



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL DE DECISION**

MAG. SUST. DR. FLAVIO EDUARDO CÓRDOBA FUERTES

Santiago de Cali, dos (2) de junio de dos mil veinte (2020)

APROBADO POR ACTA No. 029

Rad. 76001 – 31 – 03 – 012 – 2016 – 00281 – 02 (9389)

REF: PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE JOSÉ EDUARDO RODRÍGUEZ MANZANO y ESPERANZA RESTREPO CADAVID FRENTE A BANCO DAVIVIENDA S.A.

Decide la Sala el recurso de APELACIÓN interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Cali, dentro del proceso VERBAL de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

A.- Los señores **JOSÉ EDUARDO RODRÍGUEZ MANZANO** y **ESPERANZA RESTREPO CADAVID** demandaron al **BANCO DAVIVIENDA S.A.** con el fin de obtener el pago de los perjuicios materiales y morales que, dicen, les fueron ocasionados como consecuencia del pago irregular de los cincuenta y tres (53) cheques que se encargan de relacionar en el hecho 6° del libelo.

B.- Como sustento fáctico de sus pretensiones, narran que el señor **JOSÉ EDUARDO RODRÍGUEZ MANZANO** se desempeñaba como rector de la Institución Educativa Rosa Lía Mafla del municipio de Jamundí, en

virtud de lo cual debió abrir la cuenta corriente No. 13501337-3 en el BANCO DAVIVIENDA S.A. a nombre del FONDO DE SERVICIOS EDUCATIVOS ROSA LÍA MAFLA, registrando su firma y la de la señora Andrea Bermúdez, en su calidad de pagadora de dicha institución.

Agrega que la señora Bermúdez falsificó su firma y giró cincuenta y tres (53) cheques por un valor total de \$ 33.786.167.00, a raíz de lo cual el demandante presentó los informes y denuncia penal correspondientes y solicitó a la entidad bancaria el reintegro de los dineros fraudulentamente retirados de la cuenta corriente especial; petición esta última que fue negada por el banco aun cuando concluyó que, en efecto, la firma del señor Rodríguez Manzano había sido falsificada.

Con ocasión de estos hechos, la Contraloría Departamental del Valle del Cauca adelantó en su contra proceso de responsabilidad fiscal en el que se le ordenó el pago de la suma de \$ 38.050.506 más los intereses por mora a la tasa del 12% anual desde el 22 de octubre de 2015 hasta la fecha del pago total; de igual modo, el señor Rodríguez debió renunciar anticipadamente a su cargo cuando todavía le faltaba un (1) año para llegar a la edad de retiro forzoso y aun cuando para ese momento devengaba una salario mensual de \$ 4.000.000.00; todo lo cual desestabilizó la armonía, paz y sosiego que reinaba en el hogar que comparte con su esposa, la señora ESPERANZA RESTREPO CADAVID, y que llevó al señor Rodríguez a padecer de trastorno de sueño, ansiedad y depresión.

Con fundamento en lo anterior, solicitaron en el libelo el pago por concepto de daño emergente de las sumas de \$ 38.050.506,18 (que es la que debe restituir el demandante por orden del ente de control fiscal) y \$

6.000.000.00 (que es la suma que debió pagar al profesional del derecho que lo asistió en el proceso de responsabilidad civil adelantado en su contra). Así mismo, el pago de la suma de \$ 48.000.000 que –dicen- dejó de percibir el demandante al tener que renunciar anticipadamente a su cargo y, finalmente, a título de perjuicios morales, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes.

II.- CONTESTACIÓN DEL BANCO DEMANDADO.

El **BANCO DAVIVIENDA S.A.** dice que es ajeno a las causas que dieron origen a la falsificación en los 53 cheques de una de las firmas registradas en la cuenta corriente No. 13514667-3; según dice, los cheques fueron cobrados por ventanilla personalmente por la señora Andrea Bermúdez, una de las firmas autorizadas, en el período comprendido entre el 15 de enero y el 7 de septiembre, pero como lo dice el mismo demandante, tan sólo se percató de ello el 12 de septiembre de 2011, transcurriendo así nueve (9) meses durante los cuales la señora Bermúdez estuvo haciendo uso indebido de los recursos del plantel sin que el rector se diera cuenta y sin que existieran restricciones de negociabilidad, orden o aviso de no pago, ni aviso de pérdida o extravío, configurándose claramente la culpa del demandante, quien era el rector de la institución educativa oficial, a quien le correspondía desplegar actos de prudencia al custodiar la chequera, pues de haber sido así nunca se habría presentado la sustracción de los 53 cheques y la supuesta adulteración de una de las firmas.

En este caso, el banco no es el autor del daño, toda vez que los chequees cobrados eran auténticos en su formato, con la misma

calidad de impresión, sello y tinta, a nombre de una de las firmas registradas y ante la apariencia de legitimidad de las firmas por su similitud morfológica, ninguna otra labor podía realizar el banco más que proceder a su pago, dado que la falsificación no fue burda, ni tosca, ni ordinaria, al contrario muy similar a la otra firma registrada en el banco. Todo esto fue corroborado por la misma Contraloría quien halló responsable al demandante de lo sucedido con esos 53 cheques.

Reitera que se presentaron al banco unos cheques genuinos, auténticos, el formato no fue falsificado, por lo que la culpa fue del demandante en la sustracción y falsificación de su firma, siendo entonces que lo que hizo el banco fue cumplir con las obligaciones a su cargo en el contrato de cuenta corriente.

Con fundamento en lo anterior, propuso las excepciones de mérito que denominó *responsabilidad directa del demandante o culpa exclusiva de la demandante, a nadie le está dado alegar su propia culpa, inexistencia de responsabilidad del Banco Davivienda S.A. y buena fe, cumplimiento del contrato de depósito de cuenta corriente bancaria suscrito con la entidad educativa "Rosa Lía Mafla" por parte del Banco Davivienda S.A., inexistencia de daño y ausencia de responsabilidad civil del Banco Davivienda.*

III.- FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

La juez de primera instancia niega las pretensiones de la demanda y condena en costas a la parte actora; se ubica en el escenario de la responsabilidad civil contractual bancaria y da por acreditada que se crearon por parte de Andrea Bermúdez cincuenta y tres (53) cheques en los cuales la firma del señor José Eduardo Rodríguez fue falsificada, indicando entonces que sería la citada la responsable de la aflicción, del

daño moral y de la afectación en su honorabilidad sufrida por la parte demandante, cuando lo establezcan en el proceso penal.

Se enfoca en las normas de los artículos 732, 733 y 1391 del C. de Co. y dice que es al demandante a quien le corresponde demostrar el incumplimiento del banco de algunas de las obligaciones pactadas en el contrato de cuenta corriente y su diligencia y cuidado en el cumplimiento de sus deberes en cuanto a la custodia y cuidado de las chequeras, punto sobre el cual exonera de cualquier responsabilidad al banco con fundamento en que la falsificación de las firmas no fue burda, grotesca o notoria para el cajero de la entidad, además de que la misma tesorera era la beneficiaria de los cheques y tenía registrada su firma; los montos tampoco constituían una señal de alarma y en el contrato de cuenta corriente bancaria se estableció que los dos cuentacorrentistas serían los encargados del manejo y custodia de la chequera, de modo que son los dos quienes responden.

Finaliza diciendo que aunque no hubo pérdida de la chequera, existió un desfalco que se demoró once (11) meses en ser detectado por el rector y en el proceso se dijo que los extractos no se consultaban, lo que evidencia poco control de los saldos, de modo que no hay responsabilidad del banco porque no hubo un aviso oportuno que diera orden de no pago a la entidad y eran los dos cuentacorrentistas quienes estaban a cargo del manejo de la cuenta porque no se demostró que era ésa una de las funciones de su cargo; en todo caso aunque existió un daño y perjuicio para el actor, no hay responsabilidad del banco toda vez que no hubo incumplimiento de sus obligaciones como quiera que la prueba técnica no demostró que la falsificación fuera burda y esto era carga de la parte actora.

IV.- REPAROS CONCRETOS.

-No se aplicó correctamente los artículos 732, 733 y 1391 del Código de Comercio, toda vez que la responsabilidad que se le endilga a la entidad bancaria demandada es la de los artículos 732 y 1391 en la forma que lo entiende la Corte Suprema de Justicia y no por lo regulado en el artículo 733 por cuanto en este caso no existió pérdida de la chequera y porque el banco jamás dio cumplimiento a lo ordenado en el artículo 728 ibídem, de tal forma que los 6 y 3 meses que las normas prevén como plazo para objetar el pago, nunca empezaron a correr.

En este sentido, le correspondía al Banco demostrar la culpa del cuentacorrentista en el pago de los cheques con la firma falsa, para así exonerarse de la presunción que sobre él recaía en virtud a la responsabilidad de empresa; prueba que brilla por su ausencia; de igual modo al no ser la causa del pago irregular el extravío o la pérdida de la chequera, no era obligación del demandante informar al banco en los términos señalados en los artículos 732 y 1391, tanto más cuando el banco no cumplió con la obligación señalada en el artículo 728.

-Según dice, es exagerado que la juez extrañara dicho aviso y que exigiera un dictamen que indicara que la firma falsa que se estampó en los cheques era burda y fácilmente detectable, cuando el tema a decidir no se regía por lo normado en el artículo 733 sino por los artículos 732 y 1391.

-De igual modo, se desconoció el mérito probatorio de los documentos que fueron aportados por la Fiscalía, cuando el dictamen no fue

cuestionado ni tachado de falso y fue la propia entidad financiera quien también señaló que la firma del señor Rodríguez era falsa.

-Se valoró erradamente la prueba testimonial toda vez que con ella se pretendía demostrar no sólo los perjuicios materiales y morales sufridos por el actor sino también quién era el encargado en la institución educativa de la custodia y manejo de la chequera como así lo informaron los declarantes León Mauricio Mafla, quien fuera secretario de la institución educativa, y Carlos Humberto Bermúdez, docente coordinador, quienes identificaron como tal a la señora Andrea Bermúdez, por lo que es exagerado que se hubiera exigido por parte de la juez a-quo la aportación del manual de funciones del Colegio.

-Reitera que aunque una de las firmas de los cheques pagados estaba registrada y era auténtica, ello no exoneraba al banco de responder por los valores que representan, por cuanto ambas firmas registradas debían ser estampadas en los cheques para poder ser pagados.

V.- SUSTENTACIÓN Y FALLO.

En audiencia llevada a cabo el día 10 de marzo de 2020 la parte actora insiste en que quedó demostrado en el proceso que la cuenta corriente tenía dos (2) manejadores y que la firma del señor JOSÉ EDUARDO RODRIGUEZ MANZANO fue falsificada en cincuenta y tres (53) cheques que fueron cobrados por la tesorera de la institución educativa.

Reitera que la juez no aplicó en debida forma los artículos 732, 733 y 1391 del Código de Comercio por cuanto trasladó la carga de la prueba al demandante, cuando era el banco quien tenía que probar su

diligencia y cuidado; en el proceso hay prueba de que era la tesorera quien manejaba y custodiaba la chequera de la institución educativa y se exigió prueba de que la falsificación del señor Rodríguez Manzano era burda, a pesar de los dictámenes que obran en el proceso y de que no estamos en la hipótesis del artículo 733 del C. de Co. que no es la que aplica en este asunto por cuanto la chequera no se extravió en ningún momento.

Continúa exponiendo que, al decir de la Corte en sentencia del año 2016, al banco la correspondía probar la culpa del cuentacorrentista, resaltando que dado su carácter profesional debe contar con ciertos mecanismos para evitar situaciones de esta naturaleza, para lo cual señala que el cuentacorrentista en ningún momento tenía que dar aviso alguno al banco por cuanto, reitera, no hubo hurto o extravío de la chequera y el banco tampoco cumplió con la obligación que contempla el artículo 728 del C. de Co.

- **Réplica.**

En su réplica, la apoderada judicial de la entidad bancaria señala que no se omitió ningún deber, no obró con negligencia toda vez que todos los cheques fueron presentados en papel original, con el sello original del colegio y la tinta que siempre se usaba; resalta que el fraude demoró cerca de nueve (9) meses en ser detectado, las cuantías tampoco eran significativas y los cheques eran presentados para el pago por la misma tesorera de la institución educativa.

Según dice, el rector debió evitar esas maniobras fraudulentas, pues le correspondía a él la custodia de los cheques al tener la facultad de

vigilancia, poder y cuidado; el banco solo se enteró del fraude en el mes de septiembre de 2011 ante la queja presentada por el señor Rodríguez Manzano.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

A.- PRESUPUESTOS PROCESALES Y LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.

Como están reunidos los presupuestos procesales y no hay motivo de nulidad que imponga retrotraer lo rituado a etapa anterior, se procede a desatar la alzada.

No siendo presupuesto procesal, hay que decir que, ubicados en el escenario de la responsabilidad civil extracontractual, como lo puntualizaremos más adelante, la legitimación en la causa por activa en este proceso la tienen los demandantes por ser quienes pretenden el pago de la indemnización de los perjuicios que dicen le fueron causados con el pago por parte del banco demandado de los cheques en los que fue falsificada la firma del señor Rodríguez Manzano; mientras que el BANCO DAVIVIENDA S.A. es la entidad que realizó el pago de los títulos valores.

Importante es puntualizar esto en primer lugar, pues al no ser parte el señor JOSÉ EDUARDO RODRÍGUEZ MANZANO del contrato de cuenta corriente celebrado con el BANCO DAVIVIENDA S.A. (recordemos que lo era la Institución Educativa Rosa Lía Mafla) no podría el actor, en principio, discutir aquí el cumplimiento o no de las obligaciones pactadas en el aludido convenio por parte de la entidad del sector financiero.

No obstante, como terceros afectados con las operaciones de la entidad bancaria se entiende que los demandantes sí pueden reclamar por la vía de la responsabilidad civil extracontractual los perjuicios que dicen padecieron con el actuar que le endilgan al banco.

Podemos decir entonces que la pretensión de los demandantes se concreta en que el BANCO DAVIVIENDA S.A. pague a título de daño emergente la suma de \$ 38.050.506 junto con los intereses de mora, correspondiente a la suma de dinero que debió restituir por orden de la Contraloría Departamental del Valle del Cauca; de igual modo piden a título de lucro cesante los emolumentos salariales que dejó de percibir el señor Rodríguez Manzano por la renuncia anticipada que debió presentar a su cargo faltándole aún un (1) año para llegar a la edad de retiro forzoso, y los perjuicios morales para ambos esposos por la angustia, la ansiedad, la depresión y la desestabilización que trajo esta situación en la armonía, la paz y el sosiego que reinaba en el hogar.

B.- PROBLEMAS JURÍDICOS.

En atención a lo decidido por el juez a-quo y a los argumentos de la apelación, corresponde a este Despacho dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

i).- ¿Cuál es la responsabilidad que aquí se demanda y cuál es el régimen que opera respecto de una entidad bancaria por el pago de cheques falsificados o adulterados?

ii).- ¿Demostró la entidad bancaria demandada la culpa del cuentacorrentista, sus dependientes, factores o representantes en el

pago de los cheques falsificados?

¿Qué incidencia puede tener en ello la decisión proferida por la Contraloría General de la República que condenó al señor JOSÉ EDUARDO RODRÍGUEZ MANZANO a la devolución de los dineros sustraídos de la cuenta bancaria?

iii).- ¿Incumplió la entidad demandada la obligación que le impone el artículo 728 del C. de Co.? ¿Pudo presentarse en este caso una concurrencia de culpas?

iv).- ¿Qué perjuicios lograron ser demostrados por los demandantes?

¿Demostró la parte actora el pago de la suma a que lo condenó la Contraloría Departamental del Valle del Cauca?

¿Es posible reconocer las sumas pretendidas a título de lucro cesante?

¿Está demostrado el rubro pretendido por concepto de perjuicios morales sufridos por la pareja Rodríguez-Restrepo?

C.- RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.

c.1.- De la Responsabilidad de las entidades bancarias por el pago de cheques falsos o adulterados.

Dentro de los contratos bancarios regulados por el Código de Comercio, se encuentra el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria que lo define el artículo 1382, de la siguiente manera: *"Por el contrato de*

depósito en cuenta corriente bancaria el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero, y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en forma previamente convenida por el banco...”.

El legislador colombiano reglamentó de manera especial la responsabilidad por el pago de cheque falso o adulterado en los artículos 732 y 1391 del estatuto mercantil, en tanto que el artículo 733 del C. de Co. da un tratamiento diferente a la responsabilidad que surge cuando la falsificación o alteración hubiese estado precedida de la pérdida o extravío de los formularios entregados al cuentacorrentista.

Al respecto, ha explicado la Corte Suprema de Justicia¹ que los dos primeros preceptos (732 y 1391 C. de Co.), en el caso de títulos que el dueño de la chequera no ha perdido, hacen gravitar sobre el librado, en línea de principio, las consecuencias de la cancelación de cheques falsificados o alterados, pero admiten que se libere de esa carga en los casos en que la defraudación se deba a culpa del cuentacorrentista, o de las personas por quienes debe él responder, o cuando no es oportunamente avisado del fraude.

Sobre el particular, en sentencia del 24 de octubre de 1994, con ponencia del Magistrado Carlos Esteban Jaramillo Schloss, la Corte Suprema de Justicia concluyó que la ley se encargó de establecer que son las entidades financieras quienes deben correr con los riesgos de los cheques falsificados y que éstas *“...dado el volumen de las transacciones que realizan, compensan las pérdidas que los cheques falsificados pueden causar, regla esta que, de acuerdo con las disposiciones*

¹ Sentencia del 15 de junio de 2005. M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Rad. 1999-00444-01.

recién aludidas, tiene como obvia excepción que la culpa de los hechos recaiga en el cuentacorrentista o en sus dependientes, factores o representantes...".

Por su parte, el artículo 733 *ibídem* circunscribe su ámbito a los eventos en que el dueño de la chequera la ha perdido –que no es la situación que aquí se presenta- disponiendo que si ante esa eventualidad *"... no hubiere dado aviso oportunamente al banco sólo podrá objetar el pago si la alteración o la falsificación fueren notorias..."*.

Conforme con lo anterior, los artículos 732 y 1391 del Código de Comercio preceptúan de manera similar dos eventos en los cuales el banco se exonera de responsabilidad, de manera que la entidad bancaria responde en la hipótesis que contemplan estas normas, esto es, cuando pague un cheque falso o adulterado: **i)** siempre que el cuentacorrentista le haya informado tal falsedad o alteración dentro de los seis (6) meses posteriores a serle notificado dicho pago²; y, **ii)** no consiga acreditar culpa del mencionado cuentacorrentista o la de sus dependientes, factores o representantes

Así pues, como lo expuso la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre de 2003³, *"...el cuentacorrentista, en aquellas ocasiones en que un establecimiento bancario descarga un cheque falso o adulterado, no tiene el deber de acreditar ningún tipo de culpa de parte de éste, como quiera que el mismo sistema jurídico se ha encargado de asignarle la responsabilidad aneja a los riesgos propios de la actividad que desarrolla.*

² Al respecto, ha concluido la jurisprudencia: "...a) Que el término dentro del cual el cuentacorrentista debe dar aviso al banco sobre la falsedad del título pagado es de seis (6) meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1391 del C.C.; b) Que dicho término empieza a correr a partir del envío de la información suministrada por el banco al cuentacorrentista sobre el pago del cheque falso, la que bien puede darse al mismo tiempo con la devolución del título y el envío del extracto de la cuenta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 728 *ib.*; o de alguna de las dos formas, según sea lo que ocurra primero; c) Que si no se da dicho aviso oportunamente, cesa la responsabilidad del banco por el pago del cheque falso...". (Sentencia del 8 de septiembre de 2003).

³ M. P. César Julio Valencia Copete. Exp. 6909.

Como lo dijo esta Corporación en el mentado fallo de septiembre de 1999, "...deviene inútil e insubstancial la tarea de emprender la acreditación de alguna culpa atribuible a ellas - se refiere a las entidades bancarias - , habida cuenta que la ley las considera responsables por el pago de los cheques adulterados, obligación que se extingue cuando por culpa imputable al titular de la cuenta corriente se hubiese producido la defraudación... ”.

c.2.- Caso presente.

c.2.1.- Como ya se mencionó, la profesión bancaria envuelve una actividad riesgosa, motivo por el cual a quienes la ejercen se les exige la diligencia y cuidado necesarios para este tipo de actividades, lo que genera una presunción de culpa en su contra, cuya excepción naturalmente será que la culpa de los hechos recaiga en el cuentacorrentista o en sus dependientes, factores o representantes.

Al demandante entonces, en la hipótesis de los artículos 732 y 1391 del C. de Co. -que son los que importan para el caso particular- sólo le bastará probar el hecho generador del daño, es decir el pago del cheque falso o adulterado y que el daño que sufrió, guarda nexo de causalidad con ese hecho generador, siendo posible que el banco se exonere de responsabilidad si demuestra culpa del titular de la cuenta o sus dependientes; aspectos éstos de especial importancia en este asunto pues si bien no se discute aquí la responsabilidad contractual del banco con su cuentacorrentista, la controversia sí gira en torno al daño que alega un tercero afectado con la actividad financiera desarrollada por la entidad.

En estos términos damos respuesta a nuestro primer problema jurídico.

c.2.2.- En este escenario, vemos que ninguna controversia hay a estas alturas en cuanto a la existencia del contrato de cuenta corriente celebrado entre el BANCO DAVIVIENDA S.A. y la Institución Educativa Rosa Lía Mafla, en la cual quedaron registradas las firmas del rector JOSÉ EDUARDO RODRÍGUEZ MANZANO y de la Técnico Operativo Andrea Bermúdez, quien desempeñaba funciones de tesorera.

También está debidamente aceptado por las partes que la señora Bermúdez cobró 53 cheques por valor total de \$ 33.786.177 y que en dichos títulos fue falsificada la firma del señor JOSÉ EDUARDO RODRÍGUEZ MANZANO, quien como tercero afectado por esta situación concurre a solicitar la indemnización correspondiente.

Ahora bien, sobre la culpa del cuentacorrentista o de sus dependientes, lo cual correspondía demostrar a la entidad bancaria, vemos que escasa fue su actividad probatoria; su defensa se enfocó en que la falsificación de la firma del señor Rodríguez Manzano no era notoria, era muy similar y a simple vista no era posible detectarla, de modo que como entidad no omitió algún deber legal y mucho menos -dice- obró con negligencia y falta de cuidado, además de que era de cargo del cuentacorrentista el manejo, la custodia y el cuidado de la chequera; todo lo cual considera fue corroborado por la misma Contraloría General del Valle quien halló responsable al demandante de lo sucedido con esos 53 cheques.

El primer argumento de la defensa es insustancial dado el carácter profesional y riesgoso que realiza la entidad bancaria y en últimas que la falsificación fuera burda o no tampoco importa porque no estamos

en la hipótesis del artículo 733 del C. de Co. toda vez que la chequera en ningún momento fue hurtada o se extravió.

De igual modo, se hace mención al fallo proferido por la Controlaría Departamental del Valle del Cauca en el que, cierto es, se señaló que el señor Rodríguez Manzano era *"...el directo responsable de la Administración del fondo de servicios educativos de la institución educativa ROSA LÍA MAFLA [...], sin perjuicio de que la señora ANDREA BERMÚDEZ, en su calidad de Técnico Operativo con funciones de Tesorera Pagadora tuviese como función el recibo, custodia y manejo de los recursos financieros públicos consignados en las cuentas de la Institución Educativa.*

En el caso que nos ocupa era un imperativo legal del señor Rector JOSÉ EDUARDO RODRÍGUEZ MANZANO, dirigir la acción administrativa del Centro Educativo asegurar y vigilar el cumplimiento de las funciones de sus subalternos y como representante legal la obligación de vigilancia de los bienes públicos, lo cual le demanda el cuidado, atención y diligencia máxima en ordenar y asegurar el cumplimiento de tal deber, lo anterior con el único propósito de prevenir y evitar la producción del daño al erario público como bienes entregados para su custodia y disposición...".

Pero al respecto tiene por decir la Sala que la responsabilidad fiscal no tiene por objeto castigar o sancionar al servidor público o particular que con su actuación irregular cause un detrimento al patrimonio del Estado, su finalidad es patrimonial – reparadora, lo que quiere decir que el principal objetivo en esta área es la determinación de la responsabilidad fiscal, con el fin de recuperar los dineros sustraídos al erario y, en general, buscar el resarcimiento de los daños al patrimonio público, de ahí que, como lo ha explicado la Corte Constitucional *"...el proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio que busca impedir el*

comportamiento arbitrario de los funcionarios públicos, mientras que el proceso fiscal "no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo", sino que tiene un fundamento resarcitorio...⁴.

De acuerdo con lo anterior, las consideraciones del ente de control sólo resultan trascendentales al interior de la responsabilidad fiscal que debió asumir el señor Rodríguez Manzano como funcionario público por la pérdida de los dineros y no para descartar la responsabilidad que por esa situación puede caberle al BANCO DAVIVIENDA S.A. por esta situación.

No obstante, dicho pronunciamiento sí deja entrever fallas en las funciones de dirección, vigilancia y manejo del rector de la institución, siendo un hecho que fue la señora Andrea Bermúdez, funcionaria dependiente de la institución educativa cuya representación legal ejercía el demandante, la encargada de la falsificación de los 53 cheques, por lo que no podría asignársele una responsabilidad casi que objetiva a la entidad bancaria, pues ello nunca lo ha establecido el precedente jurisprudencia.

En estos términos damos respuesta a nuestro segundo problema jurídico.

c.2.3.- Pero también es un hecho que el banco no supo explicar durante todo el proceso porqué no dio cumplimiento al artículo 728 del Código del Comercio que dispone que "*Todo banco estará obligado a devolver al librador, junto con el extracto de su cuenta, los cheques originales que haya pagado*"; ahora, aunque aceptáramos la validez de lo dispuesto

⁴ C-484 de 2000.

en este aspecto en la cláusula 27 del “contrato de cuenta corriente bancaria”, según el cual, el Banco conservaría los cheques originales pagados y los entregaría a petición del cuentacorrentista, tampoco logró demostrar durante el curso del proceso el envío mensual o trimestral de los extractos que manifestó poner a disposición de su cliente en la cláusula 26 del aludido contrato.

A pesar entonces de mencionar en el convenio la existencia de varios canales para ello, ni en la contestación de la demanda, ni en el interrogatorio de parte de la representante legal de la entidad se logró demostrar cómo se hizo en este caso el envío de los extractos de la cuenta corriente que hubieran permitido advertir más tempranamente las irregularidades cometidas por la tesorera o pagadora. Incluso podría pensarse que la señora Andrea Bermúdez recibió los extractos y los destruyó o desapareció, pero la omisión aquí del banco fue la de no demostrar el envío de los extractos a la institución que para el año 2011 seguramente se hacía en físico, circunstancia que impide considerar aquí el aviso que corresponde dar al cuentacorrentista en los términos y oportunidad del artículo 1391 del C. de Co.

En casos como éste, la jurisprudencia⁵, ...*“de manera correlativa ha señalado que esa responsabilidad que se predica de las entidades bancarias no puede establecerse con un carácter objetivo, siendo necesario examinar, en cada caso, tanto la conducta de la entidad bancaria como la del girador, para evaluar la eventual concurrencia de causas, sean anteriores, coincidentes, concomitantes, recíprocas o posteriores, pues con ocasión de una eventual concausalidad en la ocurrencia del daño podría llegar a disminuirse la indemnización, o incluso exonerar a la entidad de toda responsabilidad; escrutinio que habrá de realizarse no a partir de la mera*

⁵ CSJ. SC1697-2019 de 14 mayo.

confrontación de conductas sino evaluando la causa jurídica del daño para definir en qué medida una u otra fue la determinante en la ocurrencia del hecho dañoso...”.

Así entonces, si bien se logra acreditar el obrar fraudulento de la tesorera o pagadora de la institución educativa de la cual el demandante era el rector, de quien podemos predicar fallas en sus funciones de dirección, control y vigilancia, también se acredita la omisión del banco al no demostrar el envío oportuno de los extractos bancarios con la información de los pagos que a la postre resultaron fraudulentos. Quizás así el fraude hubiere podido ser descubierto con más prontitud, concurriendo entonces esta situación también en la producción del hecho dañoso para el señor JOSÉ EDUARDO RODRÍGUEZ MANZANO como tercero afectado precisamente por esos pagos apócrifos, motivo por el cual a los rubros reconocidos al demandante se les aplicará una reducción del **30%** por virtud de la concurrencia de culpas.

Así quedan despejados los interrogantes de nuestro tercer problema jurídico.

c.2.4.- Precisado lo anterior, analicemos el monto de los perjuicios a reconocer.

- **Daño emergente.**

Sobre el pago de la suma de \$ 38.050.506,19 como sanción impuesta por la Contraloría Departamental del Valle del Cauca obra la providencia que la impuso y el formato de cobro persuasivo.

Si bien no obra prueba del pago realizado, consultada la base de datos de la Contraloría General de la República, en la actualidad el señor Rodríguez Manzano no figura como responsable fiscal, lo que indicaría a la Sala que su deuda con dicha entidad no se encuentra vigente; aunado a las manifestaciones de los demandantes en sus interrogatorios de parte, en los cuales informaron que debieron vender uno de sus bienes para sufragar la deuda.

Así las cosas, se condenará al BANCO DAVIVIENDA S.A. a pagar a los demandantes, aplicado el porcentaje de reducción por la concurrencia de culpas, la suma de **\$ 26.635.354,33**, siempre y cuando el pago ante el ente de control hubiese sido efectivamente realizado por el señor Rodríguez Manzano.

- **Lucro cesante**

Se cobra a este título los salarios que, se dice en la demanda, dejó de percibir el señor Rodríguez Manzano por cuanto se vio obligado a renunciar a raíz del ambiente que se generó por la pérdida de los dineros.

La verdad es que ninguno de los documentos arrimados al plenario da cuenta de que esa haya sido la motivación del señor Rodríguez Manzano para presentar la renuncia a su cargo de rector y aunque así lo hubiera sido como lo dijeron los testigos que declararon en el proceso, seguramente para ese momento ya podía acceder a su pensión de vejez si, como él mismo dice, estaba era ad- portas de llegar a la edad de retiro forzoso.

- **Perjuicios morales**

Se piden perjuicios morales para los esposos Rodríguez-Restrepo por los padecimientos que empezó a sufrir el demandante, tales como trastorno del sueño, ansiedad, depresión, todo lo cual desestabilizó la armonía, la paz y el sosiego que reinaba en el hogar de la pareja.

De toda esta situación dieron cuenta los testigos que declararon en el proceso, todos fueron coincidentes en manifestar en cómo se afectó el ánimo del señor José Eduardo a raíz de la situación, mientras que su esposa manifestó cómo se afectó la honorabilidad de la que habían gozado por tantos años en el Municipio de Jamundí y cómo les afectó tener que vender uno de sus bienes a un menor precio para poder pagar la sanción de la Contraloría Departamental del Valle.

No hay duda entonces, que la situación que debió afrontar la pareja de esposos les debió causar una aflicción, un dolor y una angustia; resulta innegable que aquellos sufrieron un perjuicio moral que debe ser reparado. Sobre el punto, ha de decirse que la Honorable Corte Suprema de Justicia cuando fija montos para la indemnización por perjuicios morales, lo que hace es señalar *"unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes"*, así lo dijo en la misma sentencia arriba citada⁶: *"Por lo anterior, consultando la función de nomofilaquia, hermenéutica y unificadora del ordenamiento que caracteriza a la jurisprudencia, la Sala periódicamente ha señalado al efecto unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes (cas.civ. sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; así en sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, reconoció por daño moral, cuarenta millones de pesos).*

⁶ Sentencia de 9 de julio de 2010, exp. 1999 - 02191.

Y en cuanto al monto de aquel perjuicio se advirtió⁷: "*(...) frente al hijo menor, no cabe duda de que la ausencia de su padre, a tan corta edad, tuvo que producirle cierto grado de dolor y aflicción al faltarle el cuidado y amor que, de no haber sido por el prematuro deceso, aquél le habría prodigado.*

"Siguiendo, entonces, las pautas jurisprudenciales reseñadas, se tasarán los perjuicios morales sufridos por los demandantes en la suma de (...) \$55.000.000 para el hijo".

Luego entonces, teniendo en cuenta la situación, considera la Sala que el monto a reconocer por concepto de perjuicios morales, luego de aplicado el **30%** que atrás se definió, debe ser la suma de \$ **16.500.000** para cada uno de los demandantes.

D.- CONCLUSIÓN.

Así las cosas, al estar acreditados los presupuestos de la responsabilidad civil demandada, se impone revocar en todas sus partes el fallo objeto de apelación para, en su lugar, condenar a la demandada al pago de las sumas tasadas en esta providencia.

Finalmente, de conformidad con lo reglamentado en el artículo 365 del Código General del Proceso y dados los resultados del recurso, se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandada en favor de la demandante. Las agencias en derecho de primera instancia se liquidarán por el Juzgado, en tanto que en segunda instancia el Magistrado sustanciador señalará por este concepto la suma de \$ **1.000.000.00.**

⁷ Sentencia de julio de 2012, exp. 2002-00101, decisión invocada en Sentencia de 8 de agosto de 2013. Ref.: Exp. 11001 – 3103 – 003 – 2001 – 01402 – 01, Magistrada Ponente: Dra. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA. En ésta última sentencia se fija el mismo monto en la condena por daños morales en favor de una hija.

VI-. PARTE RESOLUTIVA:

En consecuencia, esta Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de primera instancia, de fecha y procedencia conocidas, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- En su lugar, **DECLARAR** civilmente responsable al **BANCO DAVIVIENDA S.A.** por los perjuicios ocasionados, como terceros afectados, a los señores **JOSÉ EDUARDO RODRÍGUEZ** y a la señora **ESPERANZA RESTREPO CADAVID**, en una proporción del 50% y como consecuencia de ello, condenar a la entidad a pagar a los demandantes las siguientes cantidades de dinero:

- **\$ 26.635.354,33**, por concepto de daño emergente, siempre y cuando el pago ante el ente de control hubiese sido efectivamente realizado por el señor Rodríguez Manzano.
- **\$ 16.500.000**, para cada uno de los demandantes, por concepto de perjuicios morales.

TERCERO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO.- CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada en favor de la demandante. Las agencias en derecho de primera instancia se liquidarán por el Juzgado, en tanto que en segunda instancia el Magistrado sustanciador señalará por este concepto la suma de **\$ 1.000.000.oo.**

QUINTO.- Cumplido el trámite de instancia, **REGRESE** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y DEVUELVA



FLAVIO EDUARDO CÓRDOBA FUERTES



JOSÉ DAVID CORREDOR ESPITIA



JULIÁN ALBERTO VILLEGAS PEREA