigencias para la prosperidad de la acción *in rem verso*.

De otro lado, hay que destacar que -según reconoce el propio recurrente- en este caso no hubo subrogación cuando el Banco celebró la transacción en comento con el Centro Recreativo y Turístico Cortur S.A., pues no hay norma que así lo prevea, ni los allí contratantes convinieron que el primero se haría titular de los derechos de su cliente o de las acciones que a éste pudieran corresponder, de donde se sigue que no se presenta ninguna de las hipótesis del artículo 1667 del Código Civil, para entender que el demandante ocupaba alguna posición contractual que inhibiera la aplicación de la *actio in rem verso*.

Esa circunstancia, precisamente, confirma que la legitimación en la causa del Banco en este asunto no debía venir de una eventual subrogación -como ahora quiere hacer ver el casacionista-, sino del hecho de que fue la entidad financiera quien finalmente sufrió la merma patrimonial que tuvo como contrapartida el incuestionable enriquecimiento sin causa del demandado, lo cual la facultaba para ejercitar la acción *in rem verso*.

Entonces, visto lo anterior, ningún desacierto puede endilgarse al Tribunal en la escogencia de las normas que utilizó para sentenciar la controversia, ni en su aplicación, ni en la labor de ponderación probatoria que emprendió para verificar la presencia de los supuestos de la acción prevista en el artículo 831 del Código de Comercio, como



quiera que según evidencian las pruebas que obran en el proceso, se conjugaban todos los presupuestos para declarar el enriquecimiento injusto alegado por el demandante.

En consecuencia, tal acusación no puede prosperar.

SEGUNDO CARGO

El recurrente censura que en su fallo, Tribunal violó *"por vía directa una norma de derecho sustancial como es -el- principio general del derecho"* según el cual *"nadie puede derivar derechos de su propia ilicitud"*.

En ese sentido, argumentó que Bancolombia S.A. confesó en la demanda y en el interrogatorio rendido por su representante legal, que incumplió sus deberes como entidad financiera al desviar culposamente unos dineros que pertenecían al Centro Recreativo y Turístico Cortur S.A. y, pese a ello, salió *"indemne y hasta remunerada con el fallo objeto de este recurso de casación"*, pues se le reconoció lo que tuvo que indemnizar a la referida sociedad por los daños que ella recibió y *"adicionalmente se le otorga el beneficio de la corrección monetaria"*.

A juicio del recurrente, el Banco demandante no es una persona cualquiera, ordinaria o ingenua, sino un profesional del comercio calificado a quien debe exigirse *"toda la diligencia, la pericia y la prudencia que demanda el manejo del ahorro del público"*.

Por ende, prosigue, el Banco violó normas *"financieras que son de orden público y que protegen a la sociedad en general"*, proceder que no puede ser génesis del derecho a recibir una compensación, ni es posible que las consecuencias de su ilicitud se trasladen al demandado, porque ello desconoce el principio según el cual nadie puede medrar de su propia ilicitud.



CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En relación con el cargo antes memorado, en el que se pregona la violación directa de un principio general de derecho, la Corte encuentra oportuno hacer algún balbuceo teórico que resulta de recibo para la decisión.

1. Según hoy se tiene por establecido, el concepto de norma rebasa el de regla en sentido restringido, pues conforme ha dicho la doctrina autorizada *“con la palabra norma se alude a que algo deba ser o producirse; en particular, a que un hombre deba comportarse de determinada manera. Sin embargo, de cara al significado de la separación de la ley respecto de los derechos y de la justicia, dentro de una noción genérica de norma de este tipo es importante diferenciar lo que podría denominarse «regla» de lo que podría, por el contrario, denominarse «principio»...”*¹.

Una de las maneras de distinguir las reglas de los principios es que los métodos tradicionales de interpretación sólo se aplican a las reglas y no a los principios, pues el significado lingüístico de éstos es autoevidente². Según Zagrebelsky, los principios remiten a tradiciones históricas y deben ser entendidos en su *ethos*; mientras que a la regla se obedece, a los principios se adhiere, circunstancia que está vinculada a la comprensión de los valores inherentes a la cultura jurídica y al contexto histórico.

Las reglas ordenan, prohíben o permiten; los principios proporcionan criterios para una toma de posición ante situaciones concretas que *a priori* parecen indeterminadas. Los principios carecen de una estructura basada en un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, razón por la cual sólo generan reacciones ante

¹ Zagrebelsky, Gustavo. *Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*. Traducido por Marina Gascón como *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia*. Valladolid, 1995, Pág. 109.

² Zagrebelsky, Ob. Cit., Pág. 113.



determinadas situaciones de hecho. Si la "aplicación" del derecho se tomara limitadamente como la subsunción, bastante difícil sería esa operación lógica a la hora de adoptar decisiones judiciales para casos concretos tomando como base únicamente los principios.

Según se observa, los principios jurídicos son un acumulado de saber práctico, que sirve de guía a las acciones humanas. En su estructura lingüística son enunciados normativos, prescriptivos, del deber ser, deontológicos. Hay en ellos mandatos, prohibiciones, permisiones o valoraciones implícitas que no tienen como función describir la realidad, sino ser guías para las acciones humanas o exhortaciones al logro de metas social e individualmente deseables.

Las reglas, por su parte, tienen un supuesto de hecho y esa característica permite incluir y excluir personas, eventos o cosas, lo cual hace que tengan un mayor grado de determinación que los principios. Baste ver, por ejemplo, que enunciados como la «buena fe» carecen de supuesto de hecho; por el contrario la prohibición del homicidio o del robo, aluden a hechos y acciones concretas, que por tal condición a la vez que incluyen unos hechos, excluyen otros.

Las reglas expresan un carácter dicotómico, de todo o nada, esto es, que operan a la manera de una disyuntiva, pues ese es el propósito en su proceso de construcción, regular unos hechos claramente delimitados para dejar otros por fuera, esto es, no comprendidos en el supuesto de hecho. La regla puede consistir en la inclusión de una población con diversos criterios, como mujer, hombre, mayor, menor, nacional, extranjero, canaz, incapaz, abogado, médico o militar.



2. En esta recensión resulta del todo pertinente ver que mientras en Colombia la reforma constitucional de 1936 suprimió de la Carta Política la referencia a los derechos naturales, allende las fronteras se avecinaba la hecatombe de la segunda guerra mundial y la crisis del derecho positivo, como anuncio del regreso del



conspira contra la complejidad de la vida moderna y la verdadera dimensión de las cosas, que impiden comprimir todos sus grises y penumbras en unos cuantos enunciados legales.

3. Bueno es recordar, además, cómo los defensores del positivismo preconizaban la coherencia y plenitud del sistema, de modo que -para ellos- resultaba impensable un caso que no pudiera ser resuelto acudiendo a una norma perteneciente a dicho ordenamiento o que no fuera producto del mismo.

La coherencia del ordenamiento, podía entenderse bajo la idea de que sobre el mismo hecho no podían existir dos normas, una prohibitiva y otra permisiva; a su paso, la plenitud -o completitud- significaba que por lo menos una de las dos debía pertenecer al sistema. La existencia simultánea de las dos normas contradictorias implicaba incoherencia, la ausencia de ambas conducía a la falta de completitud.

Para Savigny coherencia y plenitud se podían fundir en una sola característica: la unidad. Ésta se lograba por la vía negativa excluyendo la contradicción, y positivamente colmando la laguna. En el primer caso, el ordenamiento estaba saturado y era menester depurarlo de aquellas reglas que fueran contradictorias. Desde luego que la eliminación de una de las normas que saturan el sistema y que se considera contradictoria, es una tarea expuesta al error y necesita de una justificación teórica y política; del mismo modo, cuando hay déficit normativo para resolver un caso, el juez debía suplir el faltante creando la norma -subregla- necesaria para disipar la incertidumbre, creación a la que accede no por capricho o como un acto de poder, sino por la necesidad de proveer una decisión, ya que como es sabido, para el ciudadano que no recibe una respuesta del juez, no existe el ordenamiento y, por tanto, quedaría liberado del deber de obediencia al Derecho.



El paradigma de la plenitud del ordenamiento jurídico parece ser una de las características más discutibles del positivismo jurídico y se halla asociada al renacer del derecho romano y a la excesiva confianza en el *corpus iuris* como una obra que proveía todas las respuestas a los problemas que la realidad planteaba. Así, el lugar que inicialmente ocupó el *corpus iuris* fue tomado por el Derecho estatal, que como un signo de poder político desembocó en la reafirmación del monopolio de la producción del Derecho, y la confianza, tal vez excesiva, en las grandes codificaciones y en la exégesis de los textos legales, todo lo cual llevó a una sobreestimación fetichista del legislador.

El vórtice que en su momento generó la revolución industrial, y que viene luego aumentado por las distintas revoluciones tecnológicas y lo vertiginoso de los cambios sociales, aceleraron el deterioro natural de la confianza en el positivismo, producido por la pronta senescencia de los códigos, empujada por la velocidad de los cambios sociales y la revolución del conocimiento científico y la tecnología.

Todo ello vino potenciado por el surgimiento de la sociología y una filosofía social irreverente contra el estatismo, así como por el debate, aún actual, entre Estado y sociedad civil, que imposibilitan el olvido de las corrientes incontenibles de la vida que transitan por los huidizos intersticios de la realidad estatal, sin dejarse confinar por ella.

Y claro, ante la crisis del derecho positivo y el renacer de un nuevo derecho natural, surgieron algunas tesis como la del espacio jurídico vacío, conforme a la cual no hay lagunas porque los casos de ausencia de regulación, representan zonas excluidas de la legislación, esto es, situaciones ajenas al derecho.

No obstante lo anterior, los críticos del positivismo en su momento denunciaron la existencia de lagunas ideológicas o axiológicas, es decir no sobre la norma que es, sino la que debería ser, lagunas de *iure condito* (reales) y de *iure condendo* (axiológicas), para concluir que solo un sistema de derecho natural carecería de lagunas



ideológicas o axiológicas, pero que tal sistema no ha sido concebido, como enfatiza el positivismo jurídico.

Aunado a ello, se comenzó a plantear la existencia de lagunas propias (reales) y lagunas impropias (ideales), resultantes de comparar un sistema real con un sistema ideal; lagunas objetivas -o sobrevinientes de los cambios sociales- y subjetivas -o sea, las que vienen de las deficiencias o imprevisiones del legislador-; lagunas voluntarias por rehuir de la complejidad o involuntarias por inadvertencia.

En todo caso, el reconocimiento de la existencia de lagunas, planteó la necesidad de integrar el ordenamiento jurídico para suplir la falta de completitud.

Para llenar las lagunas, Carnelutti sugería acudir a las herramientas de auto-integración y hetero-integración. En el primer caso, se eluden en lo posible las fuentes externas y se disuelven las lagunas con herramientas del ordenamiento. En la hetero-integración las lagunas del derecho positivo se colman migrando hacia fuentes externas, al derecho natural, del que -según él- viene todo derecho positivo y el que por tener una mayor comprensión valorativa se permite iluminar las zonas de penumbra del ordenamiento.

Son ejemplos de ello el código civil austriaco de 1812, según el cual, las dudas se resuelven acudiendo al derecho natural; así, reza el artículo 17 que en caso de *silentium legis*, se puede valer el juez de los derechos naturales innatos.

El artículo 3º del Código Civil Italiano de 1865 acude a la expresión, más general y difusa, de principios generales del derecho. Sin embargo, en el modelo italiano la forma de integrar y completar el sistema jurídico, se vale del sintagma "*principio generales del ordenamiento jurídico del Estado*", que es más restrictiva, pues privilegia el derecho Estatal y remite más estrechamente a los



principios que hayan sido acogidos en el ordenamiento, ya de manera explícita, ora de manera implícita porque aparezcan manifestaciones visibles de ellos.

El código civil suizo, artículo 1º, establece que en caso de dudas el juez puede decidir como si fuera el propio legislador, pero muy poco uso se hace de esa prerrogativa.

Y para suplir el déficit normativo, en el pasado la ley de citas de Teodosio II y Valentiniano III, jerarquizó los escritos de los juristas como referente para el trabajo de integración necesario; de esa manera, mandaba acudir en su orden a Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestito y Gayo, todo, en el esfuerzo de completar el ordenamiento.

Para otros, puede igualmente acudirse a distintos modelos de hetero-integración basados en el recurso al derecho judicial (arduamente defendida por la escuela del derecho libre), así como acontece cómodamente en el sistema anglosajón.

En cuanto a la auto-integración, el artículo 12 del Código Civil Italiano establece que *"si una controversia no puede decidirse con una disposición precisa, se hará de conformidad con disposiciones que regulen casos similares o materias análogas; si el caso aún presenta dudas, se decidirá según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado"*. Como se recuerda, la analogía, procedimiento general inclusivo, sirve para expandir el ordenamiento, viene desde el Digesto (10 D. de leg., 1,3), y en el derecho medieval se identificó como *argumentum a simili* (extensio legis). También aparece en Aristóteles en el *órganon*, (Analíticos anteriores, II, 24). Sobre las distintas formas de analogía valga citar a Norberto Bobbio: *"...por analogía iuris se entiende el procedimiento con el cual se obtiene una nueva regla para un caso no previsto, no ya por la regla que se refiere a un caso individual, como sucede en la analogía legis, sino por todo el sistema o por una parte del sistema, es decir que este procedimiento no difiere*



del que se emplea cuando se recurre a los principios generales del derecho... ”³

4. En lo que a Colombia concierne, a lo largo de la historia jurídica han sido diversas las soluciones planteadas -en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia- en busca de llenar el vacío que deja la falta de ley escrita para solucionar un caso en conflicto, y en cada solución se asoma el matiz propio del transitar filosófico, político y social de cada época.

Así, en la temprana independencia, el artículo 5º del Decreto de 17 de noviembre de 1828 previó que *“todo juez o tribunal debe pronunciar sus sentencias con expresión de la ley ó fundamento aplicable al caso”⁴*.

En tiempo de la República de la Nueva Granada, se expidió la Ley 1ª de 10 de mayo de 1834, orgánica de los tribunales y juzgados, que en su artículo 125 dispuso que *“las consultas que hagan los tribunales i juzgados sobre la inteligencia de alguna ley, en ningún caso suspenderán el curso i determinación de la causa, debiendo en tal evento los tribunales i jueces continuar el proceso i determinar el caso ocurrido, en defecto, insuficiencia u oscuridad de la ley, por fundamentos tomados del derecho natural, de la justicia universal i de la razón... En consecuencia, el juez que rehusare juzgar, bajo pretexto de silencio, de oscuridad ó insuficiencia de la ley, puede ser perseguido como culpable de denegación de justicia”⁵*.

³ Bobbio Norberto, Teoría del ordenamiento jurídico, Edit. Temis. Bogotá, 1994, Trd. Jorge Guerrero y Eduardo Rozo A., pág.236.

⁴ Fondo Quijano 261 de la Biblioteca Nacional de Colombia. Documento a disposición en microfilmación. Simón Bolívar, Libertador. Presidente de la República de Colombia, pág. 220. Se respeta en la transcripción, la forma original de escritura de la época.

⁵ De Pombo, Lino, Recopilación de Leyes de la Nueva Granada. Formada y publicada en cumplimiento de la Ley de 4 de mayo de 1843 por comisión del poder ejecutivo, Imprenta de Zoilo Salazar, por Valentín Martínez, Bogotá, febrero de 1845, pág. 116.



Nótese cómo ha sido constante eso de que el juez no puede eludir el deber de decidir, quizá bajo la concepción de que si el ciudadano no recibe respuesta para su pretensión, con el pretexto de ausencia de norma, esa sería una manera de excluirlo del ordenamiento jurídico.

En tránsito al sistema de Estado Federal, el Código Civil del Magdalena -Ley de 17 de diciembre de 1857- dispuso: "*IV. La costumbre no tiene fuerza de lei en ningún caso. A falta de lei o cuando esta sea oscura o deficiente, los tribunales y juzgados apoyarán sus decisiones en los principios de la justicia universal y de la razón*"⁶.

Justo Arosemena, protagonista en la elaboración del proyecto del Código Civil del Magdalena, explicó la razón de esta norma en el informe para el segundo debate de este proyecto: "*...la cuarta de las disposiciones preliminares sin dar de un modo explícito fuerza obligatoria a la costumbre, sólo prohíbe aducirla en juicio cuando es contraria a la lei. La comisión ha creído que, en este particular, debe ser más terminante el Código. En ningún caso debe reconocerse como obligatoria la costumbre. La que es conforme a la lei, no es costumbre sino lei: la que le es contraria no podrá reconocerse jamás sin trastornar los más obvios principios de legislación i sin abrir la puerta a la arbitrariedad i a la anarquía ...que fuera de la lei, la razón i la justicia sean los únicos principios que gobiernen las relaciones sociales. Tal es, además, el principio consignado de tiempo atrás en nuestro código vigente de organización judicial reconocido también en el proyecto sobre la misma materia que existe en segundo debate en ésta Cámara. La Comisión los propone pues, la variación que bajo el número 1º se encuentra en el pliego adjunto*"⁷.

⁶ Editado por el Doctor Rafael Martínez Sarmiento, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca, Pág.2.

⁷ Informe que para el 2º debate del proyecto de código civil presentó la comisión conformada por Manuel José González, R. Antonio Martínez, Zenón Solano, Salvador Camacho Roldán, Vicente Herrera y Justo Arosemena, Imprenta del Neogranadino, 1855, págs. 8 y 9. En Libros Raros y Manuscritos de la Biblioteca Luis Ángel Arango.



A finales del siglo XIX y después de un proceso incesante de ajustes en la forma del Estado, propios de una época de acomodamiento posterior a la independencia, Colombia nació como una República unitaria, con normas constitucionales y legales provenientes de un Consejo Nacional de Delegatarios, cuyo pensamiento estaba inspirado por la influencia de Miguel Antonio Caro.

Entre los propósitos de Caro, estaba el de restaurar la tradición jurídica española que se había implantado en América a partir de la Conquista, manteniendo la tesis autoritaria y confesional del Estado y el fundamento divino de la ley humana, que se refleja en la tesis de que *"la ley escrita, es, por sí sola, ineficaz; solo es poderosa y santa cuando su origen es respetable y respetado, cuando en los grandes acontecimientos de la historia se reconoce la acción de un poder divino, que adoctrina, castiga y premia a las naciones, y les concede situaciones extraordinarias para constituirse y engrandecerse. Entonces el orden legal es sólido, porque se apoya en el orden moral y en la fe religiosa de la sociedad"*⁸.

En este entorno, el Consejo Nacional de Delegatarios con facultades legislativas, expidió la Ley 153 de 1887 en la que determinó que a falta de legislación, la costumbre, en las condiciones establecidas por el artículo 13º, constituye derecho, autorizando en el artículo 8º la aplicación de la analogía, y en su defecto, la doctrina constitucional y las *"reglas generales del derecho"*.

Este enunciado normativo es de similar textura al contenido en el artículo 4º del Proyecto de Código Civil de Chile de 1853 que fue presentado por Andrés Bello; tal precepto reza que *"en materias civiles, a falta de lei escrita o de costumbre que tenga fuerza de lei, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos"*

⁸ Caro, Miguel Antonio, Esquema de la historia constitucional colombiana, en Estudios constitucionales, Biblioteca Popular de la Cultura Colombiana, Bogotá, 1951, pág. 40.



análogos, i a falta de éstas, conforme a los principios jenerales de derecho i de equidad natural⁹”.

Sin embargo, el artículo 4º del proyecto de Bello que se ha citado, no hizo parte del Código Civil Chileno de 1855, debido a que allá, en ese momento, estaba vigente el numeral 4º del artículo 3º de la Ley de 12 de septiembre de 1851. Esta disposición, preceptuaba que toda sentencia debía contener *“los hechos i las disposiciones legales, en defecto de éstas la costumbre que tenga fuerza de lei, i a falta de una i otra, las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia”* (subrayas ajenas al texto original), norma adoptada tiempo después por el Código de Procedimiento Civil Chileno de 1902, en el numeral 5º del artículo 193¹⁰.

Andrés Bello, -autor del proyecto de la Ley Chilena de 12 de septiembre de 1851- al exponer ante el Senado los argumentos para su aprobación, dijo en sesión de 31 de julio de 1850 que *“por esta enmienda no se hace más que agregar una regla con la que siempre se conforman los tribunales al sentenciar las causas, porque es sabido que todo juzgamiento se decide primero por las leyes vigentes del país; y que, si se presenta algún caso sobre el cual no haya alguna disposición expresa, se recurre entonces a la costumbre, que, por tener todos los requisitos necesarios, haya adquirido fuerza de ley. Pero puede ofrecerse otro caso, más raro aún que aquél en que falte ley expresa, a saber, uno en que no haya tampoco esa costumbre con fuerza de ley. En tal caso, no habría más arbitrio que fallar según los principios de la razón natural. En el proyecto original, se dice que debe resolverse según una disposición legal; pero, como ésta puede faltar en muchos casos, he creído necesario hacer esta agregación para*

⁹ Obras completas de Andrés Bello, Tomo IV, Edición hecha bajo los auspicios de la Universidad de Chile, Editorial Nacimiento Santiago de Chile, pág. 22. En la nota de concordancia del citado artículo se referencian el artículo 21 del Código de Luisiana y la página 8º, Tomo I de Droit Civil de Delvincourt.

¹⁰ Otero E. Franklin, Código de Procedimiento Civil de la República de Chile, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1906, pág. 87.

*determinar la regla a que deben sujetarse los tribunales en sus procedimientos*¹¹.

Sobre los antecedentes de la Ley 153 de 1887, hay que remarcar una clara identidad entre ella y la ley expedida en Chile el 7 de octubre de 1861, no obstante, la Ley Chilena carece de reglas semejantes a las previstas en los artículos 4º y 8º de la Ley 153 de 1887, que, según se sabe, sirven como criterio hermenéutico a fin de fijar el pensamiento del legislador, acudiendo a *“los principios del derecho natural”*, o sea para ilustrar la Constitución en casos dudosos, como manda el artículo 4º, o lograr la plenitud del ordenamiento jurídico, pues según reza la norma, *“cuando no haya ley exactamente aplicable, al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”*.

A su vez, el Derecho Civil Chileno -conforme lo expresa la doctrina extranjera-, *“tuvo como fuentes de inspiración el Derecho Romano¹², el Código Civil Francés, ciertas leyes españolas derivadas de las Siete Partidas, La Novísima Recopilación y el Fuero Real, los códigos de Luisiana, Sardo, de Austria, de Prusia, de las Dos Sicilias, del Cantón Vaud, Holandés y Bávaro... A las anteriores fuentes de legislación positiva se unen otras doctrinarias, es decir, obras de autores de distinta nacionalidad, como el Alemán Savigny, los comentaristas franceses de su Código Civil (Delvincourt, Rogron, Mourlon), algunos juristas ingleses (muy pocos), varios españoles, como Gregorio López, Tapia, Molina, Gómez, Matienzo, Gutiérrez y, muy especialmente, Florencio García Goyena”*¹³.

¹¹Obras completas de Andrés Bello, Tomo XX, Labor en el Senado de Chile, XLVI, 18447-1850. pág.536.

¹² García del Corral Ildefonso, Cuerpo del Derecho Civil Romano, Codicis, Libro Tercero, Barcelona, 1889 pág. 313.

¹³Alessandri R. Arturo, Somarriva U. y Vodanovic H. Antonio. Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, pág. 93.



La consagración de los principios del derecho natural y de las reglas generales del derecho en la Ley 153 de 1887, se ajustaba a la Constitución de 1886, que en su versión original aludía a los "*derechos naturales*". Así el artículo 19 de la Carta Política de 1886 establecía que "*las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida honra y bienes y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos*" (Subrayas no originales).

Luego, esta versión primigenia de la norma fue modificada por la reforma de 1936; el nuevo tenor de esa disposición estableció que "*las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida honra y bienes y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*". Como se aprecia, la alusión "*a los derechos naturales*" desapareció de la Carta Política en la reforma constitucional de 1936.

Posteriormente, el inciso 2º del artículo 2º de la Carta Política de 1991, estableció que "*las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*". Por su parte el artículo 230 de la Carta establece que "*la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*".

5. No sobra añadir que el término "*reglas generales del derecho*", que pervive en nuestro ordenamiento jurídico, -en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887- fue considerado desde su origen, equivalente al de "*principios generales del derecho*".

Miguel Antonio Caro, -representante del Estado de Panamá-, en el Consejo Nacional de Delegatarios, hizo la recepción de la regla en la Ley 153 de 1887, con soporte en la doctrina romana, acogida en la



tradición jurídica española, y en *Baudry- Lacantineire, Précis de droit civil, Paris 1888*¹⁴.

En el mismo sentido se pronunció Manuel J. Angarita, cuando al concordar y comentar en 1888, el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, refiere como cita la de un autor chileno en la que afirma que *"en las legislaciones romana y española estaba mandado que se aplicaran estas reglas en los casos no resueltos por una ley contraria; nuestro Código deja a este respecto en completa libertad á los jueces, que pueden valerse de ellas según su propio criterio, y que, con no poca frecuencia, las aducen en apoyo de sus decisiones. Puede verse la enumeración de algunas de esas reglas en Escriche, artículo «Reglas del Derecho»..."*¹⁵.

Justamente, el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, del Magistrado Honorario de la Audiencia de Madrid Joaquín Escriche, -obra consultada por los juristas chilenos y colombianos de la época-, informa que *"reglas de derecho"* son *"ciertos axiomas o principios que en breves y generales palabras demuestran luego la cosa de que hablan, y tienen fuerza de ley en los casos que no están decididos por alguna ley contraria: Regula est quaerem quae rem quae est breviter enarrat, et est quasi causae conjectio; princ. del tít. 34, part. 7. Hay muchas reglas esparcidas en el cuerpo del derecho, y varias que se proponen como ejemplo... El derecho romano contiene además otras muchas reglas muy trascendentales (1): también son muy importantes y de frecuente uso las once reglas del 5º de las Decretales y las ochenta y ocho del 6º. La explicación de su sentido y algunos ejemplos de sus aplicaciones, pueden verse al fin de la obra de VALLENSIS O DEL VAULX, y de la de MURILLO"*¹⁶.

¹⁴Caro, Miguel Antonio, Obras Completas, Tomo VII, Labores Legislativas y Estudios Jurídicos, Bogotá, Imprenta Nacional, MCMXLII, septiembre de 1889, pág. 25.

¹⁵Código Civil concordado y Leyes adicionales concordadas y comentadas por Manuel J. Angarita, Edición de 1888, Librería Colombiana, Bogotá, pág. 498.

¹⁶ Librería de la Vda. de C. Bouret, Paris, 1920. En el mismo sentido las ediciones de 1931 y 1977, Tomo IV, M-Z, Editorial Temis, Bogotá, 1977, págs. 462 a 464.



Por su parte, la doctrina nacional, singularmente Don Fernando Vélez, en su estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, confirmó la referida similitud, al precisar que "las reglas de derecho son ciertos axiomas o principios generales, tales como 'donde la ley no distingue no es dado distinguir al hombre etc.', mandados aplicar por las legislaciones romana y española, y que se fundan en la equidad"¹⁷.

6. Como se ve, en el derecho colombiano, en el artículo 4º de la Ley 153 de 1887, se alude a que "los principios del derecho natural, y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar las Constitución en casos dudosos". Pero además de remitir a los principios del derecho natural, el modelo o sistema colombiano consagra en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho".

Si se entendiese, como describe Norberto Bobbio para el sistema italiano, que la remisión a los principios generales del derecho es excesivamente amplia y que por ello fue deliberadamente restringida, a los principios generales del ordenamiento "del Estado", tendría que concluirse que en Colombia quedó consagrado un modelo de hetero-integración, pues el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 remite a las "reglas generales del derecho", sin limitarlas a las previstas en el ordenamiento jurídico del Estado; pero si ello no fuera bastante para hallar la fisonomía del sistema colombiano, recuérdese que el artículo 4º de la Ley 153 de 1887, alude a "los principios del derecho natural", con lo cual no queda duda que en la legislación patria, anida un modelo de hetero-integración, abierto, incluso, a los principios del derecho natural; por todo ello, la forma de colmar las lagunas debe

¹⁷ Tomo I, Imprenta Paris América 145, Boulevard Poissonniere, Paris, 1926, pág. 49.



acompañarse con lo que manda ese cuerpo normativo centenario, es decir, con apertura hacia los principios generales y al derecho natural.

7. En la añeja jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, hay verdaderos ejemplos anticipatorios sobre la aplicación de las reglas generales de derecho, en una forma singular de integración del ordenamiento jurídico. En todo caso, no ha existido duda sobre que las reglas generales del derecho son los principios generales del derecho y que ellos hacen parte del ordenamiento jurídico.

Y esa antañona teórica en muchas materias, se hizo porque el Código Civil carecía de preceptos específicos, lo cual no impidió que la Corte acudiera a los artículos 13 y 8º de la Ley 153 de 1887, normas que le permitieron aplicar con muchos años de anticipación los métodos de interpretación formulados por Geny y la Escuela Científica del Derecho. Como en su momento anotó la doctrina autorizada, *"la nueva sensibilidad de la Corte ha encontrado una base de insospechada consistencia en las reglas hermenéuticas formuladas magistralmente por el legislador de 1887. La sala de casación ha descubierto o resucitado en la Ley 153 de ese año, normas de tan auténtico valor científico que sus principios coinciden maravillosamente con los que años después informaron el programa de la que ha venido a llamarse Escuela Científica del Derecho. La resurrección de estas reglas y, en particular, de la consignada en el artículo 8, en virtud del cual, a falta de una disposición exactamente aplicable al caso controvertido podrá el juez recurrir a los principios generales del derecho, señala el punto de arranque de la nueva jurisprudencia de casación civil"* (Taffur Morales, Francisco, La Nueva Jurisprudencia de la Corte, Ed. Óptima, pág. 244). Valga hacer memoria de algunos ejemplos.

7.1. Así, en lo que respecta al principio que dispone no abusar de los derechos, residente ahora en el artículo 95 de la Carta Política, fue desarrollado entre otros, en fallos de 19 de agosto de 1935, 30 de octubre de 1935 y 5 de octubre de 1939.



7.2. En sentencia de 20 de mayo de 1936, la Corte sentó como doctrina que las reglas generales del derecho son verdaderos principios y que éstos hacen parte del ordenamiento jurídico. En ese fallo se lee que *"... 'según la expresión de Geny -anota Josserand- todo el derecho no está encerrado dentro de la legalidad; al rededor de la regla formal, alrededor del derecho escrito, vive y hierve todo un mundo de principios, de directivas y de **standars**, en los cuales distingue muy justamente Hauriou **los principios constitucionales del comercio jurídico**, y como una especie de super-legalidad... Entre esas directivas pueden citarse... la regla **error communis facit jus**, la teoría del enriquecimiento sin causa y, sobre todo, la del abuso del derecho: aunque ningún texto de derecho positivo las enuncie en su forma general, la realidad de esos dogmas consuetudinarios es tan cierta como puede serlo la de los principios consignados en los términos más expesos e imperativos. Más aún: aquellos dogmas consuetudinarios están por encima de estos principios, puesto que escapan a la arbitrariedad del legislador, que no podría desconocer esas verdades superiores, a las cuales él mismo está subordinado, ya que no emanan de él. Los derechos que éste reglamenta no se realizan abstractamente y en el vacío: funcionan en un medio social; desempeñan un papel en ese medio, socialmente, no en una dirección cualquiera sino en vista de fines determinados; su misión es la de realizar la justicia y ellos no podrían rebelarse contra ésta sin que se incurriera en un contrasentido jurídico, en un abuso que acarrearía una sanción"* (Sent. Cas. Civ. de. G.J. XLIII, 47-48).

7.3. De la misma manera y en lo que atañe al principio que recoge la teoría de la imprevisión, se recuerda cómo antes de que ella fuera recogida en el artículo 868 del Código de Comercio, recibió abrigo en la sentencia de 29 de octubre de 1936, donde se evocó *"el aforismo de los glosadores del Derecho Romano, «rebus sic stantibus», o sea que hay que suponer que las partes han entendido mantener el contrato si las circunstancias en que se celebró no cambian, se ha fundado la teoría de la imprevisión, que se encamina a darle al juez el*



poder de modificar la ejecución de un contrato cuando han variado de tal manera las circunstancias que se hace imposible para una de las partes, cumplir lo pactado, sin que sufran una grave lesión en sus intereses”.

7.4. Y en punto de que no es lícito romper sin medida el equilibrio, ha enseñado la Sala que *“...los casos especiales de enriquecimiento sin causa contenidos en nuestro Código Civil, notoriamente en lo referente al pago de lo no debido, no destruyen la unidad de esta noción de derecho, fuente de obligaciones, por cuanto que las aludidas normas de aquella obra divergen sólo en las particularidades de esos casos”*(Sent. Cas. Civ. de 19 de noviembre de 1936. G.J. XLIV, 474).

7.5. En otro de los pronunciamientos la Sala precisó que *“...a falta de una fórmula dogmática en nuestro C. Civil, como existe, tanto en las legislaciones suiza y alemana como en las posteriores a éstas, relativa al enriquecimiento sin causa, fuente de las obligaciones, la jurisprudencia (entre nosotros con apoyo en los artículos 5, 8, y 48 de la ley (1) 53 de 1887. Consúltense las sentencias de 19 de agosto y 19 de septiembre de 1935, las cuales contienen esta misma teoría), y la doctrina se han encargado de establecer su fundamento, delimitando el ámbito de su dominio y aplicación y precisando sus elementos constitutivos.*

El enriquecimiento sin causa estriba en el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro” (Sent. Cas. Civ. de 19 de noviembre de 1936, G.J. XLIV, 474, cfr. Sent. Cas. Civ. de 6 de septiembre de 1940, G.J. L, 39).

7.6. La creación del derecho se expresó, también, en el enriquecimiento torticero, que a falta de una disposición legal recibió desarrollo de la Corte con fundamento en los artículos 5º, 8º y 48 de la Ley 53 de 1887 (G.J. No. 1923, Pág. 25; G.J. No. 1930, Pág. 803; Sent. Cas. Civ. de 11 de julio de 1939, G.J. No. 1949).



7.7. En el mismo sentido la Sala afirmó: *"...el fallador para desatar esa oposición de intereses, a falta de una norma positiva expresa, tenía que acudir a principios inspirados en normas de equidad y de buena fe que la doctrina, la jurisprudencia y la ley misma se han encargado de hacer prevalecer con fuerza coercitiva para restablecer el equilibrio jurídico, sin que la magistratura pueda negarse a fallar porque ello le implica una grave responsabilidad cuando el precepto escrito le dice que los jueces y magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia.*

En armonía con los conceptos antes expuestos, el artículo 80 de la ley 153 de 1887 expresa:...'Sobre el espíritu de esta disposición la doctrina y la jurisprudencia colombiana, inspirada en normas reguladoras de una normal convivencia social, y teniendo de presente los avances que en esta materia ha realizado la legislación foránea, ha fundamentado la acción originada en el abuso de los derechos, el enriquecimiento sin causa y aquéllas que, como la de que trata el presente fallo, deben resolverse por analogía con otras disposiciones y sobre la base de la equidad y de la moral. No anduvo, pues, desacertado el fallador de instancia al resolver en la forma en que lo hizo tanto la demanda principal como la de reconvenición; la lectura del fallo pone de presente su esfuerzo para liquidar el conflicto en forma clara sin que pueda razonablemente fundarse contra él una tacha por desconocimiento de legítimos derechos que aparecen compensados para buscar una solución inspirada en la justicia' (Sent. Cas. Civ. de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322).

7.8. Y en sentencia posterior se explicó que *"...el ordenamiento jurídico no está constituido por una suma mecánica de textos legales. No es como muchos pudieran creerlo, una masa amorfa de leyes. Todo orden jurídico está integrado por ciertos principios generales, muchos de ellos no enunciados concretamente por el Código Civil, pero de los*



cuales, sin duda, se han hecho aplicaciones concretas en casos singulares.

*Ya el artículo 8º. de la ley 153 de 1887, prescribe que a falta de leyes aplicables a los casos controvertidos, deberán aplicarse las reglas generales del derecho. Entre los principios generales vigentes en el derecho positivo deben recordarse dos de importancia capital para fallar el presente negocio: el que prohíbe a una persona fundarse en su propia torpeza o inmoralidad para obtener beneficios a su favor, principio enunciado mediante la máxima de los latinos «**Nemo auditur propriam turpitudinem allegans**», y el principio de la buena fé exenta de culpa: «**Error communis facit jus**» (Sent. Cas. Civ. de 23 de junio de 1958. G.J. LXXXVIII, 232).*

En esa misma providencia se señaló que "...los métodos antiguos de interpretación enseñaron que en el Código Civil se encontraba todo el derecho civil; que el intérprete debía aplicarlo sin poder extender los casos previstos por el legislador a otros casos y siéndole prohibido investigar la existencia de ciertas reglas o principios generales tradicionalmente reconocidos por las naciones civilizadas.

*Pero esta identificación del derecho civil con el Código Civil, o más exactamente, entre el derecho y la ley escrita, ha sido rota definitivamente en nuestra época y reemplazada por una metódica distinción entre **derecho y ley escrita**. La ley escrita es apenas una de las fuentes formales del derecho, la más importante desde luego, pero no la única.*

*El derecho en general, es un sistema compuesto no de casos empíricos, sino integrado por verdaderas instituciones y principios generales. Esta concepción se encuentra vigente en nuestro derecho por mandato expreso del ya citado artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que habla de las **reglas generales del derecho**; el mismo artículo 4º de tal ley que habla de los **principios de derecho natural y las reglas de la jurisprudencia**; el artículo 5º de la misma ley que se*



refiere a la **equidad natural**; el artículo 32 del Código Civil que ordena interpretar los pasajes oscuros o contradictorios de la ley del modo que más conforme aparezca **al espíritu general de la legislación y a la equidad natural**. Todas esas expresiones, **principios generales del derecho, reglas de la jurisprudencia, principios de la equidad, espíritu general de la legislación**, son expresiones que no tienen cabida dentro de una concepción exegética del derecho civil, sino dentro de una concepción sistemática, es decir, dentro de aquella idea que enseña que el derecho civil no se compone de casos aislados o empíricos, sino que es una ciencia de principios generales.

El juzgador debe pues, en cada caso concreto, investigar los principios, los conceptos generales y con su ayuda extraer el sentido propio de los textos legales” (sublíneas ajenas al texto).

7.9. De la misma manera, afirmó la Sala que “...esas reglas generales de derecho se hallan así por disposición expresa de la ley, erigidas en normas reguladoras de la vida jurídica. Entre esos principios o reglas generales de derecho, se halla el consabido *jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri lucupletioem*. Es justo por derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro” (Sent. Cas. Civ. de 27 de octubre de 1961. G.J. XCVII, 143).

7.10. Luego, concluyó que “las reglas generales de derecho hacen parte del ordenamiento jurídico, y así lo consagran disposiciones varias, dentro de las cuales cabe mencionar el artículo 8º de la ley 153 de 1887 y el 32 del código civil. Y carece de sentido sostener que cuando el juzgador las aplica, se sale de órbita y se arroja a terrenos extraños, renegando de su competencia.

Otra cosa es que se discuta acerca de aplicabilidad de tales principios ya dentro del juicio, a la hora de proveerse el derecho -lo que supone haberse superado el problema de competencia-, evento en



el que el asunto habría de ser situado en el ámbito del vicio in judicando, ajeno en un todo, naturalmente, a cualquier controversia sobre la competencia de los jueces” (Sent. Cas. Civ. de 24 de noviembre de 2000. Expediente 5365).

7.11. También recalcó que *“...aunque la Corte ha registrado de tiempo atrás la necesidad de indexar –actualizar o reevaluar- ciertas obligaciones que se ven afectadas por la inflación (cas. civ. de 24 de abril y noviembre 19 de 1979, entre otras, CLIX, págs. 107 y 321), a dicho reconocimiento no se le apareja que los Jueces puedan determinar libre y espontáneamente la manera como ese ajuste debe hacerse, pues al margen de las cláusulas que -según el caso- las partes válidamente pueden acordar con ese específico cometido, corresponde antes que todo verificar si el legislador, aun cuando no consagre expresamente el deber de corregir monetariamente determinada obligación, ha establecido una metodología especial que deba seguirse para preservar la capacidad de compra del dinero, ya que sólo en defecto de ella podrá el juzgador señalarla, claro está que con sujeción a los principios generales del derecho, como lo ha precisado de antaño esta Corporación” (Sent. Cas. Civ. de 19 de noviembre de 2001, Exp. No. 6094).*

7.12. Ha precisado la Sala, además, que las reglas generales del derecho pueden aplicarse bien sea por analogía juris o de manera directa: *“...en efecto, ante la configuración de excepcionales circunstancias fácticas que imposibiliten, o hagan en extremo difícil deducir un equivalente exacto entre el monto de la indemnización y el daño material padecido por las víctimas y por cuanto 'dicho monto no viene a desempeñar, en la generalidad de los casos, sino la función de satisfacer, enfrente de los beneficiarios, cierto bienestar que reemplace al que fue arrebatado por la muerte de una persona', se colige, siguiendo otros precedentes jurisprudenciales, que la simple dificultad de tipo probatorio, per se, no puede cerrar el paso a la merecida indemnización, pues 'si ello fuere así, los perjuicios morales de tan inasible evaluación, no podrían jamás representarse en cantidades*



*pecuniarias', lo que, en el entendido de que 'la ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios', lleva ineluctablemente a concluir que **'en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho'**, admitiendo que 'el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática', y que, tratándose de daños ciertos que se proyectan en el futuro, 'la prestación de la indemnización debe consultar una compensación equitativa que ponga a los damnificados en una situación patrimonial más o menos equivalente a la que tenían antes del acontecimiento que les causó el menoscabo (XLVI, págs. 689 y 690)'..." (Sent. Cas. Civ. de 5 de octubre de 2004, Exp. No. 6975).*

7.13. También reiteró la Sala que *"el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 como norma sustancial violada... abre el camino para la aplicación de los principios generales del derecho, entre ellos el que proscribe el enriquecimiento sin derecho en perjuicio de otro"* (Sent. Cas. Civ. de 14 de agosto de 2007. Exp. No. 1997-01846-01).

7.14. Recientemente, la Corte precisó que los principios generales del derecho *"se caracterizan por un alto grado de abstracción, ora porque no evidencian de manera explícita un supuesto fáctico o lo presentan de manera fragmentaria, de modo que no es posible determinar con antelación los casos en los que serán aplicados, razón por la cual suelen calificarse de normas abiertas, para distinguirlas de las reglas legales llamadas cerradas, en las que sí es posible fijar escrupulosamente los supuestos de hecho de su aplicación; o ya porque, según otros, presentan un alto grado de indefinición en la consecuencia jurídica, motivo por el cual se les conoce como "mandatos de optimización" (u optimación, quizás), en la medida en que pueden ser cabalmente cumplidos en diferente grado, dependiendo de las condiciones reales o jurídicas en las que se encuentre el agente. Mientras que los primeros se caracterizan porque expresan derechos, son justiciables y, por ende, de aplicación usual por los jueces, los segundos aluden a intereses y son propios de la política y la legislación.*



En todo caso unos y otros tienen un significado lingüístico autoevidente, en virtud del cual su genuino sentido y alcance no puede ser esclarecido a partir del significado de las palabras.

Sea cual fuere su estructura, no hay duda que en los principios se halla una nota descolante que no se evidencia en las otras reglas jurídicas y es su peso o importancia, de manera que cuando dos principios entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos a pesar de que en el caso concreto uno de ellos se prefiera al otro; o sea, que en caso de colisión, uno de ellos no deja de ser válido, ni comporta de manera definitiva e ineludible una cláusula de excepción, simplemente, se impone un proceso de ponderación, al cabo del cual, dependiendo de las circunstancias del caso, se establece entre ellos una "relación de preferencia condicionada". En cambio, en tratándose de las reglas legales no es posible aseverar que una sea más importante que otra, de modo que si entran en conflicto la solución es de todo o nada: o una de ellas no es válida, o siempre cederá en presencia de la otra.

Ahora, las reglas legales son obedecidas, mientras que a los principios, en cambio, se adhiere. Aquellas señalan cómo debe actuar la persona, o no hacerlo, en determinadas situaciones específicas por ellas previstas, al paso que los principios nada dicen, directamente, a ese respecto, pero proporcionan criterios adecuados para fijar un punto de vista ante situaciones concretas que a priori aparecen indeterminadas. Como éstos, los principios, cuando no son mandatos de optimización, carecen de supuesto fáctico específico, solamente adquieren relevancia operativa haciéndolos obrar frente algún caso concreto, no es posible, entonces, determinar su significado de manera abstracta, como tampoco pueden ser utilizados en operaciones lógico-jurídicas, en particular en procesos de subsunción" (Sent. Cas. Civ. de 16 de agosto de 2007, Exp. No. 25875 31 84 001 1994 00200 01).

Según se constata en la anterior recensión, la Corte Suprema de Justicia cumplió en su momento con el desarrollo vanguardista de los principios generales del derecho, en un proceso histórico según el cual,



a juicio de alguno de sus partícipes, a partir de 1935 la jurisprudencia fue favorable a las tendencias de la Corte de Casación Francesa; *"en tales circunstancias, la Corte de Casación ha dejado de estar al servicio de la ley para hacer justicia al Derecho"* (Pérez Vives Álvaro, Casación Civil, 2ª edición, Librería Americana, 1946, pág. 17).

8. Por su parte, la Corte Constitucional declaró ajustado a la Carta Política el artículo 8º de la Ley 153 de 1887; así, en la sentencia C-083 de 1º de marzo de 1995, explicó que el deber de decidir sin excusarse por el vacío o la oscuridad de la legislación, era una necesidad ontológica, y reiteró aquello de que no hay lagunas porque hay jueces. Allí, además, se dejó sentado que en el recurso a la analogía juris, es decir en la búsqueda de una norma en la cual *"a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada"* no hay abandono alguno del ordenamiento sino justamente la consulta del mismo, cosa que de antaño estaba dicha.

No obstante, la Corte Constitucional tomó partido por una de las visiones posibles de lo que constituye el sistema jurídico, al reducir todo a la idea de regla de reconocimiento como método para identificar el parecido de familia de un determinado principio y así indagar sobre si su estirpe pertenece al ordenamiento. Para la Corte Constitucional las expresiones *"principios generales del derecho"*, *"equidad"* y *"derecho natural"* son, en el contexto del artículo 230 de la Constitución Política, principios generales extrasistemáticos que *"no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. Según expresión afortunada de Carrió 'pueden ser llamados 'principios jurídicos' en cuanto se refieren a aquél (el derecho) pero no en cuanto partes de él' Y añade : 'el uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para*



considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor, o se incorporen al ordenamiento -agrega la Corte- por disposición del legislador”.

A pesar de ello y aunque la Sala considera relevante en grado sumo que haya la consagración expresa de principios en la Carta Política, como aconteció con el abuso del derecho (artículo 95 C.N.) y la buena fe (artículo 83 C.N.), la pertenencia del principio al ordenamiento no puede depender de un acto o de una autoridad contingente, que en un momento fundante decida la inclusión mediante una herramienta como el test que sugiere la Corte Constitucional, pues ello implicaría que la desaparición de la autoridad que hizo el reconocimiento, la abolición del procedimiento, o el cambio del test o de la norma aplicable, arrojarían el principio fuera del sistema, como si dejara de ser parte del espíritu general de la legislación. Si *“hay exigencias de justicia general, existe un orden que está por encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas, cuanto del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría, un orden que debe ser perseguido como tal”*¹⁸.

Así, cómo confiar a un test, o a una regla difusa como la de reconocimiento, la tarea de definir qué otras reglas pertenecen al ordenamiento, olvidando que el Derecho no es el espacio para la transacción coyuntural de los intereses transitorios, sino que en él subyacen las condiciones para la salvaguarda de aquellos intereses materiales que forman parte de la esfera de inmunidades del individuo, que por lo tanto no están disponibles para las mayorías, y que trascienden alguna mecánica de identificación, para derivar en últimas su esencia, de los dictámenes del propio tribunal de la razón humana.

Así las cosas, aunque se ampliara la parte dogmática de las constituciones modernas y se transformaran los principios en normas

¹⁸ Zagrebelsky Ob.cit. Pág. 94



positivas, con ello no se agotaría el ordenamiento, ni estaría completo de una vez y para siempre.

9. Ahora bien, más allá de las discusiones teóricas que genera el tema, lo cierto es que en la práctica, en la labor de decidir una controversia, no sólo pueden verse transgredidas reglas positivas, sino que también es factible la infracción de los principios generales del Derecho, ya sea porque dejan de aplicarse, bien porque se hacen operar indebidamente, ora porque se interpretan de manera errónea.

Cabe agregar que dichos principios, asimismo, tienen el carácter de normas de derecho sustancial en aquellos eventos en los cuales, por sí mismos, poseen la idoneidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas. Por ende, basta con invocar una regla general de derecho -en tanto sea la base del fallo o haya debido serlo-, para abrir el espacio al recurso de casación, pues los principios hacen parte del ordenamiento jurídico que el recurso debe salvaguardar.

Como se recordará, la doctrina revela que *“la Corte hizo en la década de 1930 aplicación de la tesis según la cual basta la invocación de un principio como norma de derecho sustancial para que se abra el espacio de la casación. Así en las sentencias de 20 de mayo de 1936, XLIII, págs. 44 y s.s. tomó como soporte el principio «error communis facit ius», el 29 de septiembre de 1935; XLIII, 129 1ª y 19 de noviembre de 1936, XLIV, para la máxima «nadie puede enriquecerse sin causa»...”* (Pérez Vives Álvaro, Casación Civil, 2ª edición, Librería Americana, 1946, pág. 17). Entonces, para la Corte de antaño los principios eran parte del ordenamiento y el recurso de casación no estaba instituido para la defensa de la ley -en sentido formal-, sino en resguardo de todo el ordenamiento.

En ese mismo sentido, también se dijo que *“los principios generales del derecho por sí solos también sirven como fundamento del recurso, aunque no aparezcan consagrados expresamente en una ley, pues el juez debe aplicarlos según el artículo 8º de la Ley 153 de*

1887 que ordena que se apliquen las reglas generales del derecho, a falta de ley o doctrina constitucional.

Los casos que pueden ocurrir, los resume Alberto Zuleta Ángel así:

a) Dice el sentenciador que no hay regla aplicable; resuelve entonces aplicar una regla general del derecho. Pero sí hay ley aplicable, bien sea directamente o bien por analogía. Entonces el fallo es acusable por violación de la ley que el sentenciador se abstuvo de aplicar siendo aplicable.

b) El sentenciador resuelve aplicar una ley que considera aplicable. Pero en realidad tal ley es inaplicable al caso controvertido; hay necesidad entonces de aplicar, conforme al artículo 8º de la Ley 153, las reglas generales del derecho. El fallo es entonces acusable por violación de las disposiciones que se aplicaron siendo inaplicables.

c) El sentenciador considera que en realidad no hay ley aplicable, expresa o analógicamente, y aplica la regla general del derecho, pero aplica mal, porque hay normas jurisprudenciales sobre la correcta aplicación de esta regla. Así, no es admisible la acción fundada en el enriquecimiento sin causa cuando el demandante tiene acción fundada en un contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito, esto es, se requiere que el demandante carezca de toda otra acción para que pueda ejercitar la fundada en este principio, porque si la tiene debe fundarse en él. La acción originada del enriquecimiento injusto es subsidiaria.

Si el sentenciador ha aplicado mal la regla de derecho, porque no se han llenado todas las condiciones para poder ejercitarla, hay una indebida aplicación de esta regla general, que en la actualidad es derecho sustancial y base para el recurso de casación. Del Vecchio, refiriéndose a los mencionados principios observa que 'la misma ley ha acogido además de la interpretación analógica, los principios generales del derecho, dando a éstos, con esa fórmula tan ampliamente



comprehensiva, un reconocimiento especial y una propia y verdadera sanción de orden positivo'. Y advierte, en nota: 'De ahí la posibilidad, comúnmente reconocida, de recurrir en casación por falta de aplicación judicial de los principios generales del derecho, precisamente sobre la base del artículo 3º de las disposiciones preliminares' (Los Principios Generales del Derecho, pág. 15)" (Morales Molina, Hernando, Técnica de Casación Civil, Segunda Edición, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1983, págs. 117 y 118).

Las referidas circunstancias, aunadas a al conjunto nutrido de fallos en que la Corte desarrolló los principios generales del derecho, dejan ver nítidamente que ellos como parte fundamental del ordenamiento jurídico pueden operar y, de hecho, se han admitido como norma de derecho sustancial cuya violación es susceptible de ser acusada a través del recurso extraordinario de casación.

10. Dicho lo anterior y de cara al asunto en tránsito por el estrado de la Corte, el casacionista alude el desconocimiento del principio según el cual *"nadie puede derivar derechos de su actuar ilegal ni alegar su propia ilicitud"*, y en el desarrollo del cargo, señala que el Tribunal no advirtió que Bancolombia S.A. incurrió en un proceder ilícito y, por lo mismo, no podía predicarse un enriquecimiento sin causa, pues, precisamente, este último fenómeno requiere que el supuesto empobrecido no pretenda *"soslayar una disposición imperativa de la ley"* (G. J. T. XLIV, págs. 474 y 474.).

Según puede verse, lo que al fin de cuentas controvierte el recurrente, son las conclusiones que permitieron al Tribunal dar por cumplidos los elementos axiológicos del enriquecimiento sin causa, y ese preciso fenómeno tiene desarrollo legal en el artículo 831 del Código de Comercio.

Por consiguiente, en estricto sentido, aunque debió plantearse la infracción del artículo 831 del Código de Comercio, en la medida en que esa norma era la que regulaba en forma específica la problemática



que la conducta ilegítima del demandado causó, cuando al retener lo ajeno se benefició ladinamente de dichas equivocaciones, de donde se sigue que en ese preciso supuesto, no quedaba excluida la acción *in rem verso*, sino que por el contrario se cumplieron cabalmente las condiciones para su prosperidad.

Por lo demás, no era impedimento para acoger las pretensiones, el que entre el demandante y el demandado hubiere una relación contractual, ya que la relación que ligaba al Banco con el usuario o cliente, resulta ser ajena a los hechos aquí denunciados, pues en el contrato entre ellos suscrito no estaba previsto qué conducta debía seguir el demandado si recibía consignaciones por error. Por supuesto que en tal estado de cosas, quedaba el camino abierto a la *actio in rem verso*. Se añade que la mención marginal que el Tribunal hiciera del depósito irregular -argumento puesto al desgaire o a la manera de un obiter dicta-, no tiene la fuerza para eclipsar el fundamento capital de la demanda y de la sentencia acusada: la acción de enriquecimiento sin causa. A la larga, esa coda del fallo del Tribunal, en la cual se alude a un contrato, por impertinente no obsta la *actio in rem verso*.

No cometió, entonces, el Tribunal el desafuero interpretativo que se le enrostra y por consiguiente el cargo resulta infructuoso.

Síguese de todo cuanto viene de decirse que ninguno de los cargos está llamado a salir avante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 18 de octubre de 2006, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito



Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario que Bancolombia S.A.
promovió contra Óscar Adrián Loaiza Arias.

Se condena en costas al recurrente.

WILLIAM NAMÉN VARGAS

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

EN COMISION DE SERVICIOS

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ



AUSENCIA JUSTIFICADA

CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Edgardo Villamil Portilla', with a long vertical stroke extending downwards from the end of the signature.

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA