CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado Ponente
Pedro Octavio Munar Cadena

Bogotá, Distrito Capital, quince (15) de agosto de dos mil ocho (2008).

Ref.: Expediente No.2001 3103 003 2003 00067 01

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 17 de abril de 2007, por la Sala Civil – Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, dentro del proceso ordinario promovido por HUGUES RODRÍGUEZ FUENTES frente al BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.

ANTECEDENTES

1. Hugues Rodríguez Fuentes reclamó que se declarara civilmente responsable al Banco Santander Colombia S.A. de los daños que le ocasionó con el ejercicio abusivo de sus derechos respecto al crédito No.970434901213; subsecuentemente, pidió que la entidad bancaria fuera condenada a indemnizarle los perjuicios morales y materiales irrogados, estos últimos en cuantía de $1.500.000.000.oo, o, en su defecto, el valor que se acreditara en el proceso, indexados y con los "intereses comerciales corrientes" generados desde la producción del agravio hasta cuando fueren cancelados.

2. Las referidas súplicas fueron sustentadas en la situación fáctica que se compendia, así:

2.1 El demandante asumió como codeudor el crédito No.970434901213, otorgado al señor Arnovis Barros por el Banco Santander Colombia S.A.

2.2 Dicha institución castigó la aludida obligación con un saldo de $541.648.oo, sin dar aviso previo, ni realizar gestión alguna para su cobro, pese a conocer la solvencia económica del actor, no sólo reflejada en los estados financieros aportados por él, sino por su notoriedad en la región; igualmente, reportó a éste a la Central de Riesgos "Datacrédito", en su condición de codeudor, sin gestionar su cobro prejurídico, ni jurídico.

2.3 El banco desconoció en esas actuaciones el procedimiento establecido para el castigo de activos por la entonces Superintendencia Bancaria, en el capítulo V de la Circular Externa No.100 de 1995.

2.4 El señor Rodríguez Fuentes, el 6 de septiembre de 1999, solicitó a Bancafé un crédito por la línea Finagro por la suma de $300.150.000.oo, para destinarlo a la compra de 1000 novillos de levante, conforme da cuenta el proyecto de inversión realizado para el efecto por Víctor Fuentes Jiménez.

2.5 El ente crediticio comunicó al accionante que no era factible concederle el préstamo, por estar reportado a la mencionada base de datos, situación que le impidió efectuar el negocio proyectado y, por tanto, le ocasionó los perjuicios aquí reclamados.

2.6 El establecimiento accionado, el 29 de marzo de 1999, le certificó a Rodríguez Fuentes que estaba al día en el pago del

crédito No. M420-293; y, el 27 de septiembre de esa anualidad, le expidió una constancia en igual sentido e informando, además, sobre la reestructuración de aquel, sin referir la mora de la obligación No.970434901213. Estos hechos crearon en aquel la convicción de que podía acceder al empréstito que tramitaba en el otro banco.

3. La admisión de la demanda fue notificada personalmente al demandado, quien se opuso a las pretensiones y adujo en su favor los hechos defensivos que denominó "petición antes de tiempo", "inexistencia de derecho para solicitar perjuicios", "mala fe y culpa del demandante", "hecho de un tercero" e "inexistencia de los perjuicios reclamados". Con relación a los hechos, en síntesis, expresó que el crédito No.970434901213 fue castigado por presentar mora en el pago, habiendo sido cubierto luego pero bajo amnistía; igualmente, afirmó que por esa situación reportó a los deudores a Datacrédito, sin que para ello la ley exija efectuar un cobro prejurídico o jurídico.

4. La primera instancia culminó con el fallo de 28 de julio de 2004, que acogió las pretensiones y condenó al banco a indemnizar los perjuicios reclamados, tasando los de índole material en $80.380.308.oo y los morales en $40.800.000.oo. Dicha resolución fue apelada por ambas partes.

5. El Tribunal en la sentencia aquí impugnada revocó la decisión antes reseñada y, en su lugar, declaró probada la "excepción" de "inexistencia del derecho" y negó las pretensiones.

SENTENCIA IMPUGNADA

1. El Tribunal empezó por puntualizar que la inconformidad del apelante radicaba en que el juzgador *a quo* omitió valorar la confesión ficta derivada de la incomparecencia del actor a absolver el interrogatorio formulado por escrito por su contendiente, en

cuanto no tuvo por cierta la situación fáctica constitutiva de la "excepción de inexistencia del derecho para solicitar perjuicios", referida en las preguntas asertivas allí contenidas, las cuales trasuntó a continuación.

2. Asentó que de esa confesión y de "los documentos foliados" emergía que, de un lado, la entidad demandada certificó al señor Rodríguez Fuentes sobre la reestructuración del préstamo No. M420-293 y del que dijo que se encontraba al día para el 27 de septiembre de 1999, y del otro, que aquél no expidió ninguna certificación sobre el estado del crédito No.97043490123; así mismo, encontró que, según la confesión ficta, el banco castigó dicha obligación en marzo de 1999 y comunicó la mora de sus deudores a la prenombrada central de información, situación que "a la hora de nonas fue la que motivó el que el Banco Santander reportara a la central de riesgos el castigo de la deuda por incursión de mora (sic) por parte del demandante".

Estimó, entonces, que la parte opositora suministró a la central de riesgos una información veraz y ceñida al comportamiento exhibido por el señor Rodríguez Fuentes, además, ajustada a las normas y directrices trazadas por la Asociación Bancaria de Colombia y la superintendencia del ramo, conforme a las cuales los bancos deben hacer evaluación de la cartera y actualizarla mensualmente, así como también calificar los créditos y contratos comerciales, de acuerdo con el nivel de riesgos, clasificaciones que van de la categoría "A" a la categoría "E", atendiendo al comportamiento o puntualidad del pago en el tiempo.

Amparado en esas reflexiones, afirmó que si la mentada obligación fue castigada y reportada a Datacrédito por mora en su cancelación, originando la no aprobación del crédito en Bancafé, resultaba evidente que ello obedeció a la culpa del propio demandante,

dado que la cesación en el pago de esa deuda condujo al ente bancario a reportarlo como moroso.

Más adelante insistió en que la mentada institución al castigar la acreencia y noticiar la mora a la base de datos obró legítimamente, sin que estuviera obligado a realizar el cobro prejudicial de la misma, habida cuenta que esa política de recaudo persuasivo es optativa de los establecimientos bancarios, a la que no recurren cuando el retardo supera el término previsto para calificar el riesgo en cualquiera de las categorías señaladas. Agregó, que en tales condiciones el promotor del litigio "carece de legitimación en la causa" para reclamar el perjuicio suplicado y, por tanto, prosperaba la segunda "excepción" propuesta por su contendor, esto es, la denominada "inexistencia del derecho para solicitar perjuicios".

Arguyó también que nadie puede sacar provecho de su dolo, negligencia o culpa, tal como lo pretende el actor al pedir la indemnización de unos perjuicios causados por su propio actuar.

De igual modo, consideró que ni la experticia, como los testimonios de Nicolás Calderon Rivadeneira, Yulexy Navarro Becerra, Víctor E. Fuentes, Efraín Villalobos y demás declaraciones, acreditaban el daño cuyo resarcimiento pidió el demandante, por lo que el juzgador de primera instancia debió declarar probada la excepción de "inexistencia de los perjuicios", asistiéndole entonces la razón al apelante en su protesta. Añadió que como el actor carecía de derecho para solicitar la indemnización resultaba innecesario ahondar en el estudio de dicho punto.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Dos cargos enfiló el censor contra la sentencia recurrida, los cuales serán despachados en forma conjunta, fundamentalmente,

porque al encontrarse orientados en el mismo sentido, resultan comprendidos por las razones que en su momento se expondrán.

Cargo Primero

Con apoyo en la causal primera de casación se acusa la sentencia impugnada de violar en forma indirecta los artículos 1494, 2341, 1613 y 1614 del Código Civil; 3º y 830 del estatuto mercantil; el 8º de la Ley 153 de 1887; 174, 175, 176, 177, 195, 210, 228, 233 y 236 del Código de P. Civil, a causa de haber incurrido en error de derecho en la valoración de la confesión ficta derivada de la inasistencia del actor al interrogatorio de parte, y al "no apreciar" tanto el dictamen pericial como los testimonios de Nicolás Calderón Rivadeneira, Yulexi Navarro Becerra, Víctor E. Fuentes y Efraín Villalobos.

El recurrente en la sustentación del cargo empieza por señalar que, a su juicio, los supuestos fácticos medulares de la demanda incoativa del litigio son: a) El banco abusó de su derecho, al precipitarse a castigar el crédito en cuestión y reportar al codeudor a Datacrédito, sin haber requerido a éste para que procediera a cancelarlo; b) Bancafé por esa razón le negó al actor el préstamo solicitado para adquirir 1000 novillos de levante, situación que le irrogó los perjuicios reclamados. Y en punto de los yerros que le enrostra al fallador puntualiza:

1. Que éste incurrió en error de derecho en la apreciación de la confesión ficta al dar por demostrado que el Banco Santander podía reportar "intempestivamente" la mora de la deuda a la central de riesgos, sin haber realizado el cobro prejudicial acostumbrado por esa clase de entidades, toda vez que pasó por alto que el referido medio de persuasión no desvirtuó la negación indefinida conforme a la cual "en ningún tiempo y lugar HUGUES MANUEL RODRÍGUEZ FUENTES fue avisado de la mora de su codeudor", amén que el demandado aceptó dicha "negación indefinida".

Luego, reproduce el cuestionario del interrogatorio contentivo de los hechos que tuvo por ciertos el juzgador de segunda instancia, para decir que éstos no desvirtúan la aludida negación indefinida, contenida en la situación fáctica expuesta en los numerales 2º y 3º de de la demanda. Añade, que las preguntas cuarta y quinta del mismo refieren "hechos de terceros", los cuales no pueden presumirse en la confesión ficta.

Mas adelante, transcribe las reflexiones del sentenciador, según las cuales el banco obró legítimamente al castigar el crédito y reportar al deudor a la central de información y trae a colación lo dicho por la Corte en torno al abuso del derecho, reseñando apartes del fallo emitido el 31 de octubre de 1995, para después aseverar que el Banco Santander al facilitar empréstitos ejerce una función social, por lo que en este caso desplegó una conducta que en tales circunstancias no habría realizado "otra persona de recto proceder"; es decir, obró con imprudencia al no prever las consecuencias de su actuar, vale decir los perjuicios causados al deudor, situación que, a su juicio, constituye un claro abuso de sus derechos de acreedor.

Arguye adicionalmente que el *ad quem* apreció la confesión ficta, sin percatarse si había sido "debidamente diligenciada" por el juez cognoscente, por cuanto "en realidad se violaron normas de procedimiento que regulan su práctica judicial".

Con relación a esa recriminación, repara en las prescripciones del artículo 207 del ordenamiento procesal, para aducir que si la calificación del cuestionario allí exigida opera para el evento en que el interrogado asista a la diligencia, con mayor razón lo será cuando éste es declarado confeso respecto a las preguntas asertivas, por no comparecer a la misma; igualmente, asevera que el *a quo* no calificó cada una de las preguntas, sino que limitó su actuación a declarar, en bloque, que eran ciertos los hechos contenidos en los

once primeros numerales del interrogatorio escrito y, por tanto, éste quedó viciado de nulidad.

2. De otra parte, refiere que el Tribunal desconoció que la costumbre mercantil impone que antes del cobro judicial o del reporte a Datacrédito debe darse aviso de la mora de la obligación, o efectuar el requerimiento para la solución de la misma; por consiguiente, infringió el artículo 3º del estatuto mercantil, el cual estatuye "la costumbre mercantil 'tendrá la misma autoridad que la ley comercial (…)', mientras no la contradiga y sea pública".

3. También tilda de errada la consideración del sentenciador acerca del carácter potestativo de la política de cobro persuasivo para los establecimientos bancarios. Para justificar este reproche, le atribuye al fallador haber omitido la Circular Externa No.100 de 1995, pues, en su parecer, impone a los establecimientos bancarios la obligación de efectuar el cobro prejurídico de sus acreencias, en cuanto prescribe en el capítulo V, titulado "castigo de activos", lo siguiente: " 'Es entendido que el castigo de los activos no libera a los administradores de las responsabilidades que puedan caberles por las decisiones adoptadas en relación con los mismos y en modo alguno releva a la institución respectiva de su obligación de proseguir las gestiones de cobro que sean conducentes. Así las cosas, a efectos de solicitar la aprobación por parte de la Junta Directiva de la Institución, es necesario que los administradores de las entidades vigiladas expongan ante los miembros de la Junta Directiva, las gestiones de cobro realizadas y las razones tenidas en cuenta para considerar los activos castigados como incobrables o irrecuperables' ".

La preterición de ese medio de convicción, acota, condujo al fallador a no tener en cuenta que del mismo se desgaja, de un lado, que el castigo de cartera está reglamentado por la Superintendencia Financiera en la citada circular y, por tanto, los bancos en esa tarea están compelidos a obrar conforme a las instrucciones allí impartidas; y

del otro, le exige a los administradores bancarios exponer ante los miembros de la Junta Directiva del establecimiento las gestiones de cobro realizadas y las razones por las cuales considera los activos castigados como incobrables o irrecuperables.

4. Así mismo, aduce que el sentenciador incurrió en un yerro de derecho al dejar de apreciar tanto el dictamen pericial como los testimonios de Nicolás Calderón Rivadeneira, Yulexi Navarro Becerra, Víctor E. Fuentes y Efraín Villalobos, so pretexto de que si el demandante carecía de derecho para reclamar los perjuicios resultaba inocuo reparar en esas pruebas.

Procedió, a continuación, a transcribir algunos pasajes de esas declaraciones, en los cuales se refiere a la solvencia moral y económica del actor, su comportamiento frente a las obligaciones adquiridas en desarrollo de sus actividades agrícolas, comerciales y financieras, el fin para el cual solicitó un crédito a Bancafé -compra de mil novillos-, y la frustración de ese proyecto por la negación del préstamo.

Concluye que de los testimonios en mención se infiere lo siguiente: a) Que Rodríguez Fuentes cuando fue reportado a la central de riesgos era reconocido como una persona honorable y cumplidora de sus deberes comerciales y bancarios, además, con capacidad económica; b) Que en varias ocasiones suscribió obligaciones como codeudor y las canceló con el solo aviso de la mora del deudor; c) Que con el préstamo pedido proyectaba comprar 1000 novillos, los que le producirían en 8 meses un rendimiento de 25 a 30 kilos mensuales; d) Que dicho crédito le fue negado, en razón de su reseña en Datacrédito.

Agrega que la preterición de la prueba testimonial condujo al juzgador de segunda instancia a pasar por alto que el demandado abusó de su derecho al no notificarle la mora al codeudor, causándole

los perjuicios reclamados; además, no tuvo en cuenta que de ella afloraba que Hugues Rodríguez Fuentes no sólo tenía capacidad económica, sino que gozaba de buen crédito ante los bancos Santander, de Colombia, Cafetero y Ganadero.

Relativamente a la mentada experticia transcribe algunos apartes de ella y pone de presente la cuantificación del daño realizada en la misma.

Cargo Segundo

El recurrente con sustento en la causal primera de casación acusa la sentencia opugnada de infringir los artículos 3º y 830 del Código de Comercio; 1494, 2341, 1613 y 1614 del Código Civil; 8º de la Ley 153 de 1887; 174, 175, 176, 177, 195, 210 y 228 del estatuto procesal, a causa de haber incurrido en error de hecho en la apreciación de los siguientes elementos de convicción.

1. Reitera la recriminación concerniente con la preterición de la Circular Externa No.100 expedida por la Superintendencia tantas veces nombrada, insistiendo en que el Tribunal desconoció sus prescripciones al asentar que la política de cobro prejurídico es optativa de los establecimientos bancarios.

Reiteró que el actor no fue requerido por la mora del crédito, ni noticiado de manera alguna de la misma, gestiones que no eran optativas, sino obligatorias al tenor de la citada circular. Así mismo, al no reparar en este documento no advirtió que sólo las acreencias incobrables o irrecuperables podían ser castigadas por el banco, calificativo que en este caso no podía darle al crédito en cuestión, por cuanto sabía que el codeudor tenía solvencia económica para cubrirlo.

2. Reprocha al sentenciador por no haber examinado la planificación del préstamo pedido a Bancafé, en la cual está descrita la inversión, su objeto, el plan de financiación y amortización, el estado de ingresos y egresos de la empresa ganadera; ni la comunicación sobre la negativa de conceder dicho empréstito, como tampoco las certificaciones expedidas por la entidad accionada en las que únicamente aludió a la obligación No.M 420293 guardando silencio respecto al estado de la otra en que el demandante era codeudor de Arnovis Barros.

De la misma manera, le censura a aquel no haber mirado las constancias de "Inversiones Salguero Ltda., Coaccosta, Venta de Cemento Caribe, Ferretería Cesar Ltda.., Bancafé, Bancolombia, Banganadero", sobre la credibilidad comercial de que goza el señor Fuentes Rodríguez; ni el balance general y el estado de resultados presentado por el actor y elaborado al 30 de junio de 2000; tampoco, los extractos de sus tarjetas de crédito y cuentas bancarias.

Para rematar la queja dice que todos esos documentos acreditan la solvencia económica y capacidad de pago del demandante y, por tanto, que contaba con recursos suficientes para cubrir la deuda en cuestión, por lo que el establecimiento bancario había podido recuperarla, sin necesidad de castigarla y reportarla a la central de riesgos.

3. Por último, el impugnante le endilga al juzgador *ad quem* no haber reparado en las declaraciones de Campo Elías Morón, Silvia Isabel Mejía C., Robinsón Carranza López, José Isaac Nieto Liñán y José Absalón Ortiz, de las cuales transcribió algunas preguntas con sus respectivas respuestas, en las que, en síntesis, éstos deponen sobre la solvencia moral y patrimonial de Rodríguez Fuentes, y las actividades económicas por él desarrolladas; de los requerimientos que el banco efectuó al primer declarante cuando incurrió en mora en el cubrimiento de una deuda; el procedimiento que usualmente sigue

dicho establecimiento cuando un deudor incurre en cesación de pagos; del destino que Hugues Manuel proyectaba darle al empréstito pedido a Bancafé y sobre los potreros preparados para ese fin.

Asegura que tales testimonios acreditan la seriedad y solidez patrimonial del demandante, por lo que si le hubieren dado aviso oportuno del incumplimiento de la irrisoria obligación crediticia, seguramente la habría cancelado.

Sostiene, igualmente, que la declaración de Silvia Isabel Mejía Campo, Gerente del Banco Santander, demuestra cómo éste si efectuaba recaudo prejudicial de las deudas, pues expresó " 'inicialmente se hace un cobro prejurídico que consiste en llamadas telefónicas, visitas o cartas, recordando morosidad en el crédito e invitándolo al pago; inicialmente al deudor y luego al codeudor, si no se tiene respuesta positiva se le entrega a un abogado para su cobro prejurídico … El abogado trata principalmente de conseguir el pago' ".

También asevera que las versiones reseñadas prueban que la sociedad opositora reportó al codeudor a Datacrédito sin cumplir con la costumbre bancaria de los requerimientos previos. Y que esa actuación abusiva le truncó la inversión que planeaba realizar con el préstamo pedido a Bancafé.

CONSIDERACIONES

1. El Tribunal para negar las súplicas de la demanda consideró, de un lado, que el reporte del actor a Datacrédito era atribuible a su propia culpa, por cuanto obedeció a la mora en que incurrió en el pago de la obligación adquirida por Arnovis Barros con el Banco Santander y de la cual era codeudor; y del otro, que dicho reporte no exigía gestionar previamente el cobro prejurídico de la

acreencia, ya que "esa política de cobro persuasivo es de tipo optativo de los establecimientos bancarios".

De manera, pues, que, contrario a lo afirmado por el recurrente, el segundo argumento también soporta el fallo combatido, habida cuenta que éste se derrumbaría si se demostrase que el recaudo prejudicial es requisito *sine qua non* para poder reportar al deudor moroso a la prenombrada central de riesgos.

2. A destruir precisamente tal reflexión está enderezada la acusación concerniente con la preterición de la Circular Externa No.100 de 1995, emitida por la entonces Superintendencia Bancaria. La censura sostiene que la referida circular impone a las instituciones bancarias la obligación de intentar la recuperación de sus acreencias antes de tramitar la inclusión del deudor moroso en la base de datos correspondiente; igualmente, estatuye que aquellas sólo pueden castigar las acreencias incobrables o irrecuperables, calificativo que en este caso no podía darse al crédito en cuestión, dada la solvencia económica de su codeudor para cubrirla.

En el umbral de dicho reproche, y con miras a establecer la trascendencia de la imputación, la Corte advierte que la Circular Externa No.100 de 1995 es un acto administrativo de carácter general, expedido por la prenombrada superintendencia en ejercicio de las funciones que como autoridad de policía administrativa le corresponden y que tienen como finalidad informar a sus destinatarios, esto es, a los representantes legales y revisores fiscales de las entidades a la sazón vigiladas por esa entidad, en torno a las diferentes instrucciones en materia contable y financiera por ella emitidas.

Trátase, entonces, de un acto del que no puede predicarse que tenga el carácter de norma jurídica de alcance nacional, motivo por el cual su texto debía acreditarse en el proceso aduciéndolo en copia auténtica, conforme al perentorio mandato del ordenamiento procesal,

el cual, en su artículo 188, prescribe que "el texto de las normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte".

Decantado está por la jurisprudencia que las circulares son actos administrativos emanados, regularmente, de la administración, a través de los cuales exterioriza su parecer en torno al sentido o alcance de una determinada ley o reglamento. De suerte, que "surgen como el medio idóneo para llevar al conocimiento de un grupo determinado, más no general, de funcionarios, lo que se considera es la recta interpretación de una disposición particular"; de ahí que por su conducto es instruido el personal subalterno con relación al alcance del contenido de un precepto jurídico, o sobre la observancia de determinadas reglas de conducta, cualquiera que sea su categoría. Claro está, que todo ello es en aras de unificar comportamientos al momento de acometer la instrucción impartida (providencia de 22 de mayo de 2008, exp. 2005 00038 01).

Por tanto, tal como lo asentó esta Corporación en la citada decisión, *"las circulares per se no crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas frente a quienes resulten destinatarios de ellas; su categorización deviene meramente ilustrativa o instructiva, ya de una disposición jurídica ora de un reglamento y, habida cuenta que involucra sólo a un grupo determinado de personas, carecen de la generalidad propia de la norma de derecho sustancial; no aparecen, por la misma razón, obligatorias a todo el grupo social. Contrariamente a lo impersonal de la norma de derecho sustancial, una circular comporta pautas subjetivas del personal vinculado a un ente en particular, valora sus condiciones personales, sus perfiles y los propósitos fijados alrededor del objeto social de aquél".* De manera, pues, que no es viable extender su contenido a toda la colectividad, como sí acontece con la norma jurídica de alcance nacional.

Sin duda de esa naturaleza participan las circulares emitidas por la mencionada superintendencia, las cuales se conocen como internas y externas. La primeras están destinadas a sus funcionarios y se fundan en la relación jerárquica del superior que le permite dictar reglas de conducta u orientaciones a sus subordinados, tendientes a disciplinar el funcionamiento de la respectiva oficina pública; y las segundas, van dirigidas, en línea de principio, a las entidades vigiladas con el objetivo principal de divulgar el conocimiento de la ley o de otros actos administrativos y prevenir su oportuno cumplimiento por parte de ellas.

Así, pues, reitérase, la Circular Externa No.100 de 1995 es un acto administrativo de carácter general y abstracto, mediante el cual fueron compendiadas las diferentes instrucciones en materia contable y financiera impartidas por la entonces llamada Superintendencia Bancaria, siendo sus destinatarios los representantes legales y revisores fiscales de las entidades vigiladas por aquella.

Siendo ello así, resulta palmario que la aludida circular no tiene el carácter de norma jurídica de alcance nacional y, por ende, como quedó dicho, debía aducirse al proceso en copia auténtica para demostrar su texto; no obstante, mirado el expediente la Sala encuentra que dicho acto administrativo, además de incompleto, fue aportado en fotocopia informal, es decir, sin acatar la referida imposición legal del memorado artículo 188 del Código de P. Civil.

Dicha deficiencia probatoria pone de relieve la intrascendencia de la acusación, por cuanto la resolución opugnada no variaría aunque le asistiere la razón al recurrente en ella. Sobre el particular, la Corte ha predicado que "la violación a la ley sustancial solo funda el recurso de casación y da lugar al quiebre de la sentencia de instancia cuando es trascendente, o sea cuando repercute o incide en la decisión a tal punto que sin ella el juez habría fallado el pleito en

sentido diverso, favorable a los intereses de quien recurre" (G.J. CLVIII, pág.24).

Al margen de dicha consideración, lo cierto es que el texto parcial de la circular en cuestión aportado al expediente no evidencia el yerro denunciado, pues solamente a partir de sutiles conjeturas, posiblemente no muy atinadas, podría llegarse a la conclusión propuesta por el impugnante.

3. Ahora, el censor le atribuye al sentenciador haber desconocido que la costumbre mercantil impone que antes de incluir al deudor en la referida base de datos debe dársele aviso de la mora de la obligación, o requerirlo para la solución de la misma; empero, una observación minuciosa de los aspectos debatidos en el curso del proceso muestra que tal planteamiento constituye un medio nuevo inadmisible en casación, pues jamás fue propuesto en el ámbito de las instancias, ni en las oportunidades que la ley procesal confiere para ese propósito, como tampoco allí fue examinado de oficio por los juzgadores.

Admitir en el recurso extraordinario de que aquí se trata, la introducción de puntos novedosos conduce a la violación del derecho de defensa, llamado a impedir que una parte sorprenda a la otra con argumentos fácticos que no fueron ventilados en el trámite del asunto y, por ende, que ésta no tuvo la oportunidad de controvertir; igualmente, implicaría no solo enjuiciar la sentencia con sustento en situaciones que nunca fueron sometidas a consideración del juzgador, sino avalar la alteración de la causa *petendi* y el incumplimiento del deber de lealtad procesal que le asiste a los litigantes en contienda.

Así lo decantó la jurisprudencia de esta Corporación cuando asentó que *"se violaría el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los*

cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa. Pero promovidos ya cerrado el proceso, la infirmación de la sentencia con apoyo en ello equivaldría a la pretermisión de las instancias, de las formas propias del trámite requerido, con quebranto de la teoría institucional de no ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio" (sentencia de 1º de marzo de 1955, G.J. LXXXIII, pág.76, reiterada en los fallos proferidos el 24 de abril de 1977 y el 19 de noviembre de 2001, entre otros).

De igual modo, la Sala en la decisión trasuntada encuentra en la esencia del recurso razones para desdeñar los puntos nuevos en casación, pues expone que *"éste tiene por objeto restablecer el imperio de la ley infringida en la sentencia, la cual no podía basarse sino en lo alegado ante el juez, no en lo que pudiese ser alegado con posterioridad ante la Corte. El recurso va dirigido contra el fallo, en cuanto ha desatado una controversia teniendo en cuenta los elementos aducidos y los hechos invocados en ella y no elementos ni hechos ajenos al litigio, y por tanto desconocidos del juez*". De ahí, que mas adelante concluye que "*la sentencia no puede enjuiciarse sino con los materiales que sirvieron para estructurarla, no con materiales distintos, extraños y desconocidos, sería, de lo contrario, una lucha desleal, no solo entre las partes sino respecto del tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas*".

Dejando de lado esa deficiencia técnica, la verdad es que el recurrente no demostró esa recriminación, toda vez que olvidó que la costumbre mercantil, a la luz de lo dispuesto en los artículos 6º del C. de Comercio, 189 y 190 del C. de P. Civil, debe acreditarse con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios, o con copia auténtica de dos decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, o con la certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde rija.

Incluso, cuando aquella se pretenda probar con testigos, éstos deberán ser por lo menos, cinco comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil, que refieran no sólo en forma razonada los hechos, sino que éstos son públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella. Y si se aducen como prueba dos decisiones judiciales definitivas será necesario que hayan sido proferidas dentro de los cinco años anteriores al diferendo.

En ese orden de ideas, es evidente que los testimonios de Campo Elías Morón y Silvia Isabel Mejía Campo, denunciados por el impugnante como preteridos por el juzgador *ad quem*, no demuestran que constituya costumbre en el ámbito de las relaciones bancarias realizar gestiones para recuperar la cartera vencida antes de reportar al deudor a la central de riesgos, dado que no colman ninguno de los requerimientos que para el efecto impone el artículo 6º del estatuto mercantil.

4. La acusación referente a que el fallador no advirtió que la confesión ficta -derivada de la no comparencia del demandante a absolver el interrogatorio de parte presentado en sobre cerrado por su contendiente- no desvirtuaba la negación indefinida contenida en los hechos de la demanda, esto es, que Hugues Rodríguez Fuentes nunca fue requerido para el pago del crédito del cual era codeudor, no comporta la denuncia de un yerro de derecho, sino de hecho, pues no enjuicia la eficacia de ese elemento probatorio, sino la contemplación objetiva del mismo.

En verdad, lo que la censura cuestiona son supuestos desaciertos referidos a lo que ella en sí acredita y a lo que muestra el contenido de otra pieza procesal, cuestiones que nada tienen que ver con los requisitos determinantes del valor demostrativo de dicha prueba.

Pero, además, esa queja resulta irrelevante, en cuanto que el Tribunal asentó que el cobro persuasivo de las acreencias era potestativo de los establecimientos bancarios, reflexión que sólo podría aniquilarse poniendo de manifiesto que, conforme al ordenamiento jurídico, éstos están obligados a gestionar tal recaudo para poder reportar a los deudores morosos a las centrales de información. Por consiguiente, mientras no se evidencie la existencia en el campo jurídico de tal exigencia, ninguna incidencia en el fallo opugnado tiene probar la situación fáctica referida en la recriminación en estudio, vale decir, que el banco no requirió al actor para que solventara la acreencia en mora antes de incluirlo en prenombrada central de información.

Y en cuanto al reproche concerniente con la indebida calificación de las preguntas contenidas en el interrogatorio escrito, resulta notoria su improcedencia a estas alturas del proceso, habida cuenta que el recurso de casación no es medio idóneo para que el litigante que no observó especial diligencia durante el trámite de las instancias, pretenda a través de él restablecer las oportunidades de contradicción probatoria perdidas.

En efecto, a la audiencia en que se llevó a cabo la aludida calificación concurrieron ambas partes, sin que hubieren elevado protesta alguna contra la forma y términos en que el juez cognoscente realizó tal tarea; aún más, ningún reparo se hizo a la misma durante el curso del proceso.

Por tanto, si el aludido planteamiento no fue sometido a debate en instancia dentro del marco procesal apropiado, resulta patente que su debate no es admisible en casación, toda vez que, como ya se dijo, entrañaría la introducción de cuestiones nuevas que aparejarían la vulneración del derecho de defensa.

Con respecto a que el Tribunal no se percató de que los hechos segundo y tercero del escrito introductor del pleito no son susceptibles de confesión, advierte la Sala que el recurrente se limitó a enunciar dicho reproche, sin esforzarse en demostrarlo, tarea que le incumbía realizar a la luz de las prescripciones del numeral 3º del artículo 374 *Ibídem*, amén que también debía poner de manifiesto la trascendencia del yerro denunciado.

5. Relativamente al reparo probatorio que la censura en el primer cargo endereza contra la prueba testimonial y pericial, la Sala advierte al rompe que no entraña un supuesto error de derecho, como ésta lo alega, sino de hecho, en la medida en que lo hace consistir en la preterición de dichos elementos de convicción, hipótesis que estructura esta última especie de incorrección.

Dejando de lado esa deficiencia, lo cierto es que tanto esa acusación como la contenida en el cargo segundo, relativa a la preterición de las declaraciones y documentos allí especificados, ninguna mella causan a la sentencia recurrida, en la medida que no guardan simetría con los argumentos medulares en que aquella está edificada y son irrelevantes.

Obsérvese que los mentados reproches apuntan, de un lado, a denotar que los testimonios y los documentos que supuestamente dejó de apreciar el fallador muestran la solvencia económica y la capacidad de pago del señor Rodríguez Fuentes, aspectos que fueron ajenos a las consideraciones que condujeron a aquel a negar las súplicas de la demanda, pues, visto está, que para éste bastaba la mora del deudor en el pago de la acreencia para reportarlo a Datacrédito; y, del otro, porque persiguen evidenciar que los perjuicios reclamados fueron cuantificados en la experticia ignorada en la decisión combatida, elucidación francamente intrascendente en la medida en que no se estableció la existencia de una conducta

jurídicamente reprochable del banco, reflexión esta, ciertamente, fundamental en el fallo.

6. Colígese, entonces, que los cargos propuestos contra la sentencia recurrida no se abren paso.

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 proferida el 17 de abril de 2007, por la Sala Civil – Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, dentro del proceso ordinario promovido por HUGUES RODRÍGUEZ FUENTES frente al BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.

Costas a cargo de la parte recurrente.

NOTIFÍQUESE

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

WILLIAM NAMÉN VARGAS

CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA