



SENTENCIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO OCTAVO CIVIL MUNICIPAL

SANTIAGO DE CALI, CINCO (05) DE MAYO DE DOS MIL VEINTE (2.020)

Asunto: Verbal de responsabilidad contractual

Demandante principal: CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE

Demandados principales: BANCO POPULAR S.A.

Radicación: 760014003008-2019-00471

I. OBJETO DE LA PROVIDENCIA.

El Despacho acatando las previsiones normativas previstas en el inciso 3º, numeral 5º, artículo 373 del Código General del Proceso, una vez anunciado el sentido del fallo en audiencia y expuestas a las partes las razones por las cuales no se emitió dicho acto de forma oral, procede a proferir sentencia que en derecho corresponda para dirimir el contencioso verbal de responsabilidad civil contractual adelantado por el señor CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE frene al BANCO POPULAR S.A.

Sea la oportunidad para indicar que la audiencia en donde se anunció el sentido del fallo data del **13 de marzo de 2020** y que desde el 16 de marzo de la presente anualidad hasta la fecha se encuentran **suspendidos los términos judiciales** en virtud de lo ordenado por el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdos PCSJA 20-11517 del 15 de marzo de 2020; PCSJA 20-11521 del 19 de marzo de 2020; PCSJA 20-11526 del 22 de marzo de 2020 y PCSJA 20-11546 del 25 de abril de 2020, última disposición que consagró como excepciones a la suspensión de términos en materia civil la de proferir sentencias "*...anticipadas, y las que deban proferirse por escrito si ya está anunciado el sentido del fallo*", de manera que la expedición de este fallo se ajusta a los parámetros del inciso 3º del numeral 5º del artículo 373 del C.G.P.

II. ANTECEDENTES.

2.1. LA DEMANDA

En lo esencial, el compendio fáctico de la demanda principal instaurada por conducto de apoderado judicial por el señor CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE admite la siguiente síntesis:

El señor CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE acude a la senda verbal para que se declare al BANCO POPULAR S.A.- Oficina San Fernando responsable civil y contractualmente por haber efectuado en enero de 2016 y dentro del proceso ejecutivo con radicación No. 2014-00064, que se adelantaba ante el Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali (donde fungía como demandado), el embargo de sesenta y ocho millones doscientos treinta y cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro pesos (\$68.234.664) los cuales, aduce, hacían parte de los ingresos depositados por COLPENSIONES y percibidos por concepto exclusivo de reliquidación de

pensión de vejez que el demandante tenía depositados en la cuenta de ahorros No. 210-565-07645-2 de dicha entidad bancaria.

Aduce el líbello introductor que en varias ocasiones, entre ellas la del 7 de enero de 2016, el actor solicitó al banco demandado la devolución de dicha suma de dinero; que en respuesta a tal llamado la oficina involucrada "*aceptó que se trató de un error entre la oficina de San Fernando y el área competente*", pero que, sin embargo, a la fecha no ha procedido a realizar la devolución del dinero retenido; se invoca también que se ha acudido ante la Superintendencia Financiera para forzar los pronunciamientos de la entidad acusada sin obtener lo esperado.

En tal virtud las pretensiones se contraen a que se declare la responsabilidad clamada y que como consecuencia se condene al BANCO POPULAR S.A. al pago de sesenta y ocho millones doscientos treinta y cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro pesos (\$68.234.664) a título de daño emergente, así mismo, se petitionó una condena por concepto de lucro cesante consistente en el pago de intereses máximos comerciales moratorios, el pago de costas procesales y demás erogaciones incurridas al acudir al requisito extraprocesal de conciliación.

2.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Enterada de la demanda, la entidad bancaria BANCO POPULAR S.A. constituyó representación judicial a través del cual se pronunció frente a los hechos y pretensiones formulando las siguientes excepciones:

Imposibilidad legal de hacer el pago por existencia de una orden de embargo y retención de las sumas de dinero en cabeza del demandado, emitida por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali: Como argumento axial de esta defensa se expone que el embargo cuestionado se debió a una orden emitida por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali, despacho que dentro del proceso adelantado por SERVIFIN bajo la radicación 2014-00064 emitió la orden de embargo y secuestro de las sumas de dinero que el señor CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE tuviera depositadas a su nombre en cuentas corrientes o de ahorro.

Invoca que la medida de embargo y secuestro no operó sobre la prestación económica de vejez pues "*de así haber sido, el oficio de embargo y secuestro debía haber sido dirigido a la entidad encargada del pago de la prestación*".

En tal sentido, para el banco demandado, es el hoy demandante quien "*debió recurrir y ejercer sus derechos y solicitar la liberación y entrega de la suma de dinero ordenada por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali*" y no dirigir su demanda frente al BANCO POPULAR S.A. quien "*solo se limitó al cumplimiento de la orden judicial emitida por autoridad competente*" sin cuestionar el contenido del oficio que así lo dispuso, pues como destinatarios de la orden "*no están autorizados para definir si el bien objeto de la medida previa es o no embargable*"

Inexistencia de la obligación a cargo del BANCO POPULAR S.A: El fundamento de esta exceptiva radica en que el señor CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE debió haber hecho valer sus derechos y solicitar al Despacho judicial la devolución y entrega de las sumas detenidas, "*Despacho ante el cual debió haber demostrado el origen y destino de los fondos*".

Heilbron C

Inexistencia de causa petendi: Se invoca que habría imposibilidad por parte del BANCO POPULAR S.A. de devolver la suma retenida como quiera que esta hace parte de un depósito judicial a cargo del "Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali".

Falta de legitimación en la causa por pasiva: Con similar soporte al vertido en defensas anterior, la parte demandada aduce que no se encuentra legitimada para resistir la pretensión por cuanto fue el propio demandante quien no ejerció sus derechos ante el Juzgado que conoce de la ejecución.

Falta de nexo causal entre los hechos de la demanda y las pretensiones de la misma: Insistiendo en la presunta responsabilidad del propio actor por no haber reclamado por las vías judiciales el reintegro del dinero retenido, manifiesta en esta defensa que las pretensiones resultan inviables por cuanto el depósito judicial contentivo de la suma embargada está a su disposición ante la autoridad concedora del asunto.

Genérica e innominada: Se formula este medio exceptivo sin soporte en algún fundamento fáctico o jurídico.

III. CONSIDERACIONES

1.- Concurren en el presente asunto los presupuestos procesales que permiten decidir el fondo de la controversia, esto es los requisitos necesarios que regulan la constitución y desarrollo formal y válido de la relación jurídico-procesal. De otra parte, no se avizora la existencia de vicio alguno que pueda estructurar nulidad que deba ser puesta en conocimiento de la parte afectada, o que fuere declarable de oficio.

2.- Aunque una de las excepciones de la parte demandada se contrae a alegar su falta de legitimidad para resistirse a las la pretensiones, lo cierto es que tal y como se pudo advertir en la fijación del litigio y en especial en los hechos aceptados por la parte demandada, entre los que se destaca la titularidad del actor de la cuenta de ahorros a la cual le fue aplicado el embargo cuestionado, se puede inferir que la configuración de este presupuesto material no acusa deficiencia como quiera que concurren al proceso las partes del contrato de depósito de ahorros del que pretende derivar la responsabilidad demandada y su consecuente indemnización, esto es CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE como cuenta ahorrista y BANCO POPULAR S.A. como entidad financiera que presta este servicio. En otras palabras, los perjuicios cuyo resarcimiento han sido puestos a composición judicial (y que serán analizados a espacio) son derivados de una relación contractual que únicamente involucra a los aquí intervinientes, de manera que desde ya se afirma que este medio exceptivo no está llamado a prosperar.

3.- El problema jurídico que convoca la atención de este Despacho se confina a determinar si la sociedad BANCO POPULAR S.A. es civilmente responsable por incumplir el contrato de depósito de ahorros suscrito con el señor CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE con ocasión de haber retenido sumas derivadas del pago de una reliquidación pensional tras la orden emitida por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali.

4.- El contrato de depósito en cuenta de ahorros es una modalidad de los contratos bancarios de cuya regulación se ocupa el Código de Comercio en sus

Heilbron C

artículos 1396 a 1398, y en virtud del cual el titular de la cuenta adquiere el derecho a depositar y retirar sumas de dinero durante su vigencia, así como a recibir una remuneración por los valores consignados.

El depositario, que es un establecimiento bancario, recibe en propiedad las sumas depositadas, y fundamentalmente se obliga a rembolsarlas al depositante o a su representante, a quien debe reconocer la remuneración o interés estipulado, siendo responsable, en todo caso, de su restitución.

Conforme al imperativo inscrito en el artículo 1396 de la aludida codificación, los depósitos recibidos en cuenta de ahorros estarán representados en un documento idóneo para reflejar el movimiento de la cuenta, y los registros que en él efectúe el banco, constituyen plena prueba de su manejo.

Por vía jurisprudencial se ha considerado a este singular contrato como una especie de depósito irregular, porque a diferencia de lo que ocurre en el depósito propiamente dicho, o regular, en el que depositario recibe una cosa mueble, con cargo de conservarla y restituirla al depositante, cuando así lo requiera, es decir, asume una obligación de especie o cuerpo cierto, en esta clase de depósitos *"el depositario recibe en propiedad los bienes que constituyen su objeto -depósito de dinero-, de los cuales puede disponer consecuentemente, comprometiéndose a devolverle al depositante una cantidad equivalente, a ruego suyo, o en una fecha determinada o determinable."* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de abril de 2005, Mag. Pte. Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar.)

No está demás dejar en claro que tratándose de un contrato, es palmario que surgen de él derechos y obligaciones recíprocos, máxime que conforme al artículo 1602 del Código Civil, legalmente ajustado un contrato se convierte en ley para las partes, quienes por consiguiente quedan obligadas a cumplir las prestaciones acordadas en él.

5.- La responsabilidad de la entidad financiera en el contrato de depósito de ahorros, que es el debate que nos convoca refiere entonces a un tema de responsabilidad contractual, siendo definida por la doctrina autorizada como aquella que resulta de la inexecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación cuyo origen es un contrato válido.

Para que ésta opere, deben coincidir los siguientes presupuestos estructurales: la existencia del vínculo negocial; el incumplimiento por culpa o dolo de las obligaciones surgidas de la convención; que ese incumplimiento hubiese causado daño a quien reclama la indemnización y, finalmente, que exista un nexo causal entre aquel y este.

Ya en punto a la responsabilidad bancaria específicamente, motivo de la pretensión que se controvierte, la jurisprudencia de nuestro Tribunal de cierre ha puntualizado que: **"...ella ocurre por la exigencia de deberes especiales al sistema financiero, por ser las instituciones de esa naturaleza depositarias de la confianza pública"** (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 2 de febrero de 2015, Mag. Pte. Dra. Margarita Cabello Blanco, Rad. 2009-00298)¹.

¹ Ver también CSJ SC Sent. Jul 11 de 2001, radicación No. 6201.

Jaime C

Lo anterior tiene justificación por cuanto se trata de un mercado de intermediación entre ahorradores y prestatarios potenciales, en donde si bien los primeros buscan resguardar su capital y obtener alguna rentabilidad, lo cierto es que el objetivo de los segundos es conseguir recursos para atender proyectos que en su mayoría retornarán aumentados con intereses.

Siendo la bancaria y la de intermediación financiera, actividades en las que -como atrás se dijo- existe un interés público y son realizadas por expertos que asumen un deber de custodia de dineros ajenos, siéndole exigibles, según lo previsto por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) y las Circulares Básica Contable y Financiera (100 de 1995) y Básica Jurídica (007 de 1996) unos altos y especiales cargos o cumplimiento de estándares de seguridad, diligencia, implementación de mecanismos de control y verificación de las transacciones e incluso de seguridad de la confiabilidad de la información, es natural que la asunción de tales riesgos no les corresponda a los clientes que han encomendado el cuidado de parte de su patrimonio a tales profesionales, de ahí que sea ellos quienes deban asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos.

En otras palabras, el ordenamiento positivo reconoce que las instituciones bancarias ejercen una actividad que es profesional, habitual y de la que derivan un provecho económico, a la que le es inherente una multiplicidad de peligros, y entre ellos se encuentran los derivados de las operaciones que realizan (riesgos operacionales), que pueden afectar los intereses de los cuentahabientes por la mala disposición de sus depósitos, por ello hoy es lugar común afirmar que la actividad financiera desarrollada por los bancos comporta la ejecución de una actividad riesgosa que implica la presunción de responsabilidad en caso de irrogación de daños.

Dado que del ejercicio de las actividades bancarias surge un riesgo, al margen de todo comportamiento doloso o culposo, que se traduce luego en un daño, es razonable que se presuma la responsabilidad de la entidad financiera, pues es ella quien conoce y domina profesionalmente la fuente de riesgo.

Con fundamento en lo anterior y teniendo en cuenta la profesionalización con que desarrollan sus actividades las entidades bancarias, es apenas lógico exigirles la diligencia debida a fin de evitar que se haga realidad el potencial riesgo de perjuicio a otras personas. De ahí que el ejercicio financiero no sea una actividad que se desempeñe libremente sino que cuenta con una marcada intervención estatal en el sentido de regular ciertas operaciones que comportan un mayor peligro para la economía social. Frente a ello la exigencia en su comportamiento tiene un grado elevado por tratarse de un experto en la materia.

Sobre la diligencia esperada por las entidades bancarias en el desarrollo de su objeto social se ha pronunciado nuestro Tribunal de Casación en los siguientes términos:

*"...la diligencia exigible a las instituciones financieras no es apenas la que se espera de un buen padre de familia, referida por tanto a los negocios propios, **sino la que corresponde a un profesional que deriva provecho económico de un servicio que compromete el ahorro privado y en el que existe un interés público.** Con otras palabras, a la hora de apreciar la conducta de uno de tales establecimientos, es necesario tener presente que se **trata de un comerciante experto en la intermediación financiera, como que es su***

oficio, que maneja recursos ajenos con fines lucrativos y en el que se encuentra depositada la confianza colectiva". (Casación Civil, Sentencia de 16 de diciembre de 2005 M.P. Dr. Edgardo Villamil Portilla.).

Con todo, por vía jurisprudencial, se ha considerado que el banco, como garante profesional, custodio del dinero depositado en las cuentas, es responsable de todas las debitaciones irregulares que de ella se hagan, quiere ello decir que en la materia impera un modelo especial de responsabilidad profesional del banco, *deriva del ejercicio y del beneficio que reporta de su especializada actividad financiera*" (CSJ SC, 24 Oct. 1994), esto es, de tipo objetivo que **"sólo puede moderarse e incluso quedar eliminada, si concurre culpa imputable al titular de la cuenta"** (CSJ 15 Dic. 2006, Rad. 2002-00025-01 y Tribunal Superior de Bogotá- Sala Civil, Sentencia del 20 de abril de 2006, Mag. Pte. Dra. Ana Lucía Pulgarín Delgado).

6. Ya en el particular tema de los embargos sobre bienes que ostentan naturaleza inembargable, y conocido que para nuestro caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 134 de la Ley 100 de 1993 (Sistema General de Pensiones): *"Son inembargables: (...) 5. Las pensiones y demás prestaciones que reconoce esta Ley, cualquiera que sea su cuantía, salvo que se trate de embargos por pensiones alimenticias o créditos a favor de cooperativas, de conformidad con las disposiciones legales vigentes sobre la materia."*, debemos decir que las posiciones no han sido del todo pacíficas y sosegadas, sin embargo, tanto la hermenéutica de la Superintendencia Financiera, los pronunciamientos jurisprudenciales,² y el objetivo de las disposiciones normativas que regulan la materia apuntan a que si bien una orden como las relacionadas con cautelas es para cumplirse y no para cuestionarse; no se debe pasar por alto que el destinatario de materializar la cautela, en virtud del conocimiento directo del bien cautelado y sus especiales características, debe encaminar cierto despliegue para hacer saber al juez emisor de la orden que **se tratan de dineros inembargables, para que sea este, y no persona distinta, quien realice las precisiones del caso**, ya sea manteniendo la orden de embargo en la cuantía dispuesta, o disponiendo la devolución al afectado de las sumas puestas a disposición de la judicatura.

En efecto, en **Concepto No. 2001042689-1 del 16 de octubre 16 de 2001** se expuso la siguiente premisa:

"Sin embargo, en cuanto a la inembargabilidad de los depósitos de ahorros en los que estén consignadas las sumas a que hace alusión la disposición antes transcrita, las entidades deben dar estricto cumplimiento a las órdenes de embargo impartidas por los despachos judiciales, sujetándose para tal efecto a los términos del oficio correspondiente, pues en criterio de esta Superintendencia el establecimiento bancario destinatario de la orden no estaría facultado válidamente para desconocer el mandamiento del funcionario.

Sin embargo, y sin el ánimo de ser repetitivos, en este caso igualmente, frente a una orden de embargo, la entidad bancaria debe dar estricto cumplimiento a la misma independientemente de cualquier otro tipo de consideración, **la cual podrá ser invocada ante el juez que impartió la medida preventiva señalada.**"

² Ver, sentencia T-262 de 1997.

Con mayor claridad, el **Concepto No. 2004028601-1** del 16 de septiembre de 2004, al resolver un cuestionamiento relacionado con aquellos asuntos donde se ordena el embargo pero no se establece que se respete el límite de inembargabilidad, la entidad sostuvo:

*"Por consiguiente, es el juez quien debe examinar las normas que le sirven de sustento jurídico a sus decisiones. Así las cosas, en el evento de emitir una orden de embargo compete sólo a él, pues es la autoridad a quien la ley le ha otorgado dicha facultad de conformidad con el artículo 681 del Código de Procedimiento Civil, determinar con precisión e identificar con claridad los bienes sobre los cuales recae la medida cautelar, **por cuanto no debe escapar de su conocimiento aquellos que son o no son embargables de acuerdo con las normas particulares.***

Concluyó categóricamente la entidad encargada de la vigilancia y control aduciendo que:

*"Por lo tanto, cuando una entidad financiera **reciba una orden de embargo que recaiga sobre sumas depositadas en una cuenta de ahorros, que por razones de su cuantía es inembargable** por disposición de una norma (Decreto 564 de 1996), debe en todo caso, efectuar el embargo **y comunicar su cumplimiento a la autoridad que profirió el mandato, advirtiendo que no obstante haberse acatado su requerimiento las sumas embargadas están protegidas legalmente por el beneficio de inembargabilidad; en tal evento será la autoridad judicial quien decida si ante tal prevención continúa con la medida o toma los correctivos judiciales pertinentes.**" (Se resalta y subraya de manera intencional).*

Finalmente, en **Concepto 2015 111578-001** del 15 de diciembre de 2015, tras exponer que:

"Si bien es cierto la ley establece cuales recursos o dineros sin inembargables, las entidades sometidas a nuestra inspección y vigilancia se encuentran en el deber de acatar la orden judicial en los precisos términos de acuerdo a cada caso en particular, tal como se ha instruido a las entidades vigiladas mediante la CBJ. Será el juez de la República o la autoridad (entre ellas las administrativas cuando actúan en procesos de jurisdicción coactiva) que profirió la orden, quien decida revisarla para revocar los recursos, razón por la cual el interesado o afectado con la medida, deberá acudir ante tal autoridad (emisora de la orden de embargo) para lo pertinente."

"Recibida copia del oficio de embargo expedido por autoridad jurisdiccional, es de entenderse que la misma es auténtica en tanto contenga las firmas originales y los sellos de funcionarios judiciales competentes para decretar las medidas de embargo y, por tanto, cumple plenos efectos probatorios, mientras no se compruebe tacha de falsedad. Igualmente, aun siendo copia goza de la calidad de documento público, en tanto se otorgue por funcionario público en ejercicio de las funciones que le impone el cargo desempeñado conforme lo dispone la ley."

Se hizo referencia a que: *"Cuando al recibir una orden se tengan dudas respecto del titular de un depósito, por desfiguración de la identidad real o de la cuenta que se trata, si los registros de la entidad no se ajustan exactamente a los que aparecen en las órdenes judiciales, **es deber de la entidad obrar con el máximo de cautela y prudencia, debiendo consultar de inmediato a la***

Juan C

autoridad que decretó el embargo a fin de que sea ella quien defina si es procedente incluir tales fondos en el embargo.”(Se destaca).

7. En el asunto que hoy se analiza, el señor CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE reprocha que BANCO POPULAR S.A., dentro del juicio ejecutivo que se adelantaba en su contra (Rad: 2014-00064), haya procedido a embargar la suma de sesenta y ocho millones doscientos treinta y cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro pesos (\$68.234.664) de su cuenta de ahorros que eran provenientes del pago efectuado por COLPENSIONES en virtud de la reliquidación de su pensión de vejez.

Así pues, al analizar el material demostrativo recaudado en el plenario en especial lo acontecido con la orden de embargo emitida por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali en contra del demandado señor CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE al interior del juicio compulsivo que adelantaba la compañía SERVIFIN S.A., se logra advertir que concurren los elementos constitutivos de la responsabilidad civil contractual en contra del banco acusado como pasa a verse:

Se había dicho que, según el marco regulatorio para tramitar embargos de bienes de naturaleza inembargable, constituye deber de la entidad receptora obrar con el máximo de cautela y prudencia, debiendo **consultar** de inmediato a la autoridad que decretó el embargo a fin de que sea ella quien defina si es procedente incluir tales fondos en el la cautela.

Bajo tales premisas, si el Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali emitió una orden destinada entre otras al BANCO POPULAR S.A. dictaminando el embargo de cuentas corrientes cuentas de ahorros, cuentas corrientes o CDT de las cuales sea titular el señor CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE, correspondía a dicha entidad bancaria en virtud de ser la garante contractual de los dineros depositados en la cuenta de ahorros No. 210-565-07645-2, proceder a su cumplimiento y retener el dinero, pero sumado a ello y bajo el entero conocimiento de ser dineros que tenían como único origen el pago de una reliquidación pensional por parte de COLPENSIONES, es decir, de naturaleza inembargable, también lo es que debía poner en conocimiento de la autoridad judicial que el monto retenido por este concepto (sesenta y ocho millones doscientos treinta y cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro pesos, \$68.234.664), no podía embargarse, para que con fundamento en ello, el juez de conocimiento dictamine si continuaba o no con dicha cautela atendiendo la prohibición legal de embargar dineros provenientes de una pensión (artículo 134 de la Ley 100 de 1993), situación que no ocurrió, permitiendo con dicho proceder a que la retención del dinero continuara en el tiempo, hasta que finalmente y por una razón distinta (pago total de la obligación) fuera ordenado su reintegro por parte del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Cali mediante auto del 16 de marzo de 2017.

Y es que la información a la autoridad judicial es naturalmente exigible a la entidad bancaria que está materializando la retención del dinero no solo por ser la garante de los recursos de sus cuenta ahorristas, y por tanto directa concedora de la clase y cuantía de las consignaciones sino porque al no haber hecho manifestación alguna, la suma embargada continuaba con tintes de ser conformada por un bien embargable.

Amor C

En otras palabras, BANCO POPULAR S.A. no podía asumir un comportamiento mecánico al acatar el oficio de embargo y perfeccionarlo sobre recursos inembargables como quiera que de la información brindada por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali se advertía que la medida cautelar provenía de un juicio enteramente distinto a aquellos relacionados con pensiones alimenticias o crédito a favor de cooperativas, que constituyen las excepciones a la inembargabilidad de la pensión (el demandante de aquel juicio ejecutivo singular era la sociedad anónima, SERVIFIN S.A.).

De manera que si BANCO POPULAR S.A. sabía de la clase, naturaleza y procedencia de los recursos que iban a ser objetos de medida cautelar, debió acatar la orden informando al Juez que la emitió acerca de las características de la cuenta que estaba siendo objeto de cautela, lo cual debió acontecer cuando constituyó el dinero a nombre del juzgado (**enero de 2016**) al no hacerlo, privó de la posibilidad de que dicho embargo esté llamado a ser debatido judicialmente oportunamente, y con ello que el dinero estuviera retenido hasta que se ordenó su entrega en marzo de 2017 por haberse llevado a cabo el pago total de la obligación, lo que viene a estructurar la responsabilidad que la demanda incoatoria del proceso pide enrostrarle a la entidad demandada como consecuencia de la inaplicación de los conceptos ya enunciados de la Superintendencia Financiera, y de la prohibición de inembargabilidad de dineros provenientes de pensión (artículo 134 de la Ley 100 de 1993).

Cabe precisar que aunque el embargo en sí mismo no debe ser considerado como la desatención a los deberes contractuales, pues sabido es que con una cautela de esta naturaleza se está reservando judicialmente el patrimonio del deudor para el pago de obligaciones adquiridas por el afectado, lo cierto es que en este caso, y dadas las particulares connotaciones fácticas que encierra, el incumplimiento contractual a los deberes de custodia sobre cuentas de ahorros consistió en no comunicar la naturaleza inembargable del dinero retenido y con ello la privación de disposición de un dinero derivado de reliquidación de pensión de vejez que ostenta ante la ley un carácter inembargable.

Corolario, BANCO POPULAR S.A. **desatendió** entonces su deber y obligación como custodio del dinero depositado en la cuenta de ahorros No. 210-565-07645-2, de titularidad de CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE generando como **daño** que la naturaleza de dicha suma retenida no sea debatida y decidida judicialmente y con ello la privación del dinero derivado de reliquidación pensional en contra del aquí demandante, advirtiéndose un **nexo causal** claro entre aquel comportamiento y el hecho dañoso.

No puede pasar por alto el Despacho que BANCO POPULAR S.A. en misiva del 26 de junio de 2019 dirigida al actor asume que, respecto del embargo analizado, existió un *"error de comunicación entre la Oficina San Fernando y el área competente de resolver este impase"* sin que se haya aportado comunicación al cuentahabiente de posición distinta a la allí enunciada.

Por la misma línea, en comunicación del 17 de junio de 2019 dirigida al Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali, la apoderada general del BANCO POPULAR S.A. afirma como fundamento fáctico de la solicitud de devolución del dinero (hecho 3) que: *"el banco popular debitó de manera errada dineros de la cuenta de ahorros del accionado [aquí demandante] por un valor de \$68.234.664 el día 4 de enero de 2016"*

Juan C

En tal sentido quedan sin sustento las excepciones denominadas: *"Imposibilidad legal de hacer el pago por existencia de una orden de embargo y retención de las sumas de dinero en cabeza del demandado, emitida por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali"*, *"Inexistencia de la obligación a cargo del BANCO POPULAR S.A."*, *"Inexistencia de causa petendi"* y *"Falta de nexo causal entre los hechos de la demanda y las pretensiones de la misma"*, **en lo que respecta a la réplica frente a la declaratoria de responsabilidad civil contractual** invocada en contra de BANCO POPULAR S.A. y así se resolverá.

La excepción denominada genérica no tiene soporte ni fundamento en ningún supuesto fáctico o jurídico debidamente sustentado o demostrado por lo que es evidente su improsperidad.

8. Por otra parte, el Despacho no puede pasar por alto que tratándose de responsabilidad bancaria, la posición del foro judicial, es de tal claridad que incluso en la citada sentencia del 19 de diciembre de 2016, el tribunal de Casación al referirse a reclamos con ocasión de las cuentas de ahorro, precisó de que la misma *"puede atenuarse, moderarse e incluso excluirse en virtud de culpa atribuible al titular de la cuenta."*

Por la misma línea la autoridad encargada de la vigilancia de la banca estableció: *"Eso sí, dejó en claro que la responsabilidad puede **desaparecer o verse menguada atendiendo a la participación excluyente o concurrente del consumidor financiero en la causación del daño cuya indemnización se persigue.**"* (Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura Para Funciones Jurisdiccionales, fallo del 6 de marzo de 2013.).

Bajo estos derroteros es trascendental, entonces, para efectos de determinar la responsabilidad del banco y su obligación de indemnizar, detenernos a desentrañar si la parte interesada logró demostrar que el cuentahabiente CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE tuvo incidencia en la generación del daño o en la prolongación de este en el tiempo atendiendo que desde el mes de enero de 2016 la suma retenida estaba puesta a órdenes de la autoridad judicial que ordenó la cautela.

No se puede perder de vista que la orden de embargo es una medida cautelar que resulta a instancias de un proceso instaurado por quien en derecho está legitimado para ello, en el cual participan lo que se conoce como los sujetos procesales o partes (**una demandada y una demandante**) y el juez quien es el empleado judicial que imparte justicia, interpreta la ley y la aplica.

Y son en estricto sentido las partes quienes se hacen partícipes en el proceso para oponerse y controvertir tales órdenes y para pedir y rechazar las diferentes pretensiones que la contraparte exija.

Se aclara que los titulares de depósitos afectados por órdenes judiciales sobre sumas de dinero que son inembargables, **pueden acudir directamente** ante las autoridades que las profirieron, para ejercer las acciones correspondientes encaminadas a efectuar el levantamiento de la medida (concepto 950230152 del 26 de julio de 1995).

Se había dicho que la retención en sí misma no es el daño, sino el haber procedido a la retención del dinero de naturaleza inembargable sin poner en conocimiento del

Juan C

juez de la causa dicho proceder y dificultar con ello que la autoridad judicial se pronunciara sobre el mantenimiento de la cautela, situación que pudo haberse menguado en cierto grado atendiendo a la participación del propio HEILBRON ANDRADE.

8.1. Bajo estos lineamientos el plenario da cuenta que el señor CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE al enterarse de que el dinero proveniente de la reliquidación de su pensión fue retenido con ocasión del embargo, acudió en múltiples ocasiones ante el BANCO POPULAR S.A. oficina San Fernando, recibiendo respuesta del 26 de junio de 2019, así mismo, el día 17 de mayo de 2019 se dirigió ante la superintendencia Financiera.

No obstante no se demostró haber acudido ante el juez conecedor de la ejecución para solicitar lo pertinente ya sea a través de los mecanismos contemplados en los artículos 519 (consignación para impedir o levantar embargos y secuestros) o 687 del Código de Procedimiento Civil (levantamiento del embargo y secuestro), o en su defecto a lo contemplado en el artículo 600 del C.G.P., que gobierna sobre reducción de embargos en cualquier momento del proceso (antes de fijar fecha para remate) atendiendo que tras haberse proferido el auto de seguir adelante la ejecución en el asunto Rad: 2014-00064 (13 de abril de 2016) al asunto ejecutivo le eran aplicables las disposiciones del nuevo estatuto procesal (Artículo 625 C.G.P, numeral 4º).

Así pues, con el silencio del señor HEILBRON ANDRADE como demandado en el juicio ejecutivo 2014-00064 se contribuyó en cierto grado a que el dinero intervenido por la cautela permaneciera sin resolución judicial que resolviera sobre su naturaleza, incluso, pese a que se ordenó la entrega de los depósitos judiciales desde el pasado 6 de julio de 2018, es la fecha que no se ha materializado dicho derecho pese al esfuerzo que se aduce haber efectuado en los últimos tiempos.

Por ello dicha desidia debe tener repercusiones en el acápite resarcitorio, y como el depósito judicial se encuentra a disposición de los interesados en la suma inicialmente embargada, con lo cual se cubre en su totalidad el daño emergente, por razones de método, el reajuste se verá reflejado en la disminución de un **20%** de lo que correspondería por concepto de lucro cesante, pues es lo cierto, que aunque no se haya acudido al medio de defensa judicial, el señor HEILBRON ANDRADE sí efectuó sendas reclamaciones ante la autoridad bancaria (donde incluso reconocieron un actuar erróneo entre oficinas), a lo que se suma haber acudido también ante la Superintendencia Financiera, como se desprende de los interrogatorios a las partes y de los elementos de juicio que acompañan a la demanda.

Como el banco invocó la falta de gestión del demandante ante la autoridad conecedora del asunto ejecutivo 2014-00064 al sustentar las excepciones denominadas: **"Imposibilidad legal de hacer el pago por existencia de una orden de embargo y retención de las sumas de dinero en cabeza del demandado, emitida por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali, "Inexistencia de la obligación a cargo del BANCO POPULAR S.A", y "Falta de nexos causal entre los hechos de la demanda y las pretensiones de la misma"**, se declararán parcialmente probadas en lo que respecta a la incidencia del demandante en la consumación del daño.

9. TASACIÓN DE PERJUICIOS

El demandante solicitó indemnización de perjuicios patrimoniales generados a partir de la forma como BANCO POPULAR S.A. materializó la orden de embargo emanada dentro del ejecutivo con radicación 2014-00064 respecto de dineros consignados en cuenta de ahorros provenientes del pago de la reliquidación de su pensión por parte de Colpensiones, dentro de dicha reclamación invocó el resarcimiento bajo la denominación de daño emergente y lucro cesante.

9.1 Daño emergente

La indemnización por concepto de daño emergente consolidado o pasado, es un reintegro de gastos efectuados, la jurisprudencia ha decidido que la reparación del daño comprende todo el menoscabo económico sufrido por el reclamante. Este consiste en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo o por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprenderá todas las consecuencias del hecho lesivo.

CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE pidió el pago de sesenta y ocho millones doscientos treinta y cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro pesos (\$68.234.664), suma retenida por el BANCO POPULAR S.A. y puesta a órdenes del juzgado conecedor de la ejecución 2014-00064.

En el proceso se probó que la aludida suma se acepta como el valor retenido por parte de la demandada y que mediante auto del 16 de marzo de 2017, la Juez Segunda Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Cali dio por terminado el aludido juicio ejecutivo decretando el levantamiento de las medidas cautelares, que como consecuencia de ello, a través de proveído del 25 de junio de 2018, dispuso *"ordenar a la Oficina de Apoyo para los Juzgados Civiles del Circuito de Ejecución de Sentencias de Cali la elaboración de la orden de entrega de los depósitos judiciales hasta la suma de \$68.234.664,58 a favor del demandado CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE"*

Como consecuencia de lo anterior, a folio 99 del expediente remitido como prueba, se advierte la comunicación de la orden de pago del 6 de julio de 2018 por valor de **\$68.234.664,58**, misma que no ha sido reclamada por la parte interesada y sobre la cual no ha operado la figura de prescripción de depósitos judiciales, (Acuerdo del 25 de febrero de 2015) por lo que, en principio se advierte que no existirían mayores dificultades administrativas para ser entregada a su beneficiario.

De conformidad con lo anterior, por concepto de daño emergente se reconocerá la suma pedida en la demanda de sesenta y ocho millones doscientos treinta y cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro pesos **\$68.234.664** los cuales podrán corresponder al valor que actualmente se encuentra constituido como depósito judicial en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Cali y que fueran ordenados pagar a favor del demandado CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE.

9.2 Lucro cesante

En sentencia 081 de agosto 2 de 1995, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Pedro Lafont Pianetta-Expediente 4159, tuvo a bien precisar

Amor C

acerca de la denominación y características de la reclamación de perjuicios derivados de medidas cautelares sobre dinero, sobre el punto dijo la Corte:

*"Los perjuicios que puedan ocasionarse con este tipo de medidas cautelares y que, desde luego, deben ser objeto de indemnización, son aquellos que de manera real, directa y cierta constituyen el **daño emergente**, como cuando en virtud o con ocasión de tales medidas perece total o parcialmente el derecho o bien que fuera objeto de la correspondiente medida de embargo y secuestro contraria a derecho por haber prosperado la excepción de mérito arriba mencionada; y, **el lucro cesante** como cuando por causa o por ocasión de la citada medida cautelar que, después hubo de levantarse por ese motivo (Art. 510, numeral 2º, literal d), C.P.C.), se dejaren de percibir o reportar ganancias o provechos económicos (Art. 1614, C.C.). Este lucro cesante puede, según el caso, encontrarse representado en la pérdida de beneficios efectiva y realmente dejados de obtener por habersele impedido con dicha medida una determinada y especial explotación o rentabilidad del bien objeto de la misma, que, de acuerdo con la actividad ordinaria y la destinación del bien, se hubiese injustificadamente frustrado; o bien puede estimarse representado en la rentabilidad que deja de percibirse por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación dineraria debida, que, tratándose de responsabilidad civil extracontractual, dicha rentabilidad frustrada es, de acuerdo a la regla general (Art. 1617, C.C.)".*

Dicho de otro modo, tratándose de sumas de dinero debidas, el lucro cesante está representado por los frutos civiles, esto es los intereses que dicho monto llegasen a producir.

Así pues, la C.S.J. Sala Casación Civil en Sentencia del 19 de Noviembre de 2001. M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo, y el Tribunal Superior de Cali, en sentencia del 7 de junio de 2016 (Rad: 2010-00216-01) Mag. Pte. Dr Homero Mora Insuasty, en asuntos que guardan estrecha simetría con el aquí analizado, consideraron que dada la relación comercial entre las partes, la indemnización que deberá reconocer el banco demandado por lucro cesante y con ocasión de la responsabilidad contractual ya analizada, equivale a los **intereses comerciales moratorios** (Art. 884 del Código de Comercio), respecto a las sumas a que fuera condenado el extremo pasivo porque son esos los que la entidad bancaria cobra en caso de mora para sus clientes cuando no se han convenido.

El actor solicitó por este concepto el pago de *"intereses máximos comerciales moratorios causados y liquidados desde la fecha **de la retención del dinero** hasta que se realice el reintegro del mismo"*.

En el plenario está demostrado, como ya se expuso en líneas precedentes que el BANCO POPULAR S.A. retuvo el dinero de la cuenta de ahorros del señor CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE y que lo constituyó en depósito judicial por valor de \$68.234.664,58 el día **6 de enero de 2016** (Fls. 61 y 61 cuaderno ejecutivo 2014-00064, ver fecha de constitución del título), y que tras decretarse la terminación del proceso se elaboró la comunicación de la orden de pago del **6 de julio de 2018** por el mencionado valor que no ha sido reclamada por el interesado, razón por la cual esta última servirá de fecha extrema para el reconocimiento del perjuicio invocado pues no puede imputarse en contra del BANCO POPULAR S.A. un término adicional a aquel en que fuera elaborada el respectivo documento, por razones de elemental equilibrio procesal.

Se tiene entonces que por concepto de lucro cesante se ordenará al BANCO POPULAR S.A. pagar a favor de CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE el valor que corresponde a los intereses moratorios comerciales que pudo haber producido la suma 68.234.664,58 m/cte, desde el **6 de enero de 2016** al **06 de julio de 2018**, valor que será reconocido en un 80% debido a la prosperidad parcial de las excepciones que abogaban por la participación del demandante en la consumación del daño arriba analizadas.

Como la demanda prospera parcialmente, se impone la condena en costas parciales a la demandada (artículo 365 C.G.P.).

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO OCTAVO CIVIL MUNICIPAL DE CALI, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y **parcialmente NO** probadas las restantes excepciones de mérito formuladas por la sociedad demandada en cuanto atañe al juicio de responsabilidad civil contractual por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probadas las excepciones denominadas: "*Imposibilidad legal de hacer el pago por existencia de una orden de embargo y retención de las sumas de dinero en cabeza del demandado, emitida por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali*", "*Inexistencia de la obligación a cargo del BANCO POPULAR S.A*" y "*Falta de nexos causal entre los hechos de la demanda y las pretensiones de la misma*", en lo que respecta al grado de participación del demandante en la consumación del daño por las razones dadas en la parte considerativa.

TERCERO: DECLARAR que la sociedad BANCO POPULAR S.A. es responsable civil y contractualmente por los perjuicios causados al señor CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE con ocasión del embargo de la suma de sesenta y ocho millones doscientos treinta y cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro pesos (\$68.234.664), de la cuenta de ahorros No. 210-565-07645-2 que hacían parte de la reliquidación de su pensión de vejez, por las razones expuestas en la parte considerativa de este fallo.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la sociedad BANCO POPULAR S.A. que dentro del término de quince (15) días, siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, pague al demandante CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE por concepto de **daño emergente** la suma de **sesenta y ocho millones doscientos treinta y cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro pesos (\$68.234.664 M/cte)**

QUINTO: La suma anterior podrá corresponder al valor que actualmente se encuentra constituido como depósito judicial en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Cali y que fuera ordenada pagar a favor del demandado CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE, para lo cual se **EXHORTA** a dicha autoridad así como a la **OFICINA DE APOYO PARA LOS JUZGADOS CIVILES DEL CIRCUITO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CALI**, para que en el marco de sus competencias procedan a realizar las gestiones pertinentes para facilitar la entrega de dicho depósito al beneficiario oportunamente, acatando

Heilbron C

lo ordenado en el numeral que antecede. Comuníquese lo decidido a las respectivas dependencias.

SSEXTO: CONDENAR a la sociedad BANCO POPULAR S.A. a pagar al señor CARLOS EDUARDO HEILBRON ANDRADE y a título de **lucro cesante** el **80%** del valor que corresponde a los intereses moratorios comerciales que pudo haber producido la suma de \$68.234.664,58 m/cte, desde el **6 de enero de 2016** al **06 de julio de 2018**.

SÉPTIMO: Condenar en costas parciales a la parte demandada. Tásense en su oportunidad por secretaria, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.00.

OCTAVO: Archívese lo actuado, previa cancelación de su radicación

NOVENO: Notificar por correo electrónico esta sentencia a las partes y por estados virtuales cuando tal herramienta se encuentre en adecuado funcionamiento, los términos para apelar se sujetarán a las disposiciones que emita el Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


OSCAR ALEJANDRO LUNA CABRERA
JUEZ



