

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado Ponente
EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

Bogotá, D.C., veintidós de abril de dos mil nueve
(Discutido y aprobado en sesión de 25 de agosto de 2008)

Ref.: Exp. No. 11001-31-03-026-2000-00624-01

Se decide el recurso de casación interpuesto por Mirtha Fabiola Céspedes Espitia y Luz Marina Roa de Romero contra la sentencia proferida el 12 de enero de 2007 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, que puso fin a la acción de grupo promovida por las recurrentes contra el Banco Santander S.A.

ANTECEDENTES

1. Las demandantes, invocando su calidad de integrantes del grupo de usuarios del Banco Santander Colombia S.A., solicitaron que se condenara a dicha entidad a reparar los daños que ha causado por el *“cobro inconstitucional, ilegal, injusto, incausado y exorbitante”* de los denominados *“servicios financieros o servicios bancarios”*, tales como *“...el uso de cuentas corrientes o de ahorros, cheques, libretas o uso de tarjetas débito y crédito, altos intereses por sobregiro, referencias bancarias, extracto -si se extravía el que envía el banco y si realmente lo envía- comisiones por cheques, comisiones o cobros por cuotas de manejo, precio de los cheques de gerencia, comisiones por cartas de crédito, retiros de los cajeros automáticos, retiros sin la tarjeta débito o tarjeta Davilinea (sic), consignación nacional, consulta de saldo, etc.”*, cobros que -a su juicio- han empobrecido injustamente a los integrantes del grupo actor con el correlativo enriquecimiento sin causa a favor del aquí demandado.

Pidieron, por consiguiente, que se condenara al banco a pagar a favor del grupo una indemnización compensatoria, consistente en el



reembolso de los cobros que ha realizado, otra moratoria, que corresponde a los intereses de mora y la indexación de las anteriores sumas, junto con los daños morales que causó.

Como soporte de esos pedimentos, adujeron que el Banco Santander S.A., abusando de su posición dominante, ha afectado el equilibrio de los contratos celebrados con los usuarios, pues estableció *motu proprio* precios abusivos, irrazonables y cuantiosos por los servicios que presta, con lo cual vulnera principios económicos y constitucionales establecidos en beneficio de los consumidores.

Recordaron, además, que esos servicios debían suministrarse gratuitamente y que, en todo caso, en el Estado Social de Derecho no puede aceptarse que las entidades financieras fijen el monto de sus tarifas, porque ello atenta contra el propósito de lograr un orden económico y social justo, a más que vulnera la equidad y el deber de solidaridad, *“lo cual en últimas conduce al empeoramiento... del nivel de vida del pueblo colombiano, el cual, en su gran mayoría es de escasos recursos económicos”*.

Añadieron que estos cobros se han convertido en fuente de enriquecimiento sin causa, circunstancia que no puede ser patrocinada *“según lo proclaman claras normas legales y constitucionales”*, más aún, si se tiene en cuenta que se vulneran las reglas relativas a la libre competencia y a la protección del consumidor.

Dijeron, de otro lado, que no era admisible que con el cobro de esos servicios se trasladaran a los clientes los gastos administrativos y de funcionamiento de las entidades financieras *“para así cubrir o superar la bancarrota a la que las ha llevado su propia corrupción”*, pues *“en nuestro país la tasa de intermediación financiera es la más alta del mundo”*.

Aunado a ello, afirmaron que los acuerdos que han hecho esas entidades para cobrar por sus servicios, también reflejan el abuso de su



posición dominante frente a los usuarios, a quienes el Estado debe garantizar los derechos adquiridos.

Igualmente, recordaron que aunque la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 139 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -que autorizaba a las corporaciones de ahorro y vivienda para cobrar los servicios que prestaban a sus depositantes-, actualmente existe una completa anarquía en la materia, misma que ha llevado a que dichas entidades fijen a su antojo tales tarifas.

Por último, anotaron que todos los miembros del grupo demandante se encuentran en condiciones uniformes y sus perjuicios tienen una causa común, añadiendo que *“con la facultad a estas entidades de fijar sus propias tarifas, el Estado no está promoviendo la prosperidad general del pueblo colombiano, (art. 2 C.N.), sino la prosperidad de los ostentadores del poder económico, de los dueños del sistema financiero”*, amén de que ninguna medida se ha adoptado para proteger a personas discriminadas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, ni se ha hecho nada para alcanzar el objetivo de democratizar la propiedad.

2. El Banco Santander S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones; dijo no haber abusado de la posición dominante, negó la afectación del equilibrio económico en los contratos celebrados con sus usuarios y señaló que el monto de los cobros que realiza no coincide con el referido por las demandantes. Además, expresó que es una institución privada con ánimo de lucro, que la remuneración por los servicios que presta tiene una causa legal y que no ha violado las reglas relativas a la competencia, ni las que protegen al consumidor. Por último, formuló las excepciones que denominó *“caducidad”*, *“petición antes de tiempo”*, *“falta de integración del litisconsorcio”*, y *“ausencia de condiciones uniformes para conformar el grupo”*.

3. El Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá negó las súplicas de las demandantes. Esta decisión fue confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.



LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal confirmó la decisión del *a quo* tras señalar que en este caso estaba cumplida la legitimación en la causa por activa, pues el grupo de personas potencialmente perjudicadas o agraviadas era superior a 20.

Adujo que *“otro tanto acontece con la legitimación por pasiva, pues la acción la dirigen las demandantes en contra de la entidad que tildan como la responsable del perjuicio perseguido en indemnización”,* el cual se dice originado a raíz del abuso en que incurrió el banco al cobrar los servicios que presta.

Ya enfrentado a los hechos materia de discusión, recordó cómo se *“solicitó a la entidad demandada, en primer lugar, el informe sobre los nombres, identificación y demás datos de todos los usuarios en los últimos dos años, así como el número de sus cuentas corrientes, cuentas de ahorro... y los contratos celebrados con los usuarios en los últimos dos años, sobre ese requerimiento, la demandada argumentó que tal información es reservada, pues corresponde al fuero interno de cada persona, pero que de considerarla viable el juzgado de conocimiento, se estaría hablando de millones de folios”*. No obstante, el Tribunal admitió que el banco sí suministró el informe sobre las tarifas que aplican a los diferentes servicios, las cuales relacionó en detalle.

Más adelante, agregó que ciertamente *“los bancos se encuentran en una posición dominante y por ello el Estado se encarga de intervenir en sus actuaciones financieras, a efectos de lograr un equilibrio entre éste y los usuarios...”*, luego de lo cual precisó que el margen financiero que se obtiene de la intermediación que aquellos bancos realizan es la base para sufragar sus gastos, junto con *“los demás ingresos de que se valen, como acontece con las tarifas que fijan para los diferentes servicios que prestan a sus usuarios...”*.



A renglón seguido puso de presente que no había norma legal que autorizara o pusiera límites al cobro de esos servicios, *“lo que en verdad no debería ocurrir, pues los bancos ejercen una actividad de interés público”*; sin embargo, recalcó que *“tampoco existe norma que limite a los bancos a imponer un determinado valor por los servicios que brindan a sus ahorradores o clientes, según se infiere del escrito enviado por la Superintendencia Bancaria al Juzgado 37 Civil del Circuito que data del 07-05-04...”*, en el cual dicho organismo informa que *“no aprueba las tarifas de los servicios financieros de los establecimientos de crédito, las cuales son de libre tasación en un mercado donde las mismas son el resultado de la oferta y la demanda”*.

Sostuvo, asimismo, que en este tipo de acciones se requiere la comprobación de un daño subjetivo, *“sin que pueda presumirse el cumplimiento de los elementos para su procedencia como lo es la conducta dañina, el nexo de causalidad que lo es la calidad de usuario de la entidad y, el valor o monto del perjuicio, que no puede reflejarse, como lo deja entrever la parte actora, en el monto de las tarifas cobradas”*, máxime cuando *“el incumplimiento del contrato por sí solo no conduce en todos los casos y de manera indefectible a la condena en perjuicios”*.

También aseguró que *“las demandantes no probaron de qué naturaleza y en qué medida y monto, la conducta de la demandada les habría causado perjuicios, si los experimentaron, no precisaron cuáles perjuicios sufrieron, ni su valor... y ciertamente no pueden equipararse éstos al valor de los servicios que brinda la entidad crediticia...”*.

Argumentó, de otro lado, que los valores cobrados a las demandantes entre los años 2000 y 2002 no fueron exorbitantes, a propósito de lo cual señaló que *“lo cierto es que en la actualidad, el valor que otorgan los bancos a causa de un precio (sic), es uno de los puntos sujetos a la ley de la oferta y la demanda con miras a lograr adeptos a sus entidades, siendo esto en sí una limitante para la tarifa que fijan, lo que no obsta para augurar la intervención del Estado a fin de que tales tarifas no las fije el mercado, sino la misma ley, atendiendo a la población más desprotegida”*.



Al cierre de sus consideraciones, concluyó que no existían pruebas que delimitaran concretamente el abuso atribuido a la entidad demandada y que tampoco había mérito para condenar en costas a las demandantes, pues su obrar estuvo marcado por la buena fe.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Cuatro cargos se elevan contra la sentencia del Tribunal; el primero por incongruencia, el segundo por violación indirecta de normas sustanciales a consecuencia de errores de derecho, el tercero por violación directa de preceptos de igual naturaleza y el cuarto por violación indirecta de reglas sustanciales a raíz de errores de hecho y de derecho.

La Corte decidirá inicialmente el primero; los demás se despacharán a continuación y conjuntamente, como quiera que dependen de una respuesta común que abarca todos los reproches que en ellos se hacen.

PRIMER CARGO

Con apoyo en la causal 2ª del artículo 368 del C. de P. C., el censor acusó el fallo del Tribunal de no ser **congruente**, como quiera que, según expone, *“atando la parte resolutive de la sentencia con su ratio decidendi, se tiene que ésta no agotó todos los cuestionamientos que se le hicieron... a las tarifas establecidas motu proprio por el banco”*.

Al respecto, anota que en las pretensiones pidió declarar que los servicios financieros cobrados por el banco demandado eran *“inconstitucionales”, “ilegales”, “injustos”, “incausados”* y *“exorbitantes”*, razón por la cual cada uno de esos ataques ha debido ser analizado y decidido individual y subsecuentemente, cosa que el Tribunal no hizo.



En su criterio, el *ad quem* se limitó al tema de la exorbitancia, a pesar de que ese aspecto era el menos relevante, aunque, de todas maneras -dijo-, aquélla estaba probada e, incluso, se ha rechazado públicamente por los empresarios y por el propio Presidente de la República.

Para el recurrente, el Tribunal pasó por alto que la inconstitucionalidad de las tarifas que cobra el demandado es manifiesta, no sólo porque fueron fijadas de manera unilateral y caprichosa, sino además porque se violó el preámbulo de la Constitución, así como sus artículos 2º, 11, 365, 369 y, principalmente, el 78, debido a que en el procedimiento para determinar esos valores no se permitió la participación de los usuarios, mecanismo éste que busca evitar la arbitrariedad de los entes que, como el Banco Santander S.A., prestan un servicio público esencial. Al respecto, anotó que esa participación de los usuarios es condición necesaria para la legitimación y legalidad de las tarifas, amén de que con ella se protegen los derechos de aquéllos y se evita el abuso de la posición dominante, el desequilibrio contractual y el enriquecimiento injusto.

Asegura, asimismo, que el Tribunal encontró que no había regulación para fijar las tarifas y que ese mismo juzgador precisó que ello "*no debía ocurrir*", lo que demuestra que encontró en ese procedimiento graves fallas constitucionales y legales. No obstante lo anterior, dice, el *ad quem* pasó a afirmar, equivocadamente, que las tarifas estaban sujetas a la ley de la oferta y la demanda, lo cual no es de recibo en tratándose de los servicios públicos.

De otro lado, insistió en que la determinación de las tarifas fue unilateral y caprichosa, sin aprobación de ninguna entidad de control, de modo que lo cobrado en esas condiciones debía ser restituido a los usuarios, es decir, que tales montos eran los perjuicios que aquí se reclamaban.

Para finalizar, adujo que el cobro de las mencionadas tarifas implica una doble recuperación de los gastos de las entidades



financieras por el manejo de los dineros del público, pues tal y como ha reconocido la Superintendencia Financiera, dichos costos -que no tienen porqué trasladarse a los usuarios- deben estar incluidos en el margen de intermediación, o sea, en la ganancia obtenida por la captación y colocación del dinero.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El casacionista acusa que en la decisión de segunda instancia no hubo ningún pronunciamiento sobre la declaración que pidió, en torno a que los servicios financieros cobrados por la entidad demandada eran “*inconstitucionales*”, “*ilegales*”, “*injustos*”, “*incausados*” y “*exorbitantes*”.

Para dar respuesta a ese reproche, basta a la Corte señalar que cuando la sentencia es completamente desestimatoria para el demandante -o si se quiere, absolutoria para el demandado-, sólo se puede presentar la incongruencia “cuando el juzgador se aparta de los hechos aducidos por la partes y sólo con base en los que supone o imagina procede a la absolución” (Sent. Cas. Civ. de 26 de septiembre de 2000, Exp. No. 6388).

Dicho de otro modo, “*conforme a lo prescrito por el decreto 2282 de 1989, es dable admitir que en la actualidad ‘...es posible enjuiciar a través de la causal de incongruencia la sentencia totalmente absolutoria, cuando ella se profiera -con base- en hechos distintos de los alegados en la demanda...’ (Cas. 11 de abril de 1994), esto es, cuando lo resuelto por el juez no se articula armónicamente con la causa aducida para pedir*” (Sent. Cas. Civ. de 4 de abril de 2001, Exp. No. 5716).

Y más recientemente se acotó sobre ese tema lo siguiente:

“Tiene decantado la Corte que, en línea de principio, las sentencias completamente absolutorias no son vulnerables a los ataques por inconsonancia, pues ‘como es fácil advertirlo, siempre que



el sentenciador resuelva sobre la totalidad del litigio, no existe ninguna trasgresión al principio de la congruencia entre lo pedido y lo resuelto, como quiera que, en tal caso, se cumple a plenitud con la función jurisdiccional en ese proceso, sin que para ello tenga trascendencia si al decidir se acogen o se deniegan las pretensiones de la demanda, pues, en el evento de que el fallo sea adverso al actor, éste no resulta incongruente, ya que «distinto de no decidir un extremo de la litis es resolverlo en forma adversa al peticionario. En el primer caso el fallo sería incongruente y, en consecuencia, podría ser atacado en casación con base en la causal segunda; en el otro no, puesto que el fallo adverso implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte, que sólo podría ser impugnado a través de la causal primera si con él se violó directa o indirectamente la ley sustancial. De lo contrario se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuera favorable a las pretensiones del demandante, lo que a todas luces es inaceptable»' (G.J. T. LII, Pág. 21 y CXXXVIII, Págs. 396 y 397, G.J. t. CCXLIX, Pág. 739, reiterada en Sent. Cas. Civ. de 15 de marzo de 2004, Exp. No. 7132)...

No obstante lo anterior, la Corte también ha resaltado que las sentencias absolutorias son incongruentes si el juzgador 'al considerar los hechos sustentantes de la pretensión, no hace cosa distinta a la de despreocuparse de la demanda para tomar únicamente en cuenta aquellos que, de acuerdo con su personal criterio, resultan dignos de ser valorados' (G.J. t. CCXXV, Pág. 255), o, como también se ha expresado, con otras palabras, se trata de un 'yerro por invención o imaginación judicial, producto de la desatención o prescindencia de los hechos de la demanda' (Sent. Cas. Civ. de 27 de noviembre de 2000, Exp. No. 5529).

Así mismo tiene averiguado la Corporación¹ que la sentencia absolutoria puede resultar incongruente cuando declara probadas sin alegación de parte, cualquiera de las excepciones denominadas por la doctrina como 'propias', es decir, las de prescripción, nulidad relativa y compensación.

¹ Por todas, la sentencia de 7 de febrero de 2000, Exp. No. 5135.



En consecuencia, el fallo judicial a pesar de ser totalmente absolutorio puede caer en inconsonancia cuando decide al margen de los lineamientos fácticos alegados por las partes, o cuando el juzgador declara excepciones sobre las cuales carece de facultades inquisitivas” (Sent. Cas. Civ. de 24 de noviembre de 2006, Exp. No. 9188).

En el caso de ahora, la Corte encuentra que el Tribunal negó completamente las pretensiones de las demandantes, lo cual hizo después de fijar la mirada en los hechos alegados como *causa petendi*, sin que en su argumentación hubiera desbordado el ámbito fáctico de la demanda. Dicho de otro modo, nada extraño a la controversia trajo ese juzgador para decidir, como tampoco tuvo por probadas excepciones cuya alegación incumbiera exclusivamente al banco demandado.

A la postre, el Tribunal en ningún momento incursionó en escenarios ajenos al *thema decidendum* y, en todo caso, las quejas del casacionista tampoco se enderezan en ese sentido, de donde se concluye que la disonancia alegada no se pudo producir.

En consecuencia, el ataque por incongruencia presentado en el primer cargo está llamado al fracaso.

SEGUNDO CARGO

El recurrente reprocha la sentencia del Tribunal porque, en su criterio, dicha providencia vulnera, de manera **indirecta**, los artículos 1494, 1602, 1613, 1614, 1616 y 2341 del Código Civil, y 822 del Código de Comercio, por **errores de derecho** derivados de la violación de los artículos 37 -numeral 4º-, 177, 179, 180 y 307 del C. de P. C., 16 de la Ley 446 de 1998, y 34 y 62 de la Ley 472 de 1998.

Para sustentar el cargo, anotó cómo para el *ad quem* faltaban las normas que autorizaran el cobro de las tarifas por los servicios financieros prestados por la demandada y, con ello, “*si bien*



explícitamente... echó de menos la existencia de los perjuicios, también es cierto que implícitamente los reconoció”, pues dicho juzgador aceptó que hubo un cobro inconstitucional e ilegal que fue producto del abuso de la posición dominante.

Según explica, la naturaleza de esos perjuicios brota a simple vista del informativo, máxime si se observa que el legislador no ha regulado este servicio público -como sí lo ha hecho en otras áreas- y esa omisión no daba derecho a la demandada para que autorregulara sus tarifas.

También señaló que el artículo 177 del C. de P. C. no exige prueba de las afirmaciones o negaciones indefinidas contenidas en la demanda, esto es, que frente a ellas se invierte la carga probatoria, razón por la cual *“le correspondía a la parte demandada, para liberarse de sus efectos, como obligación procesal, demostrar plenamente lo contrario a los cuestionamientos realizados a las tarifas, esto es, que para fijar unilateralmente las tarifas tenía habilitación constitucional y legal, que sí son justas, que sí tienen causa y que no son exorbitantes. Como no lo hizo, las afirmaciones indefinidas efectuadas en el libelo debían producir todos los efectos probatorios correspondientes”*.

Igualmente, razonó que en este caso no se podía dar aplicación estricta al principio de la carga de la prueba, no sólo porque la demandada es quien cuenta con la tecnología y el personal especializado, sino además porque ello implica *“colocar a la parte actora, parte débil en la prestación de la actividad de interés público que nos ocupa, ante la imposibilidad de demostrar unos hechos indebidos: la falta de causa y la exorbitancia de las tarifas y, por ende, su injusticia”*. Es más, dice, *“los infinitos motivos que los banqueros tuvieron para fijarlas dónde y cómo las fijaron, única y exclusivamente son de su conocimiento; ni siquiera un perito podría llegar a establecerlas”*.

De otro lado, afirmó que el banco no allegó *“los estudios que dijo ha realizado para la cuantificación de los costos, la ponderación de los*



factores objetivos y la metodología empleada para el establecimiento de las tarifas”, pruebas que confirmarían los hechos plasmados en la demanda.

Prosiguió su acusación manifestando que el Tribunal debió decretar pruebas de oficio para determinar el monto del daño, cual prevé el artículo 307 del C. de P. C., o condenar *in genere* a la demandada conforme permite el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, en vez de proferir una sentencia absolutoria injusta. Por ello, adujo, se desatendió la aspiración constitucional de un orden justo, ya que esas probanzas eran decisivas y determinantes para resolver el conflicto con “*justicia social*”.

Además, censuró al Tribunal porque tampoco acudió a la equidad, a los indicios o a la comparación de casos semejantes, para liquidar el monto de los perjuicios, tal y como sugieren la doctrina y la jurisprudencia.

En criterio del censor, las pruebas solicitadas por la parte demandante fueron negadas con el argumento de que atentaban contra la reserva bancaria, sin tener en cuenta que esa reserva no puede estar por encima de la Constitución.

Añadió el recurrente que para el Tribunal el debate discurría en el ámbito de la responsabilidad civil a raíz del incumplimiento contractual, sin advertir que el asunto, en verdad, estaba enmarcado en la culpa derivada del abuso de la posición dominante, del enriquecimiento sin causa y del ejercicio arbitrario de las propias razones por parte del banco demandado.

Pide, por consiguiente, que se case la sentencia y, posteriormente, se decreten las pruebas de oficio que se consideren necesarias en procura de proferir el fallo de reemplazo.

TERCER CARGO



En esta acusación, se endilga a la sentencia del Tribunal la violación **directa** de los artículos 1494, 1602, 1613, 1614, 1616 y 2341 del Código Civil, 8º de la Ley 153 de 1887, 822 del Código de Comercio, 16 de la Ley 446 de 1998 y 34 de la Ley 472 de 1998.

En sustento de la crítica, se adujo que el Tribunal dejó de aplicar el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, norma de la cual se derivan los principios del abuso del derecho y del enriquecimiento sin causa, puesto que el juzgador nunca tuvo en cuenta que el demandado fijó sus tarifas de manera unilateral y caprichosa.

Igualmente, argumentó que el banco no actuó con buena fe contractual, además de que violó el debido proceso, el derecho a la igualdad, el orden justo invocado en el preámbulo de la Constitución y el principio de la primacía de la voluntad contenido en los artículos 1602 del Código Civil y 822 del Código de Comercio, al crear obligaciones sin autorización legal y sin contar con el consentimiento de los usuarios, pese a que en el servicio público financiero no caben ese tipo de imposiciones.

Destacó que *“así dicha voluntad se exprese, pierde valor cuando atenta contra el orden público, la buena fe contractual o la legislación nacional, como también cuando es producto de abuso de la posición dominante de una parte a la otra, pues si bien es cierto que la voluntad es autónoma, también es cierto que lo es dentro de los precisos linderos legales constitucionales, los cuales no pueden correr las partes”*. Sobre ese punto, manifestó que con los contratos de adhesión se anula la libertad de negociación y se propicia el abuso de la posición dominante, en contravía de los mandatos constitucionales.

Asimismo, acotó el censor que el banco recupera sus costos a través del margen de intermediación, de modo que el cobro de tan desmedidas tarifas sin autorización alguna y en forma inconstitucional, ocasionaba y sigue produciendo perjuicios injustificados a los usuarios. Por ende, acusó al Tribunal por desconocer que de acuerdo con el artículo 2341 del Código Civil, quien causa un daño como ese debe



indemnizarlo, y esa reparación no era otra que la devolución de lo ilegalmente cobrado con su respectiva indexación y los intereses de mora correspondientes.

El recurrente reprochó a ese fallador, de otro lado, por el desconocimiento de precedentes de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia y, para finalizar, refirió que no pueden atenderse los argumentos de la demandada, como quiera que nadie puede beneficiarse del abuso del derecho y de la posición dominante.

CUARTO CARGO

En el último cargo, el impugnante denuncia que se configuró la violación **indirecta** de los artículos 1494, 1602, 1613, 1614, 1616 y 2341 del Código Civil, 8º de la Ley 153 de 1887, 822 y 830 del Código de Comercio, 10, 20, 29, 78, 83, 95 -numeral 1-, 228, 230 y 365 de la Constitución y 16 de la Ley 446 de 1998, por "**errores de hecho**" en la apreciación de las pruebas y por "**error de derecho**" ocasionado por la trasgresión de los artículos 174, 177, 183 y 187 del C. de P. C.

El casacionista fustigó al Tribunal por apreciar indebidamente la certificación expedida por el demandado, en la cual constan los montos y tarifas de los servicios que cobra y por haber sentenciado que es connatural a los bancos la fijación de esos montos. "*En concreto -explica- equivocadamente el sentenciador (a) le asignó a esa prueba absoluto valor probatorio cuando carecía del mismo y de cualquier eficacia jurídica vinculante para los usuarios y (b) la valoró sin tener en cuenta que por no reunir los requisitos para su validez y eficacia jurídica, no podía surtir sus efectos y, mucho menos, tenerse como prueba, ya que no emanaba del Estado o de alguna autoridad delegada por él para regular y expedir el tema tarifario bancario, tal y como lo exige el ya citado artículo 365, requisito sin el cual no podía ser valorado y, al haberlo sido, se incurrió en error de derecho...*".



Además, reprocha al Tribunal por inapreciar el interrogatorio del representante legal del Banco Santander S.A., en el cual el funcionario confesó que dicha entidad cobra por sus servicios; que hay un comité para determinar esas tarifas; que en ese comité no participan los usuarios; que tuvo la posibilidad de allegar los estudios que realizó para fijar las tarifas y no lo hizo; y que esas tarifas no se remiten a ninguna autoridad estatal para su aprobación.

En su concepto, también se dejó de valorar la certificación del Banco Superior, en la que consta que ese establecimiento financiero no exige a los usuarios ninguna remuneración por los servicios financieros, lo que demuestra que *“no es connatural que los bancos cobren por los servicios bancarios que prestan, pues si así fuera, ningún banco dejaría de cobrarlos... Lo que sucede es que los que no cobran lo hacen porque son conscientes de que sus costos están incluidos en el margen de intermediación y, por ello, no abusan de su clientela al menos, en algunos conceptos o servicios”*, a lo cual añadió que *“si el Banco Superior no cobra por los servicios bancarios, es claro que ha existido abuso del derecho por parte del banco accionado, causándole daños patrimoniales al grupo actor”*.



Del mismo modo, dijo que el juzgador de segunda instancia no tuvo por acreditada -estándolo-, la exorbitancia de las tarifas que cobra el banco, aspecto que no requería una prueba científica o pericial, pues incluso han sido criticadas públicamente, según demuestran las copias de las publicaciones allegadas al proceso.

Alegó que el Tribunal no dio por establecida la manifiesta inconstitucionalidad e ilegalidad de las tarifas, a pesar de que en la contestación de la demanda y en el interrogatorio rendido por el representante legal del banco, se precisó que éste es quien fijó unilateralmente las tarifas, con lo cual se enriqueció sin causa y generó perjuicios a sus usuarios. Todo ello, según expone, atentó contra la Constitución, la ley y los precedentes que indican que esa regulación compete exclusivamente al Estado, por versar sobre un servicio público.

Finalmente, señaló que existió *“error de derecho... al no observar o aplicar el -artículo- 187 en concordancia con el 174 y 183 del C. de P. Civil, unidos al 177, que contiene una directriz legislativa al juez, esto es, un deber, de cuya observancia dependía y depende la suerte del derecho sustancial en litigio”*. Concluyó su acusación aseverando que la contemplación de las pruebas fue *“casi burda... cercenando lo que en sano Derecho ellas revelan, suponiendo lo que no dicen, ignorando su integridad y sobre todo, valorando inadecuadamente la falta de una norma legal que regule y autorice el cobro de las tarifas bancarias...”*.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Con el ánimo de precisar el marco conceptual sobre el cual se desarrolla la presente controversia, se hace menester un recuento tentativo sobre el concepto de los derechos colectivos, así como de los individuales homogéneos, e indagar por su origen y los mecanismos de protección que para ellos se han establecido. A ello procederá la Corte, luego de lo cual abordará tal temática desde la perspectiva de esas



instituciones en el derecho patrio, para más adelante dar respuesta a los cargos formulados.

1. *Los derechos supra-individuales*

No siempre la ciencia jurídica se encasilla en el bifrontismo entre derechos *privados* y derechos *públicos*, esto es, entre aquellos cuya titularidad corresponde a las personas singularmente consideradas y aquellos que por su generalidad se hallan en cabeza de todos los miembros del conglomerado social.

En el intermedio, atravesando la referida dualidad de categorías y rompiendo esa estructura tradicional dicotómica, se encuentran los que la doctrina ha llamado derechos *supra-individuales* (también conocidos como *derechos colectivos en sentido amplio, meta-individuales, sobre-individuales* o *trans-individuales*), es decir, los que corresponden a una determinada *comunidad* o *colectividad*, o si se quiere, a agrupaciones con uniformidad de características y condiciones que, por su posicionamiento y su trascendencia social, merecen ser concebidas por la ley como un todo y, por lo mismo, ameritan recibir el tratamiento de entidades (ideales en todo caso) autónomas e independientes.

Básicamente, constituyen tipologías jurídicas que encontraron realce de la mano del discurso cosmopolita sobre los derechos humanos y, en especial, de los caracterizados como derechos de la tercera generación. Al respecto, es de recordar que "*después de la conferencia de la ONU de Estocolmo sobre medio ambiente -en 1972- surgió el concepto de derechos humanos de tercera generación, cuyo autor original fue el jurista checoslovaco, Karel Vasak. Años después, sobre todo a partir de 1981 en la conferencia de Aix-en-Provence, se consolidó esta expresión. La doctrina jurídica francesa ha hecho en este campo una contribución aceptada mundialmente la cual... complementa la concepción romanista de los intereses difusos y la da a ésta dimensión futura y global*"².



Esos derechos, se ha dicho, fueron impulsados por la doctrina en la segunda mitad del siglo XX con miras a incentivar el progreso social, elevar el nivel de vida de los pueblos y lograr la protección de los consumidores y del medio ambiente, con fundamento en principios como la solidaridad, la dignidad humana y la cooperación, desarrollados al abrigo de la noción del Estado Social de Derecho. Recuérdese que *“el reconocimiento y la necesidad de tutela de esos intereses pusieron de relieve su configuración política. En consecuencia, la teoría de las libertades públicas forjó una nueva ‘generación’ de derechos fundamentales. A los derechos clásicos de ‘primera generación’, representados por las tradicionales libertades negativas, propias del Estado liberal, con el correspondiente deber de abstención por parte del Poder Público; a los derechos de ‘segunda generación’, de carácter económico-social, compuestos por libertades positivas, con el correlativo deber del Estado a un dar, hacer o prestar, la teoría constitucional agregó una ‘tercera generación’ de derechos fundamentales, representados por los derechos de solidaridad, resultantes de los referidos intereses sociales”*³.

Sin embargo, hay que señalar que de los derechos supra-individuales o colectivos en sentido amplio, ya había noticia desde antaño. Así lo registran *“los estudiosos del derecho romano -el profesor Andrea di Porti, Universidad de Turín- refieren que existió el interdicto pretorio, para proteger intereses sobre-individuales, como la contaminación de la vía pública, tanto para prohibir actos, en su forma inhibitoria, como para exigir el pago de daños, en forma de indemnización. Era la tutela de la salubritas y de la res pública. Sobre estas instituciones romanas se apoyó Vitorio Scialoja hace más de cien años, en el siglo XIX, para expresar la idea de los intereses difusos: ‘diritti diffusi in tutti i membri della comunità, da esercitarsi percio da ciascuno di essi’...*

² Lucio Cabrera Acevedo, La Protección de los Intereses Colectivos o Difusos, XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, México, 1992, pág. 218.

³ Exposición de motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.



Cuando Scialoja expresa que son intereses y derechos difusos de todos los miembros de la comunidad, entiende que era en su época - siglo XIX- la comunidad nacional o regional... ahora debe entenderse que es la comunidad internacional, debido a la globalización que existe a fines del siglo XX, por las fuerzas crecientes del comercio internacional y del consumo masivo, por la explosión demográfica y urbana y, sobre todo, por las fuentes de consumo de energía y tecnología que contaminan sin tener límites.

Scialoja entiende que cada uno de los miembros de la comunidad puede ejercitar acciones ante los Tribunales para proteger sus intereses y derechos difusos, su idea conduce a que exista la acción popular -actio popularis, en el derecho romano- en el sentido que cada persona debe tener a su alcance el acceso a la justicia... En el derecho romano se protegían las res in uso público, os loca publica: áreas agrícolas, urbanas, edificios, calles, presas, caminos, ríos y cloacas públicas. La tutela de la res pública se efectuaba por el civis, quivis e populo, por los interdictos populares.

Eran acciones qua suum ius populi tumentur. Protegían el diritto público diffuso, como acción del individuo y miembro del pueblo, cuyo fundamento era el derecho de los ciudadanos sobre el uso común de la res publica. La base se encuentra en Ulpiano (Digesto 43, 8, 2, 2), que dice: loca enim pública utique privatorum usibus deserviunt jure scilicet sibatatis, non cuasi propria cuiusque. El populus romanos se concibe como una pluralidad de ciudadanos, no como una entidad abstracta distinta a los cives que la integran”⁴.

Los ‘derechos’ e ‘intereses’ *supra-individuales*, según viene de verse, constituyen una conquista posterior a la que subyace en la consagración política de los derechos civiles y políticos, así como la de los derechos sociales, económicos y culturales. Hoy por hoy, son reconocidos como garantías, poderes o simples conveniencias sociales

⁴ Lucio Cabrera Acevedo, La Protección de los Intereses Colectivos o Difusos, XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, México, 1992, pág. 212.



que van más allá del individuo y que tienen como fin la protección de agrupaciones que fungen como verdaderos actores sociales y económicos. Bueno es aclarar, además, que según tiene dicho la doctrina, *“existe identidad entre los conceptos de ‘interés’ y ‘derechos’ porque, una vez que los intereses pasan a ser amparados por el ordenamiento jurídico, ellos asumen el mismo status de un derecho, desapareciendo cualquier razón práctica o teórica que los diferencie”*⁵.

De esa manera, el ordenamiento jurídico reconoce una realidad y concibe una respuesta para regularla, pues advierte que existen actividades capaces de afectar simultáneamente vastos sectores de la sociedad y, ante ello, crea mecanismos para que se proteja al conjunto, al colectivo, a la masa, o si se quiere, a la agrupación de individuos mirada como tal, aunque no tenga personalidad jurídica propiamente dicha.

Así, por ejemplo, cabe mencionar a los consumidores de determinados productos, a los habitantes de una localidad, a categorías especiales de personas como pensionados, niños, discapacitados o ancianos, a ciertos gremios, etc., que por diversas circunstancias pueden llegar a tener intereses afines y comunes que deben ser salvaguardados por el derecho, no sólo por su importancia para la vida en sociedad, sino, además, porque con ello se posibilita el control para quienes desarrollan actividades de repercusión múltiple, al paso que se promueve una dimensión especial del acceso efectivo a la administración de justicia para casos en los cuales se discuten cuestiones que individualmente vistas pudieran carecer de valor, pero que para el grupo y la colectividad en general pueden tener una indiscutible relevancia.

⁵ Gidi Antonio, Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos, artículo publicado en La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos, Coordinadores Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-gregor, Ed. Porrúa, México, 2004, pág. 26.



De hecho, cuando no existe relación adecuada entre el costo y el beneficio de proteger un derecho, hay una tendencia al abandono, pues los dispendios de la protección y las barreras del acceso a la justicia inhiben a la víctima, lo cual crea un espacio de impunidad en el que medran grandes sujetos económicos que, en veces, se prevalecen de ese escaso interés subjetivo y de la merma de protección que ello apareja para derivar de allí pingües ganancias.

Surgió, pues, la necesidad de brindar tutela jurisdiccional a situaciones derivadas de la masificación y estandarización en los procesos de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios, así como por las nuevas estructuras de la economía, la consolidación de monopolios, la constante explosión demográfica, los avances tecnológicos y científicos y otros factores que rompen el equilibrio del mercado, fomentan asimetrías de hecho en las relaciones de poder y resienten el ideal del desarrollo humano sostenible. Precisamente la tendencia del Estado moderno es propiciar el reconocimiento de dichas agrupaciones como organismos independientes con el fin de que, en pie de igualdad y prevalidos de la fuerza que se deriva del ánimo gregario, reclamen sus derechos en procura de lograr un mayor grado de armonía y ecuanimidad en las relaciones sociales.

Como enseñó el profesor Mauro Cappeletti en las XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal *“para darnos cuenta de la novedad e importancia del fenómeno, debemos observarlo en sus aspectos sociales. El ‘problema social’ planteado por esos ‘nuevos derechos’, se explica solamente a la luz de una visión moderna de las sociedades contemporáneas. En ellas han surgido con gran urgencia relaciones típicas de las economías modernas, como el hecho de que la producción, distribución y consumo de los bienes se desarrolle en gran escala, y ya no más en una relación de ‘uno a uno’. De aquí deriva la necesidad del proceso civil, de reflejar en sus estructuras esta transformación revolucionaria de las relaciones económicas y sociales. Los ejemplos más evidentes son los de la protección de los consumidores y del medio ambiente. Un defecto aun secundario de un*



solo producto puede convertirse en perjudicial para miles, y hasta millones de consumidores; es similar el caso de la contaminación ambiental por parte de los grandes complejos industriales.

Si se debiera pretender la individualización de dicho daño, se obtendría, por un lado, la inmersión de las cortes de justicia en un sinnúmero de causas frecuentemente insignificantes, y se produciría, por el otro, de hecho, una verdadera denegación de justicia, porque la gran mayoría de consumidores y ambientalistas dañados no tendrían motivación, tiempo, poder económico, ni información suficientes para iniciar un proceso contra el potente productor o contaminador; y en el caso en que esto sucediera, el resultado del procedimiento sería tan irrisorio que el productor masivo y el gran contaminador no se verían efectivamente persuadidos de abandonar la actividad productora del daño..."⁶.

2. Clasificación de los derechos supra-individuales

Precisamente a ello se debe que -recientemente- las legislaciones de los países que hacen parte de la familia del *civil law* -entre ellas las de Iberoamérica- se hayan visto avocadas a superar la perspectiva individualista del ordenamiento jurídico, para dar cabida a una concepción con tono social, lo cual ha llevado a que por esa vía, se consagren positivamente -aunque sin ánimo de taxatividad-, los derechos que tienen la connotación de *supra-individuales*, haciendo incluso taxonomías que sirven al propósito de comprender mejor su alcance y contenido.

Recuérdese, en ese sentido, que dentro de los derechos *colectivos en sentido amplio*, la doctrina especializada ha distinguido entre los derechos *difusos* y los derechos *colectivos* propiamente dichos (*stricto sensu*), señalando, por ejemplo, que "...cuando el grupo de personas que se encuentran de forma común y simultánea en una

⁶ Mauro Cappelletti, La Protección de los Intereses Colectivos o Difusos, XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, México, 1992, pág. 246.



*misma situación jurídica con respecto a un bien que todos ellos disfrutan conjunta y solidariamente y respecto del que experimentan una común necesidad, sea determinado o determinable en su composición, en sus miembros, puede hablarse de interés **colectivo**. Cuando, por el contrario, se trata de una comunidad amplia e indeterminada de sujetos puede hablarse de interés **difuso**. Normalmente en el caso de los intereses colectivos existirá una vinculación jurídica de los miembros del grupo con un tercero o entre sí; en los difusos, en cambio, no existirá dicho vínculo jurídico y el único nexo entre los sujetos interesados estará formado por circunstancias fácticas contingentes. Ello hace que la comunidad de referencia del interés colectivo esté caracterizada por una mayor permanencia, a diferencia del interés difuso, que lo está más por las notas de mutabilidad u ocasionalidad”⁷.*

Conforme se aprecia, los derechos *difusos* son indivisibles y pertenecen a *comunidades* compuestas por una cantidad difícilmente determinable de sujetos que no están atados entre sí por ningún vínculo jurídico, sino que resultan ligados por hechos o circunstancias concretas que los aglutina a todos. Por ende, la defensa de ese tipo de derechos puede ser promovida por cualquiera que pertenezca a la comunidad, pues, al fin y al cabo, no actúa para sí, sino para aquélla.

Por su parte, los derechos colectivos *stricto sensu* -que también son indivisibles- pertenecen a conjuntos de individuos relacionados previamente, o sea, *colectividades* integradas por miembros determinados o determinables que comparten un vínculo jurídico previo -o relación jurídica de base-, ya sea entre ellos o respecto de un tercero, de modo que se crea una situación de comunicabilidad que -aquí también- habilita a cualquiera de los interesados para representar los intereses del todo.

⁷ Derecho Procesal Constitucional y Protección de los intereses colectivos y Difusos, artículo de Pablo Gutiérrez de Caviedes Hidalgo de Caviedes, publicado en Derecho Procesal Constitucional, Eduardo Ferrer Mac-gregor, coordinador, Ed. Porrúa, México, 2003, págs. 2734 y 2735.



3. *Acciones para proteger los derechos supra-individuales*

Y como no basta la mera consagración sustancial en el ordenamiento jurídico de esos derechos supra-individuales, los países de la familia del *civil law* han establecido, asimismo, diversos mecanismos procesales para: **a)** evitar su trasgresión y prohibir la realización de actos que los puedan llegar a vulnerar (*medidas de prevención*); **b)** lograr que termine esa vulneración cuando ésta ya se ha presentado (*medidas de cesación*); **c)** para hacer que las cosas vuelvan a su estado anterior cuando fuere posible (*medidas de restablecimiento*); o **d)** para que se indemnice a la comunidad o a la colectividad que se vio afectada cuando dichos derechos e intereses se vulneran (*medidas de reparación*).

En muchos casos, para lograr que por vía jurisdiccional se adopten las medidas de *prevención, cesación y restablecimiento* de los derechos supra-individuales, se ha acudido a las acciones populares -que se conocen, ya se sabe, desde el derecho romano- y, en otros, se han concebido nuevas acciones, como las colectivas (Vg. en Brasil).

Mientras tanto, para *reparar* los daños causados a los intereses de la comunidad o la colectividad previamente conformadas, según se trate de derechos *difusos* o *colectivos stricto sensu*, algunas legislaciones han implementado mecanismos como la fijación de indemnizaciones globales a favor del grupo afectado, las cuales se manejan por fondos especializados y se destinan a actividades a favor del todo, tales como promoción, educación, apoyo o reconstrucción de los bienes jurídicos afectados. Muestra de ello es la Ley brasileña 7347 de 24 de Julio de 1985, así como el Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

4. *Los derechos individuales homogéneos y su protección*

Pero además de la protección a los derechos *supra-individuales*, en muchas legislaciones se ha extendido el objeto de esas acciones o



se han establecido otras, para permitir que a través de ellas también se amparen los denominados *derechos individuales homogéneos*, esto es, derechos de origen común que fundamentalmente se caracterizan porque son en esencia divisibles frente a la totalidad y pertenecen a diversas personas (*pluri-individuales*) a quienes dada su uniformidad y por verse atados por una causa -jurídica o fáctica- común, se les brinda un tratamiento de clase. Quizá por ello han sido catalogados como derechos '*accidentalmente colectivos*' o '*tratados colectivamente*', porque aunque no están en cabeza de una comunidad o colectividad establecida previamente, en ellos predominan las cuestiones típicas de los individuos, razón que lleva a concluir que es útil y aconsejable una tutela pareja para todos.

Es preciso señalar que a diferencia de los derechos difusos o colectivos *stricto sensu* -cuyos titulares son comunidades o colectividades con existencia previa-, en los derechos individuales homogéneos la clase o grupo se crea a partir de la necesidad sobreviniente de un número plural de individuos aglutinados por un interés compartido, que buscan obtener protección jurídica.

Cabe insistir, desde luego, que dichos derechos *pluri-individuales* homogéneos provienen de un '*origen común*', el cual "*debe ser analizado, por consiguiente, en el sentido de garantizar la homogeneidad de los intereses, pudiendo ser considerados de origen común, tanto los intereses o derechos resultantes de un mismo hecho, como los resultantes de hechos tan sólo similares, pues lo indispensable para la tutela colectiva es que los hechos, por su simetría, determinen intereses homogéneos en substancia... Así, se trata -y eso es fundamental para bien comprender la estructura de la tutela jurisdiccional colectiva de los intereses individuales homogéneos- de derechos individuales y divisibles, típicos derechos subjetivos tradicionales, pertenecientes a titulares exclusivos, que admiten tratamiento general y colectivizado no sólo por su naturaleza, sino a partir de su homogeneidad, por construcción legislativa"⁸.*

⁸ Luiz Paulo Da Silva Araujo Filho, Derechos Individuales Homogéneos, artículo publicado en La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos,



El propósito de tutelar esos derechos *pluri-individuales homogéneos*, probablemente estriba en que si bien los afectados no hacen parte de una *comunidad o colectividad* que pueda mirarse como un todo, resulta que por compartir situaciones comunes que nacen a partir de un hecho también común, conforman una 'clase' -entendida como un número plural de personas en igualdad de condiciones- cuyos derechos, singularmente considerados, ameritan protección integral y unificada; de ese modo, también se propicia el control de actividades que afectan a un gran número de personas -se insiste, individualmente consideradas- que pueden ser víctimas del abuso de quienes ostentan una posición preeminente.

5. *Las class actions*

Ahora bien, la tendencia de proteger los derechos *pluri-individuales homogéneos*, tiene como referente inmediato a las denominadas *class actions* del derecho estadounidense. Éstas, que han sido un indiscutible patrón de referencia para recientes legislaciones del *civil law*, aparecen desarrolladas en la regla No. 23 del *Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)*, -reformada en 1966- cuyo tenor reza:

"a) Requisitos previos de una acción de clase. Uno o más miembros de una clase pueden demandar o ser demandados como partes representativas en nombre de todos sólo sí: (1) la clase es tan numerosa que el litisconsorcio de todos los miembros es impracticable, (2) hay cuestiones de hecho o de derecho comunes a la clase, (3) las pretensiones o defensas de las partes representativas son típicas respecto de las de los miembros de la clase y 4) las partes representativas protegerán equitativa y adecuadamente el interés de la clase.

Coordinadores Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-gregor, Ed. Porrúa, México, 2004, pág. 84).



b) Cuándo pueden ejercitarse acciones de clase. Una acción puede ejercitarse como acción de clase si se satisfacen los requisitos previos de la subdivisión (a), y además: (1) si el ejercicio de acciones separadas por o contra miembros individuales de la clase entrañaría un riesgo de (A) sentencias inconsistentes (contradictorias) o distintas con respecto a individuos miembros de la clase que impongan comportamientos incompatibles a la parte opuesta a la clase, o (B) Sentencias con respecto a individuos miembros de la clase que dispongan en la práctica de los intereses de otros miembros no partes o que menoscaben o impidan sustancialmente la aptitud de éstos para proteger sus intereses; (2) la parte que se oponga a la clase haya actuado o se haya negado a actuar por motivos referidos a la clase en general, haciendo apropiada una sentencia inhibitoria o declarativa con respecto a la clase en su conjunto, (3) El Tribunal considere que las cuestiones de derecho y de hecho comunes a los miembros de la clase predominan sobre cualesquiera otras cuestiones que afecten sólo a miembros individuales, y que una acción de clase es mejor que otros métodos disponibles para la justa y eficiente resolución de la controversia. Entre los motivos que es pertinente valorar se incluyen: (A) el interés de los miembros de la clase por controlar individualmente la prosecución o defensa de acciones separadas; (B) la extensión y naturaleza de cualquier litigio que concierna a la controversia ya iniciada por o contra miembros de la clase; (C) la conveniencia o no de concentrar la discusión de las reclamaciones en un foro particular; (D) las dificultades que podrían encontrarse en la tramitación de una acción de clase”⁹.

De esa manera, el derecho estadounidense reguló la posibilidad de que una sumatoria de sujetos con derechos individuales y divisibles respecto del todo acudiera a la jurisdicción, como demandante o demandado, al abrigo de una acción que se caracteriza porque: **a)** para su procedencia no se exige un número mínimo de miembros del grupo, sino que se torne ‘impracticable’ el litisconsorcio; **b)** los afectados deben tener posiciones comunes que hagan típicas sus pretensiones y

⁹ Traducción tomada de Pablo Gutiérrez de Caviedes Hidalgo de Caviedes, ob. Cit.



defensas; **c)** deben primar los intereses de clase sobre los individuales; **d)** uno o más miembros de la clase afectada puede hacer uso de esta herramienta procesal; y **e)** conforme explica la doctrina “...es posible obtener un resarcimiento de todo el daño causado por parte del demandado a la clase o categoría, de donde este resarcimiento será luego distribuido entre todos los miembros de la clase que no hayan renunciado decidiendo de ‘opting out’ de la acción”. Es más, según se añade, en las *class actions* “existe la ruptura, importantísima, con la concepción tradicional en materia de daños, según la cual el daño resarcible es solamente el sufrido por la parte en juicio, aquí, en cambio, a efectos de que la tutela sea eficaz, el daño a ser resarcido debe ser el daño global causado por el demandado”¹⁰.

Sin embargo, es de ver que allí predomina la protección de los individuos que, al integrarse, permiten el surgimiento de clases o categorías respecto de los cuales “hay cuestiones de hecho y de derecho comunes”. Entonces, tales acciones sirven al propósito de evitar la vulneración o lograr el restablecimiento de derechos pluri-individuales (*injunctive class actions*) u obtener la indemnización a favor de un gran número de personas a quienes se vulneran esos mismos derechos (*class actions for damages*).

6. Acciones populares y de grupo en Colombia

En lo doméstico, a más de la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción de inconstitucionalidad (que ya estaba entronizada), la acción de pérdida de investidura y el *habeas corpus*, la Carta Política de 1991 consagró expresamente las ‘*acciones populares*’ y las ‘*acciones de grupo*’, dentro del Capítulo III de los “*Derechos Colectivos y del ambiente*”, los cuales, ya se dijo, corresponden a los que la doctrina califica como de ‘tercera generación’.

¹⁰ Mauro Cappelletti, La Protección de los Intereses Colectivos o Difusos, XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, México, 1992, pág. 50



Importa aquí hacer énfasis en lo que tiene que ver con las acciones de grupo.

6.1. Desde sus inicios los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente destacaron que en determinadas circunstancias y en tratándose de intereses colectivos *“cualquier grupo de personas en representación de la comunidad podría adelantar acciones por daños y perjuicios contra quien los infrinja. Con ello se conseguiría que no solamente el Estado, sino también la comunidad, interviniera en procura de salvaguardar la competencia y controlar las prácticas monopolísticas...”* (Informe de ponencia de régimen económico, libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del Estado, Comisión Quinta, Gaceta No. 46, de 15 de abril de 1991, pág. 8).

Posteriormente, ese mismo cuerpo constituyente destacó que *“existen en el ámbito nacional instrumentos jurídicos especiales de defensa del consumidor o usuarios mediante procedimientos de carácter administrativo o jurisdiccional. Tal es el caso, por ejemplo, del Decreto Extraordinario 3466 de 1982 o de la Ley 9 de 1979, norma esta última que tutela exclusivamente la salud de los consumidores de drogas o alimentos.*

En el ámbito internacional, los derechos de los consumidores han sido reconocidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante las directrices para la protección de los consumidores, aprobadas por la Resolución 32-248 del 9 de abril de 1985. La ONU solicitó a los gobiernos, particularmente de los países en desarrollo, fortalecer la legislación en defensa de los consumidores, institucionalizando sus políticas sobre la materia en normas de la mayor jerarquía posible.

Constituciones como la de España, México, El Salvador y Perú garantizan la defensa de los consumidores...



Tradicionalmente los consumidores y usuarios han tenido una condición de inferioridad manifiesta ante los productores y comerciantes.

Frente a esta situación de debilidad, el artículo que recomendamos consagra expresamente la intervención del poder público en favor de los consumidores y usuarios para hacer efectivos sus derechos a la salud, seguridad, información, libre elección, adecuado aprovisionamiento, y para protegerlos también contra todo indebido aprovechamiento de sus condiciones de indefensión o insubordinación.

Al elevar la protección de los consumidores y usuarios a nivel constitucional, se pretende dotar al legislador de un sólido fundamento para crear nuevos instrumentos que amplíen el universo propio de su defensa en el ordenamiento nacional.

A continuación se presenta una breve consideración sobre cada uno de los derechos de los consumidores y usuarios cuya consagración recomendamos:

... 6. Derecho a la indemnización. Puesto que nuestra ponencia sobre derechos colectivos recomendamos incluir expresamente los derechos de los consumidores y usuarios en dicha categoría jurídica, de ellos se sigue que la responsabilidad por su desconocimiento y la consiguiente indemnización se sujetarán a los principios propios de la responsabilidad objetiva... (Informe de ponencia de los derechos colectivos, Comisión Quinta, Gaceta No. 46, de 15 de abril de 1991, págs. 22 y 23).

Luego, tras hacer énfasis en su diferencia con las acciones populares, la Asamblea justificó las acciones de grupo bajo la idea de que “las llamadas acciones de clase o de representación, propias del derecho anglosajón... están orientadas a la reclamación conjunta de una serie de derechos individuales que surgen como consecuencia de un daño o perjuicio colectivo imputable a una persona natural o



jurídica. Quien interpone la acción lo hace en nombre y representación de una clase determinada; la de todos aquellos que se encuentran en sus mismas circunstancias de hecho, para obtener una determinada prestación o reparación de carácter económico, que posteriormente habrá de liquidarse y distribuirse entre todos los integrantes de la clase. A diferencia de las acciones cívicas o populares, aquí no estamos frente a una actividad desinteresada en beneficio colectivo: por el contrario, quien ejerce la acción de clase tiene una pretensión privada que lo legitima en la causa, y son razones de economía y efectividad procesal de los derechos las que permiten acumular de manera indefinida las pretensiones" (Informe de Ponencia para primer debate en plenaria, mecanismos de protección de los derechos fundamentales y del orden jurídico, Comisión Primera, Gaceta Constitucional No. 77, 20 de mayo de 1991, pág. 8).

Finalmente, la Asamblea señaló que "*una acción ante los tribunales podría condenar a un determinado productor o suministrador de bienes o servicios por un daño colectivo que él infligió a un gran número de personas de manera similar y que de ninguna manera (sic) justificaría que fueran objeto de acciones jurídicas independientes, porque no habría la posibilidad de que cada uno de los consumidores afectados llevara a cabo por su cuenta este tipo de acción, por eso la acción de clase o la acción de grupo de manera preferencial se aplica a estos casos, en donde el daño colectivo es suficientemente grande como para que pueda ser tramitado a través de una acción judicial, y una vez establecido se siga de allí la indemnización a cada uno de los afectados"¹¹.*

6.2. Todo ese recorrido vino a condensarse en la actual redacción del artículo 88 de la Constitución, el cual prevé que "*la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente,*

¹¹ Sesión Plenaria de 10 de Junio de 1990.



la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

6.3. Con todo, hay que precisar que de esta forma de protección ya había desarrollos legislativos, en especial en el artículo 36 del Decreto 3466 de 1982, por el cual en su momento se dictaron normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictaron otras disposiciones.

El texto del denominado Estatuto del Consumidor, preveía en su artículo 36 la manera de indemnizar, a través de una acción de grupo, los daños causados a los consumidores por la mala calidad del producto o la vulneración del régimen de control de precios y medidas.

Igualmente, el artículo 76 de la Ley 45 de 1990 concibió una acción semejante para obtener la reparación de los perjuicios causados por impedir, restringir o falsear la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador, incurrir en prácticas de competencia desleal y utilizar información privilegiada para manipular el mercado.

De otro lado, el artículo 1.2.3.2. del Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores (Decreto 653 de 1993) consagró también una acción especial para reclamar la indemnización por los daños resultantes de operaciones en el mercado de valores, en las cuales se utilizara información privilegiada, o por la realización de operaciones no representativas del mercado, o por no suministrar información al mercado público de valores cuando la ley así lo exigía.



Finalmente, el numeral 3º del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), establecía la posibilidad de intentar una acción de clase con el fin de obtener la reparación de los daños causados por infringir las normas sobre competencia previstas en los numerales 1º y 2º de ese mismo cuerpo normativo.

Esas reglamentaciones de la acción de grupo, se caracterizaban principalmente por **a)** la utilización de los procesos verbal u ordinario civil, con algunas adhealas que estaban orientadas a permitir que por esa vía se protegieran los derechos del grupo; **b)** la posibilidad de que determinados organismos (ligas o asociaciones de consumidores, la Superintendencia Bancaria o la Superintendencia de Valores), representaran a las víctimas; **c)** el emplazamiento de todas las personas que tuvieran interés en la contienda; **d)** la extensión de los efectos de la sentencia a todos los interesados, pero únicamente en los casos en que la decisión fuera favorable al grupo; **e)** la necesidad de iniciar incidentes individuales, posteriores a la sentencia estimatoria, para cuantificar el daño causado a cada víctima y precisar el monto de la indemnización a su favor, con los respectivos soportes demostrativos.

6.4. Cual se anotó anteriormente, la reglamentación del artículo 88 de la Constitución de 1991 quedó en manos del Congreso de la República, quien cumplió el mandato constitucional a través de la Ley 472 de 1998, en cuyo artículo 86 se derogaron *"todas las disposiciones que le sean contrarias, y expresamente los trámites y procedimientos existentes en otras normas sobre la materia"*, es decir que el legislador optó por establecer un diseño novedoso e integral que cambió, significativamente, el trámite diverso que hasta entonces se daba a este tipo de acciones. Hubo, a partir de la entrada en vigencia de esa ley, un cambio estructural en relación con esta singular acción constitucional, no sólo por su contenido, sino por la unificación procesal.

Vale la pena memorar sobre tal aspecto, que en la exposición de motivos del proyecto No. 005 de 1995 presentado para ese fin, se



destacó que "la referencia más conocida que se tiene sobre ellas son las denominadas acciones de clase o representación (class actions) del derecho estadounidense.

Son institución propia del sistema del common law, y tienen su origen en la 'equity law', que ofrecía las soluciones legales adecuadas cuando los tribunales ordinarios carecían de los mecanismos idóneos y efectivos para administrar justicia. Por ello puede afirmarse que se aplicaba el equity law como complemento del derecho común, fundamentándose en el principio de equidad respecto de las relaciones entre los individuos.

Al desaparecer las 'Equity Courts', se concedió a los jueces la facultad de fallar en equidad (equity) y desde entonces se aplicó la acción de clase a los casos que involucraban el interés general...

Si bien existen en las legislaciones de Canadá e Israel también, ha sido en Estados Unidos donde el recurso a su utilización, particularmente a partir de 1966, año de la expedición de la Regla de Procedimiento Civil No. 23 (Federal Rule Of Civil Procedure, number 23), ha generado la mayor controversia y ha revolucionado en cierta manera la práctica judicial en ese país, obligando de paso a la definición jurisprudencial de diversos aspectos de la institución.

Lo cierto es que se ha convertido en mecanismo idóneo para la aplicación de leyes sobre el medio ambiente, la protección al consumidor, la defensa de los intereses de los pequeños accionistas frente a los abusos de quienes controlan las grandes sociedades anónimas, y la aplicación de la legislación antimonopólica" (Proyecto de Ley No. 005 de 1995, Cámara de Representantes, Gaceta Judicial No. 207 de 27 de julio de 1995, pág. 16).

Y en la exposición de motivos del Proyecto No. 084 de 1995, afín a la materia, se destacó que "*con el ejercicio de las acciones colectivas aquellas actividades que producen perjuicios a amplios sectores de la comunidad, como es el caso de la inadecuada explotación de los*



recursos naturales, los productos médicos defectuosos, la imprevisión de la construcción de una obra pública o la imprevisión de la construcción de una obra privada, el cobro excesivo de bienes o servicios, la alteración en la calidad de los alimentos, el fenómeno muy recurrente de la publicidad engañosa, los fraudes del sector financiero, contarán con nuevas vías jurídicas de mayor eficacia para solucionar los conflictos.

Las ventajas de estas nuevas acciones colectivas serán innumerables: agilidad y eficiencia en los procesos, permitirán que en un solo litigio se puedan tramitar numerosas peticiones y la sentencia produzca efectos ultrapartes. Ellas fortalecerán a los grupos humanos en conjunto, al permitir que los sectores vulnerables o los que conviven en circunstancias de mayor vulnerabilidad, de mayor riesgo, los que se encuentra en situación de desventaja económica, se ubiquen en una condición de igualdad y puedan enfrentar jurídicamente con viabilidad, con posibilidad de éxito, aquellos sectores más poderosos (Cámara de Representantes, Gaceta del Congreso No. 277 de 5 de septiembre de 1995, pág. 12).

Posteriormente, en el Senado de la República se evocaron las apreciaciones del profesor Luis Carlos SÁCHICA, quien precisó que *“respecto de las acciones de grupo, deben tenerse en cuenta estas observaciones en relación con el texto actual del proyecto:*

a) No involucran derechos colectivos. Lo que hay de común en la situación que plantean es la autoría y causa del daño y el interés cuya lesión debe ser reparada, que es lo que justifica su actuación judicial conjunta de los afectados -la parte demandante- integrada por una pluralidad de interesados.

b) Se trata de intereses individuales privados o particulares que, por lo mismo, deben ser regulados con criterios de derecho privado y sin ninguna asimilación con las acciones populares, ya que aunque previstas en el mismo artículo 88 constitucional, son materias distintas;



c) Por lo mismo, salvo en lo tocante con los mecanismos de la formación del grupo para efectos del trámite de la acción y la manera de hacer efectiva la condena a todos los integrantes de aquél, los principios, las actuaciones del juez y de las partes, las pruebas y los efectos de la sentencia, deben ser los vigentes para los pertinentes procesos ordinarios, porque nada justifica, sino la economía procesal, tratos preferenciales o de excepción, estando en juego intereses puramente privados" (Ponencia para segundo debate en el Senado, Gaceta del Congreso No. 167 de 28 de mayo de 1997, págs. 1 y 2)

6.5. Producto de esa discusión fue el artículo 3º de la Ley 472 de 1998, que definió las acciones de grupo como "*aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas*" y aclaró que "*La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios*", noción reiterada, en lo fundamental, por el artículo 46 ibídem.

El diseño procesal colombiano se caracteriza, entonces, porque:

6.5.1. No hay una acción unificada para lograr la tutela de los derechos *supra-individuales* y *pluri-individuales homogéneos*.

Por el contrario, existe una acción popular para "*evitar el daño contingente* (medida de prevención), *hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos* (medida de cesación), *o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible* (medida de restablecimiento)".

A la par de ello, se concibió otra acción, la de grupo, exclusivamente resarcitoria, para "*obtener el reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios*" (medida de reparación) causados a un "*número plural o conjunto de personas*", lo que deja ver que ella sólo abarca los derechos *pluri-individuales homogéneos*, circunstancia que la acerca, indudablemente, a las *class actions for damages*. A ese



respecto, el Consejo de Estado indicó que *“la exposición de motivos de la Ley 472 de 1998 señala como modelo de las acciones de grupo en el derecho colombiano las acciones de clase o representativas (class actions) del derecho norteamericano”* (Sentencia de 13 de mayo de 2004, Exp. No, 52001-23-31-000-2002-00226-01).

Ello quiere decir que la acción de grupo procede cuando se causen agravios individuales a un conjunto numeroso de sujetos que se encuentran en situaciones homogéneas, agravio que se puede producir por la violación de cualquier derecho, ya sea difuso, colectivo o individual, de carácter contractual, legal o constitucional.

Esa conclusión aparece reforzada por la sentencia C-1062 de 2000 de la Corte Constitucional, en la cual se declararon constitucionales las expresiones *“derivados de la vulneración de derechos e intereses colectivos”* contenidas en el artículo 55 de la Ley 472 de 1998, *“en el entendido de que con su interpretación y aplicación no se excluyan los demás derechos subjetivos de origen constitucional o legal, cualquiera que sea su naturaleza, como derechos igualmente amparables por las acciones de clase o de grupo”*.

De esa forma, la Corte Constitucional precisó que las acciones de grupo permiten exigir el pago de los daños causados a un número plural de personas, cuando quiera que se quebrantan sus derechos individuales a raíz de una causa común, y debido a esa circunstancia se deja a aquéllas en una situación que amerita tratamiento uniforme. De hecho, en esa sentencia se dijo que *“las personas que se han visto afectadas en un interés jurídico deben compartir la misma situación respecto de la causa que originó los perjuicios individuales y frente a los demás elementos atribuibles a la responsabilidad; es decir, que el hecho generador del daño sea idéntico, que ese hecho haya sido cometido por el mismo agente, o sea referido a un mismo responsable, y que exista una relación de causalidad entre el hecho generador del daño y el perjuicio (sic) por el cual el grupo puede dirigir la acción tendiente a la reparación de los perjuicios (sic) sufridos”*.



Entonces, las únicas indemnizaciones susceptibles de reclamación mediante las acciones de grupo, son aquellas que corresponden a los sujetos que pertenecen al grupo afectado (num. 3º, art. 65 de la Ley 472 de 1998), quienes sufren -como se dijo- múltiples perjuicios individuales que se agrupan, originado en una fuente común o por una causa que, de modo simultáneo, agravia múltiples intereses.

6.5.2. La ley exigió que la categoría de clase o grupo de personas afectadas estuviera compuesta, cuando menos, por 20 personas. No obstante, recientemente la Corte Constitucional, en la sentencia C-116 de 2008, declaró inexecutable el inciso 3º del artículo 46 *"...en el entendido de que la legitimación activa en la acciones de grupo no se requiere conformar un número de 20 personas que instauren la demanda, pues basta que un miembro del grupo que actúe a su nombre establezca en la demanda los criterios que permiten establecer la identificación del grupo"*. De ese modo, la carga del accionante en torno a la conformación del grupo, se reduce a determinar cuál sería el conjunto de personas que se ve afectado y los rasgos constitutivos necesarios para identificar e individualizar a sus miembros, como víctimas que son de una agresión común.

6.5.3. La legitimación para formular la acción de grupo es amplia, pues recae: **a)** en las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual; **b)** en el defensor del pueblo; y **c)** en los personeros municipales y distritales, cuando los interesados se encuentren en situación de desamparo o indefensión. Además, la ley contempla la posibilidad de que el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos 'financie' la promoción de tales acciones, caso en el cual obtendrá una participación del 10% de las indemnizaciones que llegaren a ordenarse.

Es de resaltar que en el derecho patrio, no se contemplan entes especializados para que promuevan la defensa de los derechos colectivos, como sí sucede, por ejemplo, con el *ombudsman* para la defensa del consumidor en Suecia, el *Director General of Fair Trading* en el Reino Unido o *el Director of Consumer Affairs* de Irlanda.



6.5.4. Por otra parte, el párrafo del artículo 53 de la Ley 472 de 1998 prevé que el juez debe “*valorar la procedencia de la acción*” en los términos de los artículos 3º y 47 *ibídem*, esto es, que además del examen formal de la demanda, ha de hacer un análisis para verificar si se consumó el término de caducidad previsto en el primero de dichos preceptos, al paso que ha de constatar que existe un grupo de sujetos, en condiciones uniformes, que padece perjuicios individuales derivados de una causa común y cuyo propósito exclusivo es lograr el pago de la correspondiente indemnización.

6.5.5. La indemnización que -de manera genérica- se asigna al grupo, constituye un estimativo único que equivale a la “*suma ponderada de las indemnizaciones individuales*” (numeral 1º, artículo 65 Ley 472 de 1998).

Por ello, en este tipo de casos se acude al criterio ponderado del juez para que, de acuerdo con las circunstancias del caso y las pruebas recabadas, incluso atendiendo “*los principios de reparación integral y equidad*” y observando “*los criterios técnicos actuariales*”, como manda el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, fije una condena genérica que luego se repartirá proporcionalmente, de acuerdo con los grupos o subgrupos que se determinen en la sentencia, velando porque se cumpla la homogeneidad interna de cada segmento de víctimas.

La Ley 472 de 1998, abandonó el sistema previsto en el Estatuto del Consumidor de 1982, que consistía en dictar una sentencia de condena (*an debeatur*) y dar un término para que posteriormente los interesados formularan el incidente de liquidación de perjuicios (*quantum debeatur*), con lo cual se evita la necesidad de adelantar actividades procesales posteriores al proferimiento del fallo.

Por ende, quien acude a esta acción debe saber que el tratamiento que recibirá es similar al de los demás componentes del grupo -o subgrupo-, al punto que la reparación del daño no atiende necesariamente su extensión efectiva y concreta, sino que corresponde



a una parte (porción) de la reparación total fijada por el juez. Precisamente para ello se creó el Fondo Para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos (a cargo de la Defensoría del Pueblo), encargado de decidir, mediante acto administrativo, el reconocimiento y pago de las indemnizaciones para los interesados que concurren, tomando en consideración las proporciones señaladas por el juez.

Además, se prevé que si la indemnización fijada es insuficiente para atender todas las solicitudes presentadas, *“el juez o el magistrado podrá revisar, por una sola vez, la distribución del monto de la condena”*, al paso que si quedan excedentes después de haber atendido todas las reclamaciones, éstos *“serán devueltos al demandado”*.

En últimas, esa forma de reparación, como está concebida, representa un mecanismo disuasivo frente a quien causa el agravio al conjunto de individuos, al paso que también sirve de incentivo para que los interesados acudan a la jurisdicción.

Sobre la forma de estimar el daño, la Corte Constitucional expresó que, en todo caso, *“nada impide que el juez de una acción de grupo analice colectivamente las condiciones de responsabilidad que justifican el deber de reparación que podría recaer en la parte demandada, pero proceda a individualizar y distinguir los daños, en el evento en que los daños y perjuicios no sean uniformes. Es más, esa individualización del daño y del perjuicio, en los eventos en que sea posible y necesaria, parece no sólo exigida en cierta forma por el propio tenor literal del artículo 88 superior, que habla de ‘daños’, y no de ‘daño’, sino que, además es plenamente armónica con el interés protegido por la acción de grupo, que es, como se explicó anteriormente, un interés de grupo divisible. En efecto, si el interés es divisible, ¿por qué los daños deben ser uniformes?”* (numeral 79 de la sentencia C-569 de 2004).

Desde luego, también subsiste la posibilidad de entender que cuando la magnitud económica del daño causado a las víctimas no sea



idéntica para todos los miembros del grupo, los que no quieran someterse a una sentencia como la que contempla el artículo 65 de la Ley 472 de 1998, pueden pedir que se les excluya del proceso para así iniciar las acciones de carácter individual, conforme permite la Constitución al consagrar que este tipo de acciones pueden ejercitarse “*sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares*”.

6.5.6. Es característico en este tipo de acciones, el ahorro en la actividad judicial, en el tiempo y en los gastos procesales, al paso que propende por decisiones uniformes frente a un supuesto fáctico común en beneficio indiscutible de los derechos a la igualdad y a la seguridad jurídica, así como de la realización del principio de economía procesal.

6.5.7. También hay que decir que aunque se trata de una acción de reparación, requiere una previa declaración de responsabilidad. La metodología procesal enseña que la pretensión de indemnización de perjuicios es consecencial, esto es, que depende de que previamente se establezca la responsabilidad del demandado. Por eso, en este tipo de eventos debe esclarecerse primeramente la fuente ‘común’ de los daños, esto es, que en comienzo debe verificarse la existencia de un comportamiento antijurídico capaz de causar agravios a un grupo o conjunto de sujetos que no tenían porqué soportarlos. En otras palabras, “*por tratarse de una acción indemnizatoria, lo primero que debe verificarse es si realmente se causó el daño que alegan los demandantes y cuya indemnización reclaman y, en caso afirmativo, establecer posteriormente si tal daño, además de ser antijurídico, es imputable a la entidad demandada por haber sido generado por su acción u omisión*” (Consejo de Estado, sentencia de 3 de marzo de 2005, Exp. No. 25000-23-25-000-2003-01166-01).

De allí se sigue que si no se puede imputar responsabilidad a quien se endilga la conducta, la acción de grupo no está llamada a prosperar, precisamente porque en esas condiciones, no es posible ordenar el resarcimiento del perjuicio.



En suma, además del anhelo de promover el deber de solidaridad y la participación democrática, podría decirse que esta herramienta responde en buena medida a los principios de economía, eficiencia y eficacia procesal. Quiso el legislador dotar a los asociados de un mecanismo de control para actividades estereotipadas de comprensión masiva, es decir, que por el camino de simplificar el acceso a la administración de justicia y crear un procedimiento especial, contribuyó a facilitar el acceso a la jurisdicción para determinar la responsabilidad por la realización de ciertos actos que menoscaban los intereses individuales de un buen número de personas.

Entonces, además de que los agraviados cuentan con la posibilidad de acudir individualmente a los procesos comunes para reclamar el pago de los daños que pudieron padecer, también están facultados para promover la acción de grupo, caso en el cual bastará la iniciativa de uno cualquiera de sus miembros o de algunos de ellos.

7. Ahora bien, de cara a la censura que en este caso se hace a la sentencia del Tribunal, es de ver que en el cargo tercero, en el que se acusa la violación directa de normas sustanciales, el recurrente se limita a plantear su particular percepción sobre el asunto debatido, sin dilucidar el desacierto que habría conducido al *ad quem* a desestimar las súplicas de la demanda. Además, el casacionista aduce la inaplicación de los principios del abuso del derecho, del enriquecimiento sin causa y de la buena fe, pero deja huérfana de explicación esa denuncia, en tanto que no pone en evidencia los motivos que permitirían vislumbrar la equivocación del Tribunal.

Además, en este cargo el censor recrimina al sentenciador de segunda instancia por desatender el principio de la autonomía privada, tras ello señala que en los contratos de adhesión -como los celebrados con los bancos- dicha voluntad no existe y, más adelante, afirma que si ésta se expresara sería inválida, lo que deja ver que su planteamiento en torno al tema es incoherente, pues divaga indistintamente sobre varias hipótesis que no permiten identificar el verdadero sentido de la acusación.



8. Sin embargo, aun dejando de lado esas deficiencias, debe decirse que en todo caso el *ad quem* no incurrió en la vulneración de las normas sustanciales que gobiernan la materia.

8.1. En efecto, si bien el Tribunal llamó la atención sobre la falta de regulación en lo referente a las tarifas que cobran las entidades financieras por sus servicios, a renglón seguido destacó que en el actual estado de cosas ese tipo de cobros no estaba prohibido o limitado por la ley.

De hecho, el *ad quem* concluyó que mientras no hubiera una reglamentación sobre el tema, el precio de esos servicios estaba sometido al juego libre de la oferta y la demanda, es decir, a las fuerzas del mercado, de modo que en esas circunstancias el Tribunal no halló un comportamiento antijurídico que abriera la posibilidad de declarar la responsabilidad del banco demandado o, mejor dicho, no encontró motivos para condenarlo al resarcimiento de perjuicios reclamados por las accionantes, conclusión que en el fondo encierra la idea de que actualmente tales costos no resultan inconstitucionales, ni ilegales, pues no hay precepto jurídico que proscriba su fijación.

8.2. Precisamente sobre esa materia, la Superintendencia Bancaria, en su momento, sostuvo que las entidades sujetas a su inspección y vigilancia "tienen plena autonomía para fijar las tarifas que cobran por los servicios que prestan a sus clientes, sin que esta entidad tenga injerencia al respecto. Fundamento de lo anterior es la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 2 de mayo de 1968 con ponencia del Doctor Guillermo Ospina Fernández, mediante la cual se declaró inexecutable el Decreto 1988 de 1966 que autorizaba a la Asociación Bancaria de Colombia para unificar las tarifas de comisiones por los servicios bancarios y a su vez, facultaba a la Superintendencia Bancaria para que aprobara dichas tarifas y vigilara el cumplimiento que las entidades le daban, so pena de imponer las sanciones legalmente previstas. Esta sentencia en uno de sus apartes afirma: '(...) es así que no existe ley alguna que autorice al Gobierno o a la Superintendencia



Bancaria para fijar las tarifas de los bancos para los servicios que prestan (...). En este orden de ideas, las entidades financieras tienen plena autonomía para fijar las tarifas que cobran por concepto de los servicios que prestan a sus clientes, siempre que estas les hayan sido previamente informadas, y de la misma manera, estos últimos tienen libertad para decidir si aceptan las condiciones -por tratarse de contratos de adhesión- o desistir de convenir con la institución que les ofrece el servicio para acudir a otra de las alternativas que existen en el sector financiero"(Concepto No. 1998014285-2 de 6 de abril de 1998).

Más recientemente, la Superintendencia Financiera, señaló que dentro de las facultades que le asigna el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero "no se encuentra la de regular o autorizar las tarifas que cobran las instituciones financieras (entre ellas los bancos) a sus clientes por los diferentes servicios que prestan (acceso a sistemas telefónicos, telemáticos, acceso a Internet, cobro de remesas, etc.) a lo que se suma el hecho de no existir normatividad alguna que unifique sus montos... En ese sentido, para que proceda el cobro de sumas de dinero por concepto de los servicios financieros, los mismos deberán originarse en una estipulación convencionalmente establecida entre las partes contratantes en las cuales es válido establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar en que puede percibirse dicha remuneración así como también las bases de cuándo la misma puede ser exigida por el acreedor de la obligación estipulada, aspectos que indudablemente no están regulados expresamente en norma alguna"(Concepto No. 2006000504-001 de 3 de marzo de 2006, reiterado en Conceptos Nos. 2007038779-001 de 24 de agosto de 2007 y 2008026805-001 de 11 de junio de 2008).

Síguese de lo anterior que no puede catalogarse como ilegal o inconstitucional el cobro de las tarifas para los servicios que prestan las entidades del sector financiero, puesto que en tal materia no existen restricciones o limitaciones de carácter positivo, sino que la autonomía privada se expresa en principio dejando que sean las reglas de la oferta y la demanda las que sancionen el exceso, mediante la movilidad del consumidor según las señales favorables del mercado.



8.3. Aunado a ello, existe en el sistema financiero la posibilidad de que cada usuario conozca los servicios ofrecidos por las entidades del ramo y se vincule al establecimiento cuyas tarifas resulten más atractivas. Así, pues, en la materia es viable agotar el derecho a la información que prevé el numeral 1º del artículo 97 del estatuto orgánico del sistema financiero, precepto en virtud del cual *"las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Es más, la propia Superintendencia Financiera ha señalado que *"si bien es cierto la mayoría de los vínculos jurídicos formalizados por las entidades financieras con sus clientes se caracterizan por corresponder a los denominados contratos de adhesión, también lo es que existe la obligación para dichas instituciones de informar de manera clara y transparente las condiciones del producto, con el objeto de que usuarios y/o potenciales clientes cuenten con la posibilidad de conocer con antelación los derechos y obligaciones que se derivan de la respectiva relación comercial y decidir si contratan o si continúan vinculados con ocasión de eventuales modificaciones"* (Concepto No. 2007042833-001 de 5 de septiembre de 2007) y posteriormente acotó: *"la especialidad propia de la actividad financiera exige la asunción de especiales deberes por parte de las instituciones que las realizan, entre los cuales... cabe destacar el de informar a los clientes los costos y demás erogaciones que los mismos habrán de asumir en contraprestación de los servicios recibidos. El cumplimiento de esta obligación está orientado a que las operaciones del sistema se realicen con la transparencia necesaria que demanda la legislación financiera y a garantizar a los clientes, usuarios y consumidores la posibilidad de conocer y valorar las mejores opciones que les ofrece el mercado, para tomar las respectivas decisiones debidamente informados. La disposición que se refiere a la obligación en comento está consagrada en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993... en esta*



misma dirección el numeral 5 del artículo 98 del referido cuerpo normativo señala que las instituciones financieras deben proporcionar a sus clientes información suficiente y oportuna, permitiendo así la adecuada comparación de las condiciones financieras ofrecidas en el mercado... Sobre el tema, es de anotar que a partir de junio de 2006 esta Superintendencia instituyó un canal de divulgación de las tarifas de los productos y servicios que ofrecen dichas instituciones, con base en la información que las mismas remiten. Dicha información puede ser consultada por los interesados accediendo a la página web de la entidad”(Concepto No. 2007027884-001 de 26 de junio de 2007).

Para la Corte, en lo que aquí concierne, no existen elementos de juicio de los cuales se pueda inferir que las demandantes no tuvieron la oportunidad de conocer el valor de los costos que tenían los servicios prestados por el banco demandado, ni cabe afirmar -tampoco se dice en la demanda- que fueron sometidas a engaño en el momento en que solicitaron el suministro de esos datos, con el ánimo de afectar su libertad contractual.

8.4. Ha de tenerse en cuenta, además, que en este tipo de casos resulta aplicable el artículo 98 *ibídem*, en el sentido de que *"están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre empresarios, las decisiones de asociaciones empresariales y las prácticas concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador"*, regla que armoniza con el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 -modificado por el artículo 1º del Decreto 3307 de 1963, que prohíbe expresamente *"los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos, o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos"*.

De esa forma, no podrían los establecimientos financieros hacer acuerdos para fijar tarifas uniformes, en tanto que ello sí que iría en



detrimento de las reglas de competencia consagradas en la Constitución y en las demás normas que gobiernan la actividad financiera. Bajo esa perspectiva, han de tomarse en consideración las certificaciones allegadas al proceso, para hacer ver que existen entidades bancarias que tienen tarifas más bajas que las del banco demandado, esto es, que tales probanzas acreditan, en últimas, las diversas alternativas con las que cuentan los usuarios, de acuerdo con las normas que promueven la libre competencia.

8.5. Ahora bien, no puede pasarse por alto que a la luz del artículo 335 de la Constitución Política la actividad financiera es “*de interés público*” y que, de acuerdo con precedentes jurisprudenciales, ha sido catalogada como un servicio esencial (Corte Constitucional, Sentencia SU-157 de 1999).

Tampoco ha de negarse que las empresas dedicadas a esa labor en principio ostentan una posición dominante, pues según se sabe, *“la banca en sus diferentes manifestaciones es una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican disponen de un enorme poderío económico que ‘barrenando los principios liberales de la contratación’ como lo dijera un renombrado tratadista (Joaquín Garrigues, Contratos Bancarios, Cap. I, Num. II), les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponer a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar...”* (Sent. Cas. Civ. de 19 de octubre de 1994, Exp. No. 3972).

Y sobre la posibilidad de que exista abuso en ese tipo de actividades regentadas, normalmente, por una relación contractual, la Corte, ciertamente, precisó que *“el acto ilícito abusivo... tiene su fisonomía jurídica propia y en buena medida autónoma, por lo que no siempre implica de suyo un supuesto de responsabilidad extracontractual o aquiliana; también puede justificar la reparación pecuniaria de daños conforme a las reglas de la responsabilidad contractual”*, para luego señalar que *“tratándose de la autonomía de la*



voluntad privada y el conjunto de facultades con que en virtud de ellas cuentan las personas, facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quien realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aún encontrándose vinculado por el negocio y por fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, puede exigir la correspondiente indemnización...", de donde concluyó que "las entidades de crédito cuando incurren... en las que suelen denominarse 'malas prácticas bancarias' que lesionan la normatividad vigente, la buena fe o el esmero profesional con que dichas instituciones siempre deben operar en beneficio de sus clientes, puede ser fuente de abuso dada la amplia capacidad de dominio en la negociación con que cuentan, abuso que debidamente comprobado y de acuerdo con el principio general enunciado líneas atrás, le suministra base suficiente a las pretensiones resarcitorias que invocando esta modalidad de ilicitud civil, sean entabladas para obtener la reparación de los perjuicios causados".

Igualmente, allí también se anotó que "esa ilicitud originada por el 'abuso' puede manifestarse de manera subjetiva -cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno, o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder- o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo" (Sent. Cas. Civ. de 19 de octubre de 1994, Exp. No. 3972).

No obstante, en el caso de ahora no podría afirmarse que el cobro de los servicios bancarios constituye, *per se*, un abuso de la posición dominante, y menos si se tiene en cuenta que no hay evidencia de que el banco hubiera impedido u obstaculizado la migración de usuarios hacia instituciones que ofrecieran condiciones más favorables. No es evidente, entonces, que los intereses del grupo



de usuarios hayan sido lesionados, ni es posible afirmar que el proceder de la demandada sea contrario al ordenamiento jurídico.

Por el contrario, es razonable entender que si tales entidades realizan inversiones para ofrecer productos y soluciones tecnológicas que van más allá de la simple recepción y entrega del dinero en las oficinas habilitadas para tal fin, queda abierta la posibilidad de que alguna retribución legítima obtengan por esa función como retorno de su inversión y como tasa de ganancia, en condiciones de competencia que premian la mejora del servicio y castigan los mayores costos o el atraso tecnológico con la salida de los consumidores, siempre y cuando se cumpla con el deber de dar plena información al consumidor financiero.

8.6. De otro lado, si esas tarifas son aceptadas por los usuarios cuando de manera libre -se insiste- deciden vincularse contractualmente a los establecimientos financieros, es apenas obvio que tampoco podría decirse que son gastos incausados, como quisieron hacer ver las demandantes. A la postre, esas tarifas sí tienen un fundamento jurídico, consistente en la voluntad de las partes reflejada en el ofrecimiento de las entidades financieras y en la aceptación -así sea por adhesión- de sus clientes. Valga recordar que el propio recurrente menciona alguna institución financiera que ofrece gratuidad o costos menores, circunstancia que resalta la libertad de elección que existe en estos eventos. Es preciso acotar, además, que la *"particular protección de la libre competencia tiene como estribo las bondades que de ella emanan y que se evidencian en el eficiente funcionamiento de los diferentes mercados y en la posibilidad que le brindan al consumidor de escoger entre diversas cantidades y calidades de productos y servicios, y gozar de las últimas innovaciones a mejores precios, amén que estimula a los empresarios para aumentar su eficiencia, sin olvidar que propende por la protección del interés público materializado en el beneficio que obtiene la comunidad de una mayor calidad y mejores precios; y, en fin, porque fomenta el respeto al principio constitucional a la igualdad"* (Sent. Cas. Civ. de 19 de diciembre de 2005, Exp. No. 4018).



8.7. Agrégase a ello que, hasta ahora, la única prohibición que trae el artículo 20 de la Ley 35 de 1993 frente a *“la libertad de establecer los costos de producción de un bien o servicio financiero”*, es trasladar los gastos de propagandas comerciales a los usuarios, pues como se ha reconocido por la jurisprudencia constitucional, esa limitación *“es el resultado no del desconocimiento de la libertad económica y de la libre competencia, sino de los límites que a los derechos económicos imponen la protección del interés general, la prevalencia del bien común y el deber para las autoridades de proteger los intereses de los consumidores -en este caso, representados por los usuarios de los servicios financieros- que son también postulados fundamentales en el Estado Social de Derecho, de los que emanan límites y condicionamientos constitucionalmente válidos a su ejercicio... la ratio que justifica la prohibición de transferir a los ahorradores o usuarios de los servicios financieros o aseguradores los costos de las campañas promocionales por incentivos es, precisamente, evitar que los costos causados por las campañas publicitarias o por las promociones comerciales mediante incentivos que, desde luego, se suman a los costos de producción del producto o servicio, sean transferidos en forma soterrada al usuario del producto o servicio promocionado, pues ello, indudablemente, se traduciría en un menor rendimiento o retribución que, sin lugar a dudas, afectaría sus intereses económicos... Es, pues, claro que los límites a la libertad de establecer los costos de producción de un bien o servicio financiero que, ciertamente, implica la decisión del Legislador de obligar a las entidades financieras a asumir los ocasionados por la publicidad que hagan para promocionar su imagen o servicios, mediante incentivos tales como premios, seguros y similares, se vislumbran como razonables”*(Corte Constitucional, Sentencia C-332 de 2000).

8.8. En ese orden de ideas, el derecho a informarse y la posibilidad de contar con varias alternativas para contratar libremente los aludidos servicios financieros, sumados al hecho de que no se demostró la existencia de pactos restrictivos de la competencia o la realización de procedimientos no autorizados por la ley, arruinan la



posibilidad de atribuir responsabilidad alguna al banco demandado, lo cual, de contera, descarta la procedencia de la indemnización rogada.

8.9. En suma, el Tribunal no incurrió en los errores jurídicos que el recurrente denunció, pues ninguno de los preceptos o principios invocados en el cargo aparece quebrantado. Por ende, la conclusión de ese juzgador, según la cual de ninguna de tales normas se deduce la ilegalidad de los cobros que las entidades bancarias realizan a sus clientes por la prestación de los servicios, está fundada en un juicio que debe ser respetado en esta sede, tanto más si se observa que según tiene dicho la Corte, *"en sistemas como el colombiano donde no se cuenta con una definición legal del 'abuso', sus existencia debe ser apreciada por los jueces en cada caso, en función de los objetivos de la regla de derecho frente a la cual esta figura adquiere relevancia... los Tribunales sabrán en cada caso hacer uso del saludable poder moderador que consigo lleva la sanción de los actos abusivos"* (Sent. Cas. Civ. de 19 de octubre de 1994, Exp. No. 3972).

8.10. Así las cosas, al mantenerse enhiestos los pilares jurídicos de la sentencia acusada se frustraba por completo la posibilidad de acceder a las súplicas de la demanda, pues no cabía atribuir ningún abuso o ilicitud a la entidad demandada y, de contera, tal ausencia de responsabilidad cerraba el paso a la indemnización de perjuicios para el grupo representado por las demandantes.

9. Ahora bien, en el cargo segundo, el casacionista aduce que el Tribunal cometió error de derecho por no tener en cuenta las afirmaciones y negaciones indefinidas que realizó en la demanda, ni advertir que en este caso ha debido invertirse la carga de la prueba en razón de que el demandado cuenta con tecnología y personal especializado.

De otro lado, dijo que el juzgado no decretó pruebas de oficio, ni acudió a la equidad o a casos semejantes para determinar el monto del daño, sin contar con que -a su juicio- ese juzgador se abstuvo de requerir al Banco Santander S.A. para que suministrara la información



sobre sus clientes, lo cual impidió medir la magnitud del perjuicio padecido.

Allí mismo, sostuvo que la responsabilidad endilgada a la sobredicha entidad financiera corresponde a la extracontractual por abuso del derecho, de suerte que el *ad quem* hizo mal cuando abordó el caso desde la perspectiva del incumplimiento contractual.

Y En relación con esas quejas la Corte condensa las siguientes consideraciones:

a) Ninguna razón asiste al recurrente cuando acusa al Tribunal por no tener en cuenta las afirmaciones y negaciones indefinidas que hizo desde la demanda acerca de la fijación arbitraria de las tarifas por parte del banco, las cuales -según explica- a la luz del inciso 2º del artículo 177 del C. de P. C., no requerían prueba. Nótese que los enunciados fácticos relacionados en la demanda no tienen el carácter de indefinidos, en tanto que aparecen contextualizados por circunstancias de tiempo, modo y lugar, y se encuentran acompañadas de calificaciones jurídicas de ilicitud, todo lo cual impedía relevar a las demandantes de la carga demostrativa que les incumbía de acuerdo con el artículo 175 *ibídem*.

De hecho, la atribución de responsabilidad por un acto contrario al ordenamiento jurídico, en un escenario determinado y en un tiempo determinable, lejos está de erigirse en una manifestación indefinida, como alega el casacionista, a lo cual hay que añadir que, por si fuera poco, las inferencias del Tribunal, precisamente, dejaron sin piso esos supuestos fácticos citados en la demanda como *causa petendi*.

b) En lo que hace relación a la queja porque -según el recurrente- en este caso debió invertirse la carga de la prueba, dada la especialización y experiencia del demandado y la posición de inferioridad de los usuarios, debe apuntarse que el casacionista pasa por alto que la verificación de la responsabilidad endilgada al Banco Santander S.A. era una cuestión que estaba en cabeza de la parte demandante, conforme impone el citado artículo 175 del C. de P. C.,



máxime cuando no se advierten circunstancias específicas que ameritaran trasladar ese compromiso probatorio al demandado.

Por lo demás, del volumen de operaciones realizadas por el banco -información que extraña el demandante en casación- no se extrae la ilicitud del cobro, ni el abuso del derecho. En suma, la ilicitud de una conducta no es asunto que corresponda demostrar al demandado, pues tal no es la conclusión que se deriva del principio general de permisión establecido en el artículo 6º de la Constitución Nacional.

c) Hay que poner de presente, asimismo, que los reproches que se hacen al Tribunal por la supuesta omisión respecto del decreto de pruebas de oficio, por inobservar casos semejantes y por no conminar al banco cuando se negó a suministrar la información sobre sus clientes, se enderezan a tratar de hacer ver que ese juzgador nada hizo para lograr la demostración de los perjuicios alegados en la demanda. No obstante, ese planteamiento cae en la inanidad, porque según se anotó, al no haber responsabilidad atribuible al demandado, sería intrascendente la subsiguiente indagación sobre la naturaleza y cuantía de los daños alegados. Dicho en breve, la verificación de la cuantía del daño dependía de la declaratoria de responsabilidad, la cual, ya se sabe, no salió avante.

d) En cuanto toca con el reclamo fundado en que la responsabilidad del banco no era contractual sino extracontractual, baste decir que ese es un asunto que escapa por completo al ámbito de la vía indirecta, como que es fruto, en últimas, de una labor intelectual y de ponderación sobre la fuente legal de la responsabilidad que nada tiene que ver con el rito probatorio. Por ende, la vía escogida para plantear esa acusación no fue afortunada. No obstante, hay que decir que las menciones hechas por el Tribunal en relación con la existencia de contratos de adhesión, en nada impidieron resolver la contienda, en los términos en que fue propuesta en la demanda.

10. Finalmente, en el cuarto cargo el demandante en casación aseguró que el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho



porque no vio que el representante legal del banco confesó que esa entidad había establecido unas tarifas por sus servicios sin consultar a los usuarios, ni observó la certificación del Banco Superior según el cual esa entidad nada cobra por algunos de sus servicios, además de que tampoco percató la evidente “*exorbitancia*” de las tarifas que cobra el banco, ni la manifiesta inconstitucionalidad e ilegalidad de la mismas.

Para rematar, tuvo como vulnerados el artículo 187 del C. de P. C. -que exige la apreciación conjunta de los medios demostrativos-, así como los artículos 174 y 183 *ibídem*, que se refieren a los principios de necesidad y oportunidad de la prueba.

Frente a tales reparos hay que anotar que, en últimas, el recurrente no identifica con precisión cuáles de las irregularidades que alega constituyen errores de hecho, y cuáles vicios de derecho. Apenas encabeza el cargo enunciando la comisión de unos y otros, pero se queda corto en cuanto a su desarrollo, sin que la Corte pueda entrar a suplir esa deficiencia para determinar el alcance de la queja casacional, pues no podría sustituir al demandante en la tarea de construcción de esa demanda.

Dígase, igualmente que, a la postre, las pruebas que a juicio del censor no fueron apreciadas, no tendrían la virtud de alterar las conclusiones jurídicas del Tribunal, en la medida en que los reparos a la actividad probatoria no bastarían para abatir la premisa de la que se valió ese juzgador para decidir el litigio, en cuya virtud dejó a salvo la responsabilidad del banco.

Aunado a lo anterior, la valoración de las pruebas, individualmente y en conjunto, no permite llegar a las conclusiones esperadas por el recurrente, porque esa ponderación no tiene la virtud de acreditar que la entidad accionada incurrió en conductas comprendidas por una prohibición legal, ni en abuso del derecho o de la posición dominante.



De todos modos, hay que recalcar que, conforme quedó anotado al resolver el tercer cargo, en este caso quedó en pie el fundamento jurídico del Tribunal según el cual en la actualidad no hay ninguna limitación legal para fijar las tarifas de los servicios que prestan las entidades financieras, conclusión que excluye la ilicitud denunciada.

De ello se desprende que los reproches probatorios que hace el casacionista, no demostrados cabalmente, pierden toda importancia, en la medida en que -se insiste- el fundamento principal de la sentencia del *ad quem*, que excluyó la responsabilidad del banco demandado, se mantuvo incólume tras el análisis realizado por la Corte.

Para decirlo de otra forma, no cabe abordar ninguna de las críticas hechas al análisis probatorio realizado en la sentencia de segundo grado -en la cual, como se recuerda, se negaron las pretensiones-, porque la conclusión normativa que sirvió de estribo al Tribunal para llegar a esa decisión, permaneció erguida en esta sede, lo cual torna innecesario hacer escrutinio alguno sobre la apreciación de los elementos de juicio que demostrarían la magnitud del daño, o sobre la aplicación de las normas que regentan la disciplina demostrativa en el proceso, en la medida en que esto último en nada afectaría el sentido del fallo.

11. Viene de lo dicho que ninguno de los cargos prospera.

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 12 de enero

República de
Colombia



Corte Suprema de
Justicia

Sala de
Casación Civil

de 2007 dentro de la acción de grupo promovida por Mirtha Fabiola Céspedes Espitia y Luz Marina Roa de Romero contra el Banco Santander S.A.

Condénase a la parte recurrente al pago de las costas del recurso. Líquidense en su oportunidad.

Notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

República de
Colombia



Corte Suprema de
Justicia

Sala de
Casación Civil

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA
(Con ausencia justificada)

WILLIAM NAMÉN VARGAS

CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA