



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL

1 DE JULIO DE 2020

EL CONTENIDO DE ESTE BOLETÍN ES DE CARÁCTER INFORMATIVO, SE RECOMIENDA REVISAR DIRECTAMENTE LA PROVIDENCIA O EL VIDEO.

EL DOCUMENTO SE ENCUENTRA EN LA PÁGINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil/74

SALA CIVIL

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / PRESCRIPCIÓN ACCIÓN CAMBIARIA PÁG. 2 – 6.

BLOQUEO PREVENTIVO CUENTA CORRIENTE / VERBAL DE TRANSPORTES ESPECIALES DEL EJE CAFETERO Y OTROS CONTRA BANCO AV VILLAS S. A. PÁG. 6 – 17.

SALA CIVIL
LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / PRESCRIPCIÓN ACCIÓN CAMBIARIA
MP DRA. LIANA AIDA LIZARAZO VACA
VERBAL DE RAQUEL ECHEVERRY DE MOSOS CONTRA SOCIEDAD GRUPO
EMPRESARIAL PÚRPURA S.A.S.
RADICADO: 11001 31 03 039 2018 0058 01

ANTECEDENTES

Raquel Echeverry de Mosos demandó a la Sociedad Grupo Empresarial Púrpura S.A.S. con miras a que se accediera a las siguientes pretensiones (fl. 34, c. 1):

Primera: Declárese que la acción cambiaria derivada del pagaré 66581-8 se encuentra prescrita, así como la obligación originada en el contrato de mutuo que dio origen al mencionado título valor.

Segunda: Como consecuencia de la anterior pretensión, ordénese el levantamiento del gravamen hipotecario constituido mediante escritura pública 6848 de 26 de julio de 1994, otorgada en la Notaría 29 del Círculo de Bogotá, registrada en el folio de matrícula inmobiliaria 50N-20139351.

Tercera: Condenar en costas y perjuicios a la sociedad convocada.
La demandante fundamentó sus solicitudes en la siguiente versión de los hechos (fls. 24-25 cd. 1):

La demandante compró el 30 de noviembre de 2010 el inmueble sobre el cual pesa la hipoteca otorgada mediante escritura pública 6848 de 26 de julio de 1994, registrada en el folio de matrícula inmobiliaria No. 50N-20139351.

Cuando se realizó la referida venta no constaba en el folio de matrícula inmobiliaria el gravamen hipotecario; sin embargo, con posterioridad se registró un oficio en el cual un despacho judicial ordenó la inscripción de la hipoteca y aclaró que no se encontraba cancelada.

Pese a que la demandante no tiene ninguna obligación con la Sociedad Grupo Empresarial Púrpura S.A.S. esta ha amenazado con iniciar acciones ejecutivas en su contra.

La obligación que dio origen al gravamen hipotecario la adquirió Carlos Enrique Rodríguez Gutiérrez y se encuentra prescrita, así como la acción ejecutiva derivada del título valor que la respalda.

Ante el Juzgado 78 Civil Municipal de Bogotá cursa el proceso 2016-01224 en el que funge como demandado el señor Carlos Enrique Rodríguez Gutiérrez, quien ya no tiene que ver con el inmueble de propiedad de la demandante, el cual fue afectado con medidas cautelares.

La demandante compró el inmueble de buena fe y lo pagó en su totalidad, sin conocer acerca de la hipoteca.

ANÁLISIS DE LA SALA

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá en audiencia de 8 de noviembre de 2019.

1. La Sala resolverá los reparos planteados por el demandado frente al fallo de primera instancia, con las previsiones que hace el artículo 328 del Código General del Proceso, sin perjuicio de lo cual realizará unas precisiones preliminares en relación con la legitimación de la actora para elevar ante la jurisdicción la pretensión tendiente a que se declare la prescripción extintiva de la acción cambiaria derivada del pagaré No. 66581-8.

Al respecto, debe apuntarse que la señora Raquel Echeverry de Mosos se encontraba legitimada en relación con la petición que elevó ante la administración de justicia, por cuanto el artículo 2° de la Ley 791 de 2002, que agregó un inciso segundo al artículo 2513 del Código Civil, autorizo a “*cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada*” la prescripción extintiva para que la alegue. Según lo ha sostenido la doctrina, “[t]al interés ha de ser un ‘interés jurídico’, ‘jurídicamente relevante’, ‘merecedor de tutela’, ‘legítimo’, ‘particular y propio’, que no se confunde con la mera presencia de la relación que vincula al tercero con el prescribiente, como se agota en ella”¹.

¹ Fernando Hinestrosa Forero. *La prescripción extintiva*. (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006), 81.

Desde esa óptica, aparece claramente acreditado el interés de la actora en el presente caso, en tanto compradora del inmueble afectado por la hipoteca constituida para garantizar el crédito instrumentado en el pagaré No. 66581-8. Lo anterior, pues su derecho real de dominio sobre dicho bien podría verse afectado ante la eventualidad de que se hiciera efectiva la garantía real que recae sobre el predio del que es propietaria.

Esta circunstancia, entonces, evidencia que la accionante se encontraba autorizada por la ley para promover la presente acción, con la finalidad de perseguir que se declarara la prescripción de la acreencia garantizada con la hipoteca sobre el inmueble de su propiedad y, con ello, obtener la cancelación de dicho gravamen.

2. Superado el análisis de la legitimación, resulta pertinente aclarar que en el presente caso resultaba viable adelantar el trámite judicial sin necesidad de contar con la comparecencia del obligado cambiario bajo el pagaré No. 66581-8, esto es, el señor Carlos Enrique Rodríguez Gutiérrez, pues en este caso se estaba frente a un litisconsorcio cuasinecesario.

En efecto, esta Sala considera que la demanda promovida por un tercero interesado en que se declare la pretensión constituye, precisamente, un evento de litisconsorcio cuasinecesario, pues el prescribiente es titular de una relación jurídica sustancial a la que se extienden los efectos de la sentencia, lo que lo legitimaría, a su vez, para demandar (Art. 62 del C.G.P). Ello se aprecia con claridad, puesto que en este caso las disposiciones sustanciales del derecho privado permiten que, además del prescribiente, la acción sea promovida por cualquiera de las personas allí previstas. Así las cosas, dado que es la alternativa consagrada en la disposición sustancial la que permite que sea alegada la prescripción por cualquier sujeto interesado, incluso cuando aquella ha sido renunciada por el prescribiente, se evidencia con claridad que no es requerida la comparecencia del deudor cambiario en el proceso en que se persigue la declaratoria de prescripción de la acción cambiaria.

En consecuencia, tratándose de un litisconsorcio cuasinecesario, esa circunstancia excluye que el fallador se encontrara obligado a llamar al proceso a alguno de los otros sujetos habilitados para solicitar la declaratoria de la prescripción extintiva, incluso tratándose del prescribiente, o que su ausencia genere alguna irregularidad susceptible de viciar de nulidad la actuación judicial, pues se trata de consecuencias que están reservadas a aquellos eventos en que se está frente a un litisconsorcio

necesario. Lo anterior, debido a que frente a esta modalidad de litisconsorcio el legislador previó unas reglas particulares de intervención con la finalidad de garantizar que aquellos, en caso de que así lo consideraran oportuno, fueran oídos en el marco del trámite judicial. Estas reglas determinan que dicho litisconsorte “*puede intervenir en el proceso*”, lo que supone que su presencia es meramente facultativa y, de ahí, que se pudiera adelantar el trámite y proferir la decisión de fondo sin la presencia del señor Carlos Enrique Rodríguez Gutiérrez.

Refuerza la tesis anterior, la premisa normativa prevista en el artículo 2516 del Código Civil, según el cual, el fiador puede oponer al acreedor la prescripción renunciada por el deudor principal, lo que implica entonces, que no es necesaria la aquiescencia del sujeto pasivo de la obligación principal para que sea procedente la declaratoria de una prescripción extintiva formulada por otro sujeto que tenga interés en alegarla.

3. De otra parte, esta Colegiatura considera que la omisión del señalamiento de la calenda precisa desde la que se debía contar el término prescriptivo, así como la determinación de la fecha en la que se habría consumado el fenómeno extintivo alegado por la demandante respecto del pagaré No. 66581-8, resultaba inane para generar el fracaso de las pretensiones.

Esta conclusión encuentra sustento en que, comoquiera que la pretensión estaba enderezada a que se declarara la referida prescripción extintiva, el fundamento fáctico del *petitum* resultaba suficiente para analizar si se había presentado el fenómeno extintivo, independientemente de la determinación particular del lapso en que había transcurrido el término establecido en la ley. Ello es así, puesto que lo que debía verificar el fallador era si, para el momento en que se presentó la demanda, había transcurrido el término determinado por el legislador para que operara dicho fenómeno extintivo de la acción cambiaria, al margen de que la accionante hubiera establecido el momento preciso en que aquel acaeció.

A ese respecto debe tenerse en cuenta que el principio de congruencia (Art. 281 del C.G.P.) supone que “*la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley*”. De ahí que la actividad del fallador se encuentre limitada a estudiar el fundamento fáctico y las peticiones traídas al proceso por la parte actora y que fueron efectivamente ventiladas en el trámite. Se trata de una garantía

que tiene como finalidad primordial asegurar el derecho de defensa del demandado. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la finalidad de esta institución es la tutela de los derechos de defensa y contradicción de las partes “*a través de la imposición de límites al fallador en ejercicio de su función de juzgamiento, evitando que aquellos sean sorprendidos con decisiones inesperadas que corresponden a hechos, pretensiones o excepciones personales que no fueron alegados –ni replicados– oportunamente*”².

Así las cosas, dado que desde que se inició la acción quedó fijado como fundamento fáctico de las pretensiones la circunstancia de que para el momento de la presentación de la demandada ya había transcurrido el término exigido por la ley para que se configurara la prescripción extintiva (hechos No. 6 y 9 de la subsanación de la demanda), es claro que estaba dentro de los límites que impone al juez el principio de congruencia el pronunciarse en la sentencia sobre dicha circunstancia.

En tal sentido, no cabe duda de que el fallador se encontraba habilitado para analizar si se había demostrado supuesto de hecho previsto en el artículo 789 del C. de Co., para que se declarara la prescripción de la acción cambiaria derivada del pagaré No. 66581-8, a saber, que hubieran transcurrido “tres años a partir del día del vencimiento” del título valor.

A esto debe agregarse que la circunstancia de que no se hubieran establecido de manera precisa los hitos temporales para el conteo de la prescripción resultaba del todo inane para vulnerar el derecho de defensa de la demandada. Esto es así, pues, como se anotara en líneas anteriores, la premisa fundamental de la acción, en cuanto a su sustento fáctico, era que para el momento de presentación de la demanda había corrido el tiempo necesario para que se configurara el mencionado fenómeno extintivo, de donde la accionada contaba con los elementos necesarios para desplegar su defensa.

4. Superado el análisis de los presupuestos procesales y sustanciales para proferir un fallo de fondo, encuentra la Sala que en este asunto, para concluir que acción cambiaria se encontraba prescrita, era necesario, en primer lugar, establecer si la obligación consignada en el instrumento negociable era exigible, o si, por el contrario, su exigibilidad se encontraba suspendida, como lo alegó la sociedad demandada, debido a que no se había adelantado la reestructuración de dicho crédito, conforme

a lo previsto en el artículo 42 de la Ley 546 de 1999.

Se trata de una circunstancia trascendental, por cuanto la exigibilidad de la obligación cambiaria determina el conteo del término prescriptivo³, de tal forma que, si aquella se encuentra suspendida, resulta inviable su extinción por la vía de la prescripción.

En relación con este punto, estima la Sala que en el *sub examine* no podía afirmarse, como lo hizo la primera instancia, que la obligación contenida en el pagaré no era exigible dada su falta de reestructuración y, por ende, la acción cambiaria no se encontraba prescrita. Esta Colegiatura no comparte dicha conclusión, pues lo cierto es que quedó probado en el marco del presente trámite, como así lo aceptó la demandada desde la contestación de la demanda, que Granahorrar presentó demanda ejecutiva en contra del señor Carlos Enrique Rodríguez Gutiérrez en el año 2002, para recobrar los dineros adeudados por dicho sujeto a la referida entidad financiera derivados del contrato de mutuo hipotecario celebrado entre dichos sujetos, con anterioridad a la expedición de la Ley 546 de 1999. El referido trámite de cobro coactivo terminó el 21 de marzo de 2007 por el pago del demandado de las cuotas que se encontraban en mora (fl. 121, C.1).

Esta circunstancia demuestra, sin vacilaciones, que previo a aquel proceso debió existir un acuerdo entre deudor y acreedor en punto a la reliquidación del crédito y su reestructuración, y a la exigibilidad de la obligación, pues de lo contrario, la ejecución habría fracasado precisamente por tal motivo.

Y es que, la reestructuración es precisamente un acuerdo entre deudor y acreedor sobre las condiciones de pago de la obligación que tiene como fin ajustar la deuda a las reales capacidades económicas de los obligados y que según las sentencias de la Corte Constitucional es requisito para promover el cobro compulsivo.

De tal suerte que si el cobro compulsivo en aquel juicio llegó a su fin, por pago de las cuotas en mora, es porque las partes estuvieron de acuerdo con la forma como se estaba cobrando la obligación.

Aun más, si entre las partes del proceso ejecutivo se hubiese presentado alguna discrepancia en punto a la exigibilidad de la obligación, la parte demandada quien propuso este tema como excepción debió acreditarlo;

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de noviembre de 2019. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

³ Bernardo Trujillo Calle. *De los Títulos Valores*, Tomo I (Bogotá, Leyer, 2000), 451.

sin embargo, como bien lo señala la recurrente no acudió a la audiencia inicial del art. 372 del C.G.P. circunstancia que configura una conducta procesal que puede ser apreciada en su contra de conformidad con lo establecido en el art. 280 del C.G.P.

Así pues, es claro que carece de sustento el argumento esgrimido por la demandada fundado en que la falta de reestructuración del crédito lo hacía inexigible, pues lo cierto es que en este caso dicha operación habría tenido lugar con anterioridad al año 2002, lo que resultaba suficiente para establecer la exigibilidad de las obligaciones consignadas en el pagaré No. 66581-8 y, por contera, contar el término de prescripción a partir de su vencimiento.

5. Verificado que el título si era exigible al deudor, se procede a establecer si, efectivamente, transcurrieron más de tres (3) años desde el vencimiento del título valor y, por contera, prescribió la acción cambiaria derivada del pagaré No. 66581-8.

En relación con este análisis, sea lo primero señalar que el juez *A quo* erró al sostener que la actora no probó que el contenido del pagare en cuanto a su fecha de vencimiento. Se trata de una afirmación equivocada, pues lo cierto es que el instrumento negociable efectivamente se incorporó al proceso, lo que permitía establecer a ciencia cierta la circunstancia que echó de menos el fallador de primer grado.

En efecto, en la audiencia inicial, que tuvo lugar el 1° de marzo de 2019, el *A quo* profirió el decreto de pruebas, dentro de las que se incluyó el oficio dirigido al Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, pidiendo copia del expediente del proceso identificado con No. de radicado 2017-550, así como la orden dirigida al demandante para que aportara copia del pagaré No. 66581-8.

Conforme con las pruebas ordenadas, se libró el oficio dirigido al Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá. Esta dependencia judicial remitió copia del proceso solicitado en el auto de pruebas, la cual fue recibida el 30 de julio de 2019 e incorporada al expediente en la audiencia del 16 de octubre de 2019. Dentro de los documentos allegados junto con dicho proceso se encontraba copia del pagaré No. 66581-8, por lo que no habría razón para omitir su estudio.

En consecuencia, al verificar la literalidad del pagaré cuya prescripción se depreca, se observa que en aquel quedó consignado que el

vencimiento final se daría el 26 de enero de 2010 (fls. 116, c. 1), siendo pactado su pago por instalamentos mensuales (180 cuotas) desde el 26 de febrero de 1995 y así sucesivamente sin interrupción hasta la cancelación total de la deuda.

Así las cosas, resulta imperioso concluir que la acción cambiaria derivada del pagaré No. 66581-8 prescribió, toda vez que, como ya se indicó en líneas anteriores, dicho título valor tenía como fecha de final de vencimiento el 26 de enero de 2010, mientras que la demanda del *sub lite* fue presentada el 1° de febrero de 2018, es decir, transcurrió entre esas dos fechas un lapso superior a los 3 años que preceptúa el legislador, sin que en el plenario se aprecie algún otro elemento de juicio que permita concluir que el término extintivo fue interrumpido naturalmente por los deudores, dado que no obra constancia de que ellos hayan realizado algún abono a la deuda posterior a esa fecha.

En virtud del principio de la carga de la prueba contenida en el artículo 167 del C.G.P., y por tratarse de un hecho estrictamente relacionado con el fundamento de sus excepciones, le correspondía a la parte demandada, probar que en este preciso asunto logró interrumpir la prescripción ya sea natural o civilmente.

No hay prueba en el expediente que acredite que el deudor principal, después de transcurrido el término de prescripción extintiva, haya reconocido expresa o tácitamente la deuda, haya realizado abonos, se haya presentado una demanda ejecutiva para el cobro coactivo cumpliendo las exigencias del artículo 94 del C.G.P., o por último, se haya enviado el requerimiento privado con fines de interrupción de la prescripción, previsto en el inciso final de la norma procesal indicada.

5. Así las cosas, la sentencia se revocará y, como consecuencia de la prescripción de la acción cambiaria, se ordenará la cancelación de la hipoteca que se constituyó para garantizar las obligaciones contenidas en el pagaré No. 66581-8 mediante Escritura Pública No. 6848 del 26 de julio de 1994, inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria 50N-20139351 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, Zona Norte, conforme anotación No. 5 del 10 de agosto de 1994, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 2457 del C. C.⁴ en armonía con el artículo 2537⁵ del mismo Código.

Si bien el gravamen hipotecario garantiza otras obligaciones y se registró como hipoteca

⁴ Norma que indica que “La hipoteca se extingue junto con la obligación principal”.

⁵ La acción hipotecaria y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden.

abierta, el acreedor no arguyó este medio exceptivo ni advirtió la presencia de otras obligaciones exigibles del deudor o de la

propietaria del inmueble que haga subsistir dicho gravamen, por lo que es viable acceder a la pretensión consecuencial elevada.

**BLOQUEO PREVENTIVO CUENTA CORRIENTE
MP DR. JUAN PABLO SUAREZ OROZCO
VERBAL DE TRANSPORTES ESPECIALES DEL EJE CAFETERO Y OTROS
CONTRA BANCO AV VILLAS S. A.
RADICADO: 110013199003201800572 01**

ANTECEDENTES

1. Por considerar que las “(...) cuentas Corrientes No. 081132276, No. 081147613 y No. 081151029 de titularidad de las Empresas [demandantes] fueron bloqueadas de manera injusta e irregular por parte del Demandado, toda vez que no existe causal legal o contractual alguna atendible para dicho acto nocivo”, el extremo demandante petitionó “ORDENAR al Banco Av Villas, el desbloqueo inmediato y definitivo de las Cuentas Corrientes No. 081132276, No. 081147704, No. 081147613 y No. 081151029 de titularidad de las Empresas, por no existir soporte legal o contractual alguno que justifique el bloqueo y/o la retención de los dineros existentes en las cuentas propiedad de los demandantes”; “COMPULSAR COPIAS, a quien corresponda, en función de policía administrativa para que se determine si el actuar de dicha entidad financiera constituye una infracción a la ley y abuso de la posición dominante del Banco como prestador del servicio” y “TERCERA: RECONOCER los intereses bancarios corrientes más altos correspondientes al tipo de productos financieros objeto de este litigio, desde el momento del bloqueo de facto y hasta que se desbloqueen as cuentas.”

2. Dentro de la oportunidad concedida, el establecimiento de crédito accionado se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y, para tal efecto, formuló las excepciones de mérito denominadas i) “EL BANCO COMERCIAL AV VILLAS SE ENCUENTRA OBLIGADO A PREVENIR LOS RIESGOS BASADOS EN EL CONTROL DEL LAVADO DE ACTIVOS Y LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO”, fundada en que “[L]a labor del sector financiero, según el enfoque basado en riesgos, es la prevención y control del lavado de activos y financiación del terrorismo que se encuentran latentes en las operaciones que cursan en el sistema, es por esto que, para mitigar su materialización y la de sus delitos subyacentes, el Banco AV Villas como entidad vigilada, se obliga al cumplimiento de las disposiciones legales emanadas de normatividad internacional, las normas

generales del ordenamiento jurídico nacional, así como la normas nacionales especiales contenidas en los reglamentos y convenios que regulan la prevención de LA/FT”; ii) “INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE LOS DEMANDANTES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DERIVADAS DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA”, estructurada en que “(...) las entidades demandantes incumplieron los requerimientos efectuados por el Banco AV Villas desde el 13/12/2017 en materia de información en orden a acreditar su perfil transaccional, a través de los estados financieros, declaración de renta, facturas o contratos para esclarecer los movimientos presentados en cada una de las cuentas corrientes, actitud omisiva que claramente desatiende el contenido obligacional de las cláusulas TERCERA Y TRIGÉSIMA QUINTA del contrato”; iii) “CUMPLIMIENTO DEL BANCO AV VILLAS DE LAS DISPOSICIONES SOBRE PREVENCIÓN DE ACTIVIDADES DELICTIVAS”, sustentada en que “(...), con fundamento en el Art. 102 del EOSF el Banco AV Villas adoptó como medida principal, el bloqueo de las pluricitadas cuentas corrientes, precisamente, ante la desidia de los accionantes, en cuanto a la probanza del origen de los recursos movilizados, y en consonancia a lo esbozado en la excepción precedente, el Banco AV Vilas procedió al bloqueo preventivo de las cuentas desde el 03/11/2017, actuación realizada por la Gerencia de Seguridad del Banco, afectando las cuentas (...)”; iv) “DEBIDA DILIGENCIA DEL BANCO AV VILLAS AL APLICAR LAS NORMAS IMPARTIDAS POR LA LEY Y LA SUPERITENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA”, apoyada en que “(...) los demandantes, fueron informados oportunamente, sobre la necesidad de aportar toda la documentación que sirviera de cayado para establecer la razón de cada uno de los movimientos de las cuentas, empero, una vez radicada por los demandantes, esta información presentaba diversas inconsistencias como se deduce de la declaración de renta y el estado de situación

financiera de cada una de las compañías demandantes. De haber pasado por alto, el análisis de los aludidos documentos, el Banco AV Villas hubiera incurrido en serías faltas, que le acarrearían responsabilidad, sin embargo, acorde a los principios de debida diligencia, se mantuvo el bloqueo preventivo, hasta que se esclarezcan los movimientos de las cuentas Bancarias”; v) “EL DEMANDANTE PRETENDE ALEGAR A FAVOR SUYO SU PROPIA CULPA Y LA DOCTRINA PREVÉ QUE NADIE PUEDE ALEGARLA A SU FAVOR”, fundamentada en que “(...) nada de lo reclamado en la demanda introductoria, se hubiera producido, si las compañías transportadoras hubieran acreditado con inmediatez, los movimientos de dinero de cada una de las cuentas corrientes, negligencia que por contera le conlleva a asumir los perjuicios derivados de su actuar”; vi) “CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA”, edificada en que “(...) mal hacen los accionantes, en pedir de manos del Banco AV Villas, el desbloqueo de las cuentas, sin que

previamente justifiquen sus movimientos financieros, carga obligacional que no le compete al Banco AV Villas y que depende única y exclusivamente del extremo activo, quienes con su actuar demuestran absoluta negligencia, que no se le puede atribuir al Banco”; vii) “BUENA FE DEL BANCO AV VILLAS S.A.”, cimentada en que “[e]l Banco AV Villas y sus funcionarios actuaron de buena fe en la ejecución del contrato de cuenta corriente bancaria, siguiendo los lineamientos y procedimientos establecidos en la ley para la entidades financieras, en relación con los hechos que suscitaron esta controversia y que son objeto del presente litigio, valga decir, que la buena fe se presume, de conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia (...)”; y viii) “EXCEPCIÓN GENÉRICA DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.”

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Encontrándose reunidos los presupuestos procesales para emitir el fallo correspondiente a esta instancia, sin que se avizore algún vicio con la entidad para invalidar lo aquí rituado, se hace necesario anotar, de manera liminar, que esta Sala resolverá la alzada sin limitaciones, dado que ambas partes han apelado toda la sentencia, acatando los lineamientos del inciso 2° del canon 328 del Código General del Proceso, para lo cual centrará su análisis, fundamentalmente, en determinar si las cuentas corrientes de titularidad de las sociedades accionantes fueron bloqueadas de manera irregular por parte del ente crediticio demandado, al no existir soporte legal o contractual alguno que justifique el bloqueo y/o la retención de los dineros allí depositados.

2. Clarificado lo anterior, comporta memorar que, respecto de la responsabilidad de los bancos, la Sala de Casación Civil ha dicho lo siguiente:

“Según se desprende del artículo 335 de la Constitución Política, la actividad bancaria constituye un servicio público, pues siendo esencial para el desarrollo económico, reviste interés general, en la medida en que se halla dirigida, fundamentalmente, a la captación de recursos provenientes del público, a su aprovechamiento e inversión y está supeditada a la autorización, intervención y vigilancia del Estado.

Por ello, las entidades financieras que desempeñan dicha labor, así como gozan de

algunas prerrogativas propias de su ejercicio y una posición de supremacía frente al usuario, también adquieren ciertas obligaciones para con éste, debido al alto riesgo social que esa actividad conlleva.

Uno de esos deberes atañe a la especial diligencia que deben observar en desarrollo de las actividades mercantiles constitutivas de su objeto social y, dentro de ellos, el ejercicio de controles y adopción de procedimientos dirigidos a la debida y completa identificación de sus clientes y de quienes utilizan el servicio público para realizar operaciones financieras, tendiente a impedir o minimizar los riesgos que su omisión puede provocar.

Tales controles se hallan ligados, entre otros propósitos, a la lucha contra el lavado de activos que las naciones combaten. De ahí, la importancia de su eficacia para evitar o contrarrestar el crimen financiero, del cual la misma entidad bancaria podría ser víctima, con la consecuente afectación de su seguridad, solidez y reputación, dada la publicidad negativa y pérdida de confianza por parte de los clientes y del mercado en general.

En virtud de ello, y debido a las operaciones desplegadas inherentes a su objeto social, particularmente concernientes a la administración del ahorro del público, se enfatiza, las entidades bancarias, como profesionales del sector económico, tienen una carga especial de diligencia y prudencia tendientes a evitar daños suyos, a los ahorradores y a la comunidad.

Por tal razón, según lo determina el artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, «[l]as instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, estarán obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas.» (Negrillas fuera de texto).

Cuando tales instituciones desatienden sus deberes de diligencia y cuidado, comprometen su responsabilidad.”⁶

Del mismo modo, debe recordarse que la Corte Constitucional, en sentencia T-468/03, señaló:

“La doctrina ha reconocido que los contratos financieros son de naturaleza intuitu personae o de contenido personalísimo, precisamente en atención a la preponderancia de las calidades personales de quienes contratan con los bancos, como regla ineludible para obtener el acceso a la prestación de los servicios de intermediación. Dicho contenido tiene como fundamento los siguientes principios, a saber: (i) El principio de confianza en el manejo del ahorro público, por virtud del cual las instituciones financieras deben velar por el mantenimiento de los índices de solvencia y de liquidez que les permitan asegurar el cumplimiento de sus operaciones financieras pasivas; (ii) **El principio de buena fe, conforme al cual, las relaciones entre las entidades bancarias y los usuarios o clientes deben ajustarse a las exigencias éticas de lealtad, honestidad y colaboración recíproca y, por último;** (iii) El servicio bancario como bien meritorio se encuentra sujeto al principio de exclusión, es decir, implica el cumplimiento de ciertos requisitos de acceso para lograr su efectiva prestación.” (Negrillas fuera de texto).

3. Delimitado ese escenario conflictual y jurisprudencial, descuell, de entrada, que la entidad financiera llamada a este debate judicial sí contaba con sustento legal y contractual para bloquear las cuentas de las promotoras del litigio, como a continuación pasa a explicarse:

(i) Primeramente, téngase en cuenta que la Ley 1328 de 2009 establece:

“ARTÍCULO 6o. PRÁCTICAS DE PROTECCIÓN PROPIA POR PARTE DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS. Las siguientes constituyen buenas prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros:

(...)

c) Observar las instrucciones y recomendaciones que imparta la entidad vigilada sobre el manejo de productos o servicios financieros.

(...)

PARÁGRAFO 2o. Los consumidores financieros tendrán el deber de **suministrar información cierta, suficiente y oportuna** a las entidades vigiladas y a las autoridades competentes en los eventos en que estas lo soliciten para el debido cumplimiento de sus deberes y de **actualizar los datos que así lo requieran**. Del mismo modo, informarán a la Superintendencia Financiera de Colombia y a las demás autoridades competentes sobre las entidades que suministran productos o servicios financieros sin estar legalmente autorizadas para ello.” (Negrillas fuera de texto).

(ii) En segundo lugar, memórese que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, como lo ha destacado la jurisprudencia, en sus artículos 102 y 107, consagra

“(…) medidas destinadas a adoptar políticas de control apropiadas y suficientes para evitar que en la realización de sus operaciones las instituciones financieras puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, inversión o aprovechamiento de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas. Para el efecto, dispone como obligaciones específicas, las siguientes: (i) el **conocimiento** adecuado de la actividad económica de sus clientes; (ii) la **medición** de la frecuencia y volumen de sus transacciones y; (iii) la imperiosa necesidad de **reportar** cualquier transacción extraña a dichas circunstancias. Así las cosas, se impone a las entidades vigiladas el deber de diseñar y poner en funcionamiento procedimientos especiales de **control interno** - bajo la designación de un funcionario responsable -, con el propósito de evaluar la citada información y de llevar a cabo las políticas de coordinación y colaboración con las autoridades competentes. Por último, el artículo 107 de dicho Estatuto establece que: ‘el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos anteriores por la no adopción o aplicación de los mecanismos de control dará lugar a la imposición de las sanciones administrativas correspondientes,

⁶ CSJ. Sentencia SC1230-2018 de 25 de abril de 2018. Exp. 08001-31-03-003-2006-00251-01.

sin perjuicio de las consecuencias penales a que hubiere lugar”^{7,8}

(iii) También se tiene que en la “*SOLICITUD DE PRODUCTOS / ACTUALIZACIÓN Y ENTREVISTA PERSONA JURÍDICA*”, diligenciada individualmente para Flota Integral de Transportes Especiales SAS, Transportes Especiales VIP SAS y Transportes Especiales del Eje Cafetero SAS, se estipuló en el aparte de “*OTRAS AUTORIZACIONES*”:

*“El Solicitante/Cliente imparte las siguientes instrucciones irrevocables y autoriza al Banco Comercial AV Villas, a quien represente sus derechos o a sus sucesores a cualquier título, las cuales formarán parte del contrato solicitado cuando el producto/servicio sea aprobado por el Banco: (...) 7. Para tomar las medidas, **incluyendo el bloqueo o cancelación de las cuentas de depósito** en caso de que el Solicitante/Cliente no informe al Banco de manera oportuna y por escrito, cualquier cambio en los datos, cifras, fuentes de ingresos y demás información suministrada, de que no aporte los documentos de ingreso necesarios o que sustenten la procedencia de recursos en el evento en que sus transacciones financieras superen o excedan el perfil declarado y/o soportado ante el Banco y sino actualiza la información y documentación correspondiente por lo menos una vez al año entregando los soportes respectivos de conformidad con las normas legales y las circulares de la Superintendencia Financiera. (...).”*⁹ (Negrillas fuera de texto). (...)

CONOCIMIENTOS INFORMADOS.

*(...) Las manifestaciones y autorizaciones contenidas en este formulario formarán parte de todos los contratos que se celebren con el Banco.”*¹⁰

4. En línea con lo delantadamente escalecido, cumple puntualizar que las prenotadas facultades legales y contractuales para bloquear preventivamente las cuentas corrientes de las gestoras de la actuación, encuentran respaldo factual en el material demostrativo que seguidamente se reseña:

(i) Correo electrónico remitido el 3 de noviembre de 2017, con asunto “**URGENTE AYUDA**”, por Ricardo Benavides Quiroga, Coordinador de Seguridad e Investigaciones del Banco Pichincha, a Juan Carlos Bonilla Mosquera, que dice:

“Apreciado Dr. Juan Carlos, dentro de algunas investigaciones que se han realizado por parte del banco, se logró establecer un posible fraude mediante la modalidad de jineteo, donde participaron de una u otra manera las siguientes empresas y donde se puede observar que los recursos fraudulentos fueron direccionados a cuentas del banco AV Villa.

...().

*Te ruego el favor de evaluar el bloqueo de las cuentas mencionadas, mientras la próxima semana ratificamos por medio del (sic) denuncia penal, teniendo en cuenta que estamos reuniendo el respectivo material probatorio.”*¹¹

(ii) Comunicación de 23 de noviembre de 2017, mediante la cual el Banco Pichincha elevó al Banco AV Villas solicitud por fraude, esgrimiendo las siguientes razones:

*“Dentro de las indagaciones realizadas por Banco Pichincha S.A., se logró establecer que las empresas **TRANSPORTES ESPECIALES VIP SAS**, identificada con el NIT.901.003.349-4; **FLOTA DE TRANSPORTES ESPECIALES SAS**, identificada con el NIT.830.096.935-4; y **TRANSPORTES ESPECIALES DEL EJE CAFETERO SAS**, identificada con el NIT.900.618.348-6, estaban realizando de manera premeditada la triangulación de recursos a través de cuentas corrientes de las que son titulares en el Banco Pichincha S.A., lo que dio lugar a la configuración de un posible fraude cuyo monto asciende a la fecha a la suma de \$9.453.258.768,91, habiéndose establecido así mismo que parte de estos dineros fueron direccionados a las cuentas del Banco AV VILLAS números 081132276 y 08147704 de las que es titular **TRANSPORTES ESPECIALES VIP SAS**, 081147613 con titular **FLOTA DE TRANSPORTES ESPECIALES SAS**, y 081151029 de la que es titular **TRANSPORTES ESPECIALES DEL EJE CAFETERO SAS**.*

Sobre el particular, es relevante señalar que de acuerdo con las investigaciones adelantadas, las transferencias de recursos se realizaron vía transacción ACH y mediante consignaciones en cheque, en desarrollo de operaciones de carácter fraudulento.

En ese sentido, obrando en mi condición de Representante Legal del Banco Pichincha S.A., tal como se acredita con el Certificado de

⁷ Al respecto, el artículo 325 del Código Penal establece que: *“Omisión de control. El empleado o director de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omite el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en*

prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de cien (100) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

⁸ Corte Constitucional, en sentencia T-468/03.

⁹ fls. 162, 227, 262, cd. Ppal.

¹⁰ fls. 162, 227, 262, cd. Ppal.

¹¹ fl. 386, cd. ppal.

Existencia y Representación Legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, adjunto a este escrito, me permito solicitar su colaboración con la congelación preventiva de los recursos que reposen en las mencionadas cuentas del Banco AV VILLAS, con el compromiso de que Banco Pichincha S.A. restituirá a esa Entidad cualquier suma de dinero que por orden judicial Banco AV VILLAS se vea obligado a asumir en el futuro por razón de la solicitud que se eleva mediante el presente escrito, así como a mantener indemne a ese establecimiento bancario frente a cualquier reclamación que por concepto de la congelación de recursos formulen los titulares de los mismos.

En apoyo de la presente petición, se adjunta así mismo copia de la denuncia penal instaurada ante la Fiscalía General de la Nación en relación con los hechos aquí descritos.”¹²

(iii) Respuesta al requerimiento de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, en la que, el 3 de abril de 2019, el representante legal del Banco Pichincha SA, informó:

“Teniendo en cuenta el modo en que operaban las empresas se puede concluir que, en los términos indicados en el artículo 125 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en el numeral 2.6 del Capítulo Primero del Título Tercero de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 1996) expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, **no existió sobregiro de las cuentas de las empresas TRANSPORTES ESPECIALES VIP S.A.S., FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S. y TRANSPORTES ESPECIALES DEL EJE CAFETERO S.A.S.,** pues el pago de los cheques girados durante los años 2016 y 2017 nunca fue superior al saldo de las cuentas corrientes, toda vez que a través de triangulaciones entre las tres (3) empresas se lograba cubrir la totalidad de los saldos y el Banco no se veía abocado a aceptar la orden concediendo un préstamo a los clientes por la diferencia entre la disponibilidad y el total de la suma librada, **eliminando así la posibilidad de clasificar las operaciones como sobregiros** (esto al margen de las operaciones de sobregiros que se evidencian en las gráficas de este escrito correspondientes a los meses de mayo a septiembre de 2017, para el caso de la sociedad FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S. y en junio de 2017 para TRANSPORTES ESPECIALES DEL EJE CAFETERO S.A.S.).

El inconveniente con las empresas de transporte se presenta cuando la cadena de la triangulación se ve operando bajo la modalidad de "jineteo" normalizando sus cuentas a través de cheques sin fondos, lo que da lugar a que las cuentas de las empresas TRANSPORTES ESPECIALES VIP S.A.S., FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S. y TRANSPORTES ESPECIALES DEL EJE CAFETERO S.A.S. se vean sobregiradas y el Banco se convierta en acreedor de las mismas por los cheques girados y pagados con cheques sin fondos en la cadena de la triangulación.

Teniendo en cuenta lo recién indicado, queda de presente que las sociedades TRANSPORTES ESPECIALES VIP S.A.S., FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S. y TRANSPORTES ESPECIALES DEL EJE CAFETERO S.A.S. obraron de mala fe y de forma fraudulenta, abusando de los beneficios del Convenio de Recaudo, en detrimento del Banco Pichincha, y que el sobregiro que se presentó en noviembre es un movimiento que no responde a una autorización del Banco sino que por el contrario obedece a un acto contrario a derecho adelantado por las empresas relacionadas y que resultaba oscuro y no identificable por el Banco hasta la fecha en que el proceso de jineteo falló poniendo al descubierto los actos de estas tres (3) empresas.”¹³ (Negrillas fuera de texto).

(iv) Testimonio de Ricardo Antonio Benavidez Quiroga, quien, en audiencia 29 de mayo de 2019,¹⁴ aseguró ser funcionario del Banco Pichincha, en el cargo Coordinador de Inventario de Garantía, para finales de 2017 era Coordinador de Seguridad e Investigaciones.

Concerniente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron origen a las solicitudes del Banco Pichincha al Banco Av Villas, para noviembre de 2017, expuso:

“Nosotros, en el mes de noviembre de 2017, a principios, 1 de noviembre, tuvimos conocimiento por nuestra Vicepresidencia de Operaciones sobre unas transferencias por medio de cheques que se presentaron algunas irregularidades, donde fueron consignados 12 títulos valores, por unos valores considerable, los cuales, en su oportunidad, no tenían fondos, y de una u otra manera, dentro de una investigación que se inició a partir de la fecha, pues logramos determinar que se trataban de operaciones con tacha de situaciones irregulares, donde se logró determinar que estas entidades no tenían fondo, y que de alguna manera que se estaba haciendo un

¹² fls. 383 y 384, cd. ppal.

¹³ fls. 381 y 382, cd. ppal.

¹⁴ fl. 461, cd. ppal.

proceso de triangulación de recursos y jineteo de las mismas. Ante esta situación, también al verificar por la auditoría del Banco, se logró determinar que, dentro del año 2017, había unos recursos que habían sido dispersados por medio de ACH, los cuales habían sido direccionados a diferentes bancos aquí en Colombia y uno de ellos era el Banco AV Villas. Ante esta eventualidad, y ante los hallazgos que se encontraron por parte de las investigaciones realizadas junto con la Unidad de Cumplimiento y la auditoría, consideramos prudente que estamos siendo víctima, de manera premeditada, de un posible fraude por medio de triangulación de cuentas y por medio de jineteo; el cual sumaba, aproximadamente, \$10.200.000.000.

Ante estos hechos y al ver la situación de que alguno de los dineros habían sido transferidos por medio de ACH, consideramos prudente enviarle un comunicado al Banco AV Villas, en el cual le manifestamos que por favor evaluara la posibilidad de poder bloquear o congelar los recursos de estas cuentas, basados en los indicios que teníamos nosotros de posible fraude.

En el mismo mes de noviembre, después de haberles enviado este comunicado, vía correo electrónico, también iniciamos unas acciones de tipo jurídico, de tipo penal, y cuando ya teníamos esa diligencia realizada, procedimos a envíaes la denuncia penal al Banco AV Villas, con el propósito de ratificar los hechos que se encontraron en el mes de noviembre, que nosotros ya habíamos iniciado las acciones de tipo penal, por el delito de fraude.”

Sobre la pregunta de “¿Quiénes eran los giradores y los beneficiarios de esos títulos valores?”, señaló: “En esta ocasión los títulos valores habían sido girados por las empresas VIP, por El Eje Cafetero y Transporte Flota Integral, no recuerdo bien el nombre, Flota Integral. Ellos mismos lo que hacían era girar los cheques y consignarlos entre sus misma cuentas, incluso algún de ellos se consignaban los cheques a las cuentas de ellos mismos.”

A interpelarse que “dentro del informe de investigación que aportó el Banco Pichincha, explíqueme al Despacho ¿cuál serían las razones por las cuales se giraron esos cheques y se consignaron en esas cuentas?”, dijo: “Bueno, nosotros lo vemos dentro de un aspecto, de un tema más premeditado, donde ellos utilizaban las cuentas de recaudo, y lógicamente, ellos, esos recursos no los tenían en sus cuentas mencionadas, lo que hacían simplemente era girar un cheque a nombre de ellos mismos, y por el convenio de recaudo,

lógicamente ese dinero quedaba equivalente como efectivo para ellos, ya después lo que hacían era triangular los mismos, ingresaban esos recursos y los tomaban de esas cuentas y giraban otro cheque para cubrir la cuenta número 2, y así sucesivamente pasaban esos recurso para la cuenta número 3; entonces, en realidad lo que hacían era cubrir esos valores con las cuentas de recuadro.”

Al preguntársele si los cheques fueron devueltos, respondió: “Si señor. Fueron devueltos por fondos insuficientes.”

Al ser interrogado sobre si “estaban, por disposición contractual, autorizados Transportes Especiales del Eje Cafetero, Flota Integral de Transportes Especiales y Transportes Especiales VIP a realizar ese tipo de operaciones”, manifestó: “No, señor. Eran unas cuantías supremamente altas para el convenio; eso no se podía.”

Ante el cuestionamiento de “¿Cómo se percataron ustedes que los dineros provenientes del Banco Pichincha habían sido girados específicamente al Banco AV Villas para noviembre de 2017?”, anotó: “Por intermedio de un proceso que hizo nuestra auditoría y en nuestros procesos operativos, donde ese logró determinar que dineros de esas cuentas habían sido direccionados por medio de ACH; dirigidos exactamente a AV Villas.”

(v) Dictamen allegado por AV Villas,-que no fue objetado- cuya finalidad fue “(...) determinar si los Estados Financieros, estados de resultados y demás documentos suministrados, reflejan y justifican el inmenso flujo de dinero, que circuló por cada una de las cuentas durante el año 2017”,¹⁵ respecto del cual el Perito Gabriel Arias Sánchez, al ser preguntado en la audiencia de 29 de mayo de 2019, “¿Cuál es la conclusión respecto de los extractos de crédito que fueron aportados por el Banco, para que se adelantara la experticia?”, contestó: “La conclusión fue que con respecto a lo que reflejan los estados financieros (...) no hay relación de causalidad con respecto a los movimientos que se ven en los extractos, especialmente las ventas no corresponderían a esos movimientos que se transaron entre enero a junio de 2017.”¹⁶

Cabe resaltar que el experto, al sustentar su laborío, sostuvo que, para elaborar el dictamen, el Banco le facilitó estados financieros de las demandantes, notas estados financieros y extractos bancarios. Pero Transportes Especiales del Eje Cafetero no aportó estados con corte a 30 de junio de 2017, ni las notas

¹⁵ fl. 275, cd. ppal.

¹⁶ fl. 461, cd. ppal.

estados financieros, y Flota Integral de Transportes no allegó las notas a los estados financieros; precisando que se requerían las notas y estados financieros completos, para ver a que corresponde la cuenta por pagar y por cobrar. Sin las notas no se puede determinar si los movimientos se originaron en préstamos entre las empresas, pues las notas permiten ver con mayor precisión y explican las partidas de los estados financieros.

(vi) Testimonio de Mauricio Florián Rodríguez, quien, en la audiencia de 29 de mayo de 2019,¹⁷ dijo tener especialización en derecho tributario y derecho comercial, ser representante legal y revisor fiscal de Auditoría y Gestión Fiscal, por eso es Revisor Fiscal de Transportes Especiales VIP SAS, Transportes Especiales del Eje Cafetero SAS y Flota Integral de Transportes Especiales.

Aseveró que *“en el 2017, como ejercicio de la revisoría fiscal, procedí, en octubre, a realizar la proyección de la declaración de renta del año 2017 que se vence en el año 2018, fruto de ello encontré una operación inusual que fue el incremento del gravamen al movimiento financiero, con un crecimiento exponencial desde enero, muy diferente a lo que había sido en el año 2016. Entre las tres empresas a las que les hice el informe de auditoría y el análisis presupuestal desde el punto de vista tributario, me di cuenta que superara las \$2.000.000.000 el gravamen al movimiento financiero; tenido en cuenta que la tarifa de ese gravamen (...) es del 4 por 1000, entonces suponía esto un giro bastante elevado de efectivo.*

La extrañeza me causa, justamente, de acuerdo a que por los meses de abril, mayo, junio, julio [de 2017] había yo firmado para estos clientes balances, como me lo pide el Código de Comercio, que los autorice, para pasar a diferentes entidades bancarias, a fin de que les otorgaran créditos.

Entonces, haciendo este ejercicio, acudí a citar al gerente, el artículo 207 del Código de Comercio así lo dispone, que debo decir por escrito a la junta o a la asamblea o al gerente la situación. Entonces, lo primero que hice fue preguntar por qué esta situación. Y si yo tenía entendido que estaban las empresas requiriendo recursos entonces de donde estaban girando recursos, por qué ese movimiento tan elevado, era absolutamente inusual.”

A la pregunta *“¿Qué respuesta obtuvo del gerente o de los gerentes de cada una de esas empresas?”*, contestó: *“Una respuesta muy positiva respecto al informe. Yo detecté esto el día 19 de octubre, el 19 y el 20 del 2017;*

entonces, el 21, finalmente le entregué un informe por escrito en el cual estoy mostrando el elevado costo del gravamen al movimiento financiero. Y el informe consta de un hallazgo, un riesgo relacionado con el hallazgo y una recomendación. Inicialmente, el hallazgo, la operación inusual. El riesgo, desde el punto de vista comercial, la afectación al estado de resultados, que conlleva a una afectación del patrimonio de la empresa, y caer en una posible disolución técnica, que pues, hay tiempo para enervar. De ahí va a lo tercero, que fue la recomendación. Hice recomendaciones en este escrito, que fueron contratar una auditoría externa, para saber que esas operaciones inusuales a que se deben, y, en lo posible, recordarles que tenemos o que tiene 18 meses para enervar esa situación de disolución técnica.”

Frente al interrogante *“¿Qué respuesta le dio el gerente?”* respondió: *“La reacción fue un tanto sorprendido, (...) pude inferir que él tenía en cuenta que sí había una situación con el Banco Pichincha, respecto de unos sobregiros, pero estaba desinformado respecto de cuál era el monto (...) y él inmediatamente tomó la reacción de consultar con el gerente financiero de la compañía y procedieron, entonces, a dar trámite a las respectivas recomendaciones que hizo la revisoría fiscal.”* *“Para que quede claro ¿a qué gerente se refiere? a cada una de las empresas? “Este grupo empresarial o esta familia tiene varias empresas y el gobierno corporativo es transversal; entonces, así como soy yo revisor fiscal en las tres sociedades, también el gerente financiero es el mismo para las tres sociedades. Así funciona el aglomerado de sociedades. [Aclaro], esta situación fue con Banco Pichincha, no fue en ningún momento con AV Villas; la situación de la dinámica de sobregiro, que después se entendió.”*

Se le pidió que, desde el punto de vista de revisoría fiscal, explicara si hay alguna diferencia entre operaciones inusuales, sospechosas y fraudulentas y o si es lo mismo, a lo que anotó: *“Lo que yo encontré, para irnos al ejemplo, y ponerlo muy didáctico, fue una operación absolutamente inusual. La revisoría fiscal no tiene la competencia para decir si es sospechoso o no. Resulta que el artículo 207 del Código de Comercio si dispone, hoy por hoy, que la revisoría fiscal debe informar a la UIAF las operaciones que parezcan sospechosas y que tengan relación con SARLAFT, con lavado de activo y financiación al terrorismo; entonces, lo que yo que yo encontré fue una operación absolutamente inusual, y de ahí la recomendación de que una auditoría forense, que son los investigadores, determinaran si solamente era inusual o eran*

¹⁷ fl. 461, cd. ppal.

operaciones sospechosas, y a donde habían terminado los recursos que se giraron de Banco Pichincha. Entonces, no se puede confundir lo inusual con lo sospechoso, como el error con el fraude.”

Al preguntársele “¿Cuál es la diferencia entre inusual, sospechosa y fraudulenta?” manifestó: “La operación sospechosa es la que, digamos, desde la ley, tiene el revisor fiscal informarla a UIAF; La operación inusual es algo que sucede irregular, sobre la cual se requiere una explicación; si la explicación es favorable, es decir, a la cuenta entran doscientos millones de euros, eso es inusual; pregunto ¿de qué es?, y me dicen, si eso es que se vendió la propiedad que estaba en Miami, entonces ya deja de ser inusual, es una operación normal; pero si no me responden satisfactoriamente y no hay soportes de esa operación, comienza a ser una operación sospechosa. Y respecto al fraude, es más un tema de la ley penal.”

A la pregunta “¿Se hizo esa auditoría forense que usted recomendó?” expresó: “Inmediatamente el gobierno corporativo de las empresas de transporte accedieron (sic) a la recomendación, buscaron en el mercado y contrataron una empresa que se llama Ratzel, quien (sic) comenzaron a hacer el estudio, pidieron en custodia toda la documentación, tengo en mi poder ese informe y determinaron que todos los recursos que se manejaron respecto de los sobregiros que se habían dado, fueron para necesidades de la empresa, el giro ordinario del negocio, para desarrollar el objeto social. Ese fue el dictamen final.”

Cuando se inquirió: “De esa auditoría forense, en su entendimiento y en su cargo de revisor fiscal, ¿el resultado de las conclusiones dio explicación suficiente a eso que usted llama operaciones inusuales o definitivamente algo quedó faltando por explicar?”, sostuvo: “No. Quedó totalmente aclarado el tema de que no se trataban de operaciones sospechosas ni de fraude. Entonces fueron operaciones inusuales con una explicación.”

(viii) En la audiencia de 22 de febrero de 2019,¹⁸ las partes tuvieron por probado que “con ocasión del requerimiento efectuado por el Banco AV Villas SA a las entidades que hoy son demandantes, del 13 de diciembre de 2017, las mismas entregaron la información financiera con corte a junio del año 2017”,²⁰ y “para diciembre de 2017, las entidades que hoy son demandantes, al entregar los estados

Respecto del interrogante: “¿Cuánto tiempo tomó hacer esa auditoría forense y en qué clase de documentación quedó el soporte de ese informe que usted hace referencia?”, dijo: “Esa documentación duró, más o menos desde, no puedo ser preciso exactamente, pero creo que en abril quedó eso y terminó a fin de año; abril del 2018, perdón, y terminó septiembre octubre.”

Al indagársele “¿A quién le reportaba Auditoría y Gestión Fiscal los análisis de los informes?”, contestó: “A la administración de la sociedad, al gobierno corporativo, a la asamblea. En las certificaciones, en el último párrafo, siempre dice: esta certificación se suscribe a los tales días, a solicitud de la administración del cliente, en este caso los demandantes, con destino a... lo que nos hayan solicitado directamente.”

(vii) Interrogatorio a Jaime Valencia Vásquez, representante legal de las actoras, quien, en la audiencia de 22 de febrero de 2019,¹⁸ frente a la denuncia penal en curso, dijo que solicitó una auditoría forense para tener claridad sobre lo que había pasado, pues estaban manejando un sobregiro bastante alto. Agregó que el revisor fiscal pidió una reunión urgente con él, para decirle que estaba pasando algo anormal en el movimiento de las empresas; que él manejaba un monto que creía que era manejable, pero cuando él le dice que por cada empresa el valor del que estaban hablando, subiendo a un monto de unos \$10.000.000.000, cosa que se le salía de las manos; precisó que cuando habla de \$10.000.000.000 se refiere a cada una de las empresas; indicó que esa alerta del revisor fiscal fue antes de noviembre 2017, que éste lo llama y le dice que estaba muy preocupado porque había detectado algo anormal en las empresas; entonces le da la cita al revisor, quien le dice que hay movimientos muy elevados, que no es normal; le dice que hay un movimiento que oscila entre los \$10.000.000.000, estaban manejando un sobregiro de \$3.000.000.000, que creía eran capaces de controlar.

financieros [a AV Villas] con corte a junio del año 2017, no reportaron el origen de los incrementos provenientes de los sobregiros con [el banco] Pichincha”,²¹ omisión confirmada durante los interrogatorios que absolviera Jaime Valencia, en su condición de representante legal de las tres sociedades accionantes.²²

¹⁸ fl. 313, cd. ppal.

¹⁹ fls. 312 y 313, cd. ppal.

²⁰ Hora: 12:07:12

²¹ Hora: 12:08:50.

²² Audiencias del 31 de enero y 22 de febrero de 2019. Fls. 319 a 313, cd. ppal.

5. El escenario probativo previamente descrito despeja cualquier incertidumbre sobre los supuestos de hecho motivacionales que condujeron al Banco AV Villas, el 3 de noviembre de 2017, a bloquear, de manera preventiva, las cuentas corrientes de las sociedades convocantes, pues tal medida tuvo como cimientio primigenio la alerta enviada por el Banco Pichincha sobre el “*posible fraude mediante la modalidad de jineteo*”, porque se habría advertido la triangulación premeditada de recursos a través de dichos productos financieros de titularidad de Transportes Especiales VIP SAS, Flota de Transportes Especiales SAS, y Transportes Especiales del Eje Cafetero SAS, empresas que, según este último ente crediticio, “*obraron de mala fe y de forma fraudulenta, abusando de los beneficios del Convenio de Recaudo.*”

Y no empece a que las demandantes pudieron justificar los incrementos inusitados de los movimientos financieros en sus productos bancarios durante el año 2017, nunca enteraron de esa inusual situación a AV Villas en el curso dicha anualidad, ni siquiera cuando el revisor fiscal les avisó de tal anomalía el 21 de octubre del mismo año; agravándose la advertida omisión con el no envío al Banco “*cualquier información adicional como soporte de su perfil y movimientos financieros*”, requerida mediante comunicación calendada 13 de diciembre de 2017,²³ pues, como se consignó en el dictamen, Transportes Especiales del Eje Cafetero no aportó estados de resultados, ni estados de situación financiera con corte a 30 de junio de 2017, ni las notas a los estados financieros, aclaraciones contables que tampoco allegó Flota Integral de Transportes,²⁴ siendo de suma importancia para determinar – en palabras del perito- si los acrecimientos anormales se originaron en préstamos realizados entre las tres empresas representadas legalmente por una misma persona; montos que si bien, en la audiencia de 22 de febrero de 2019,²⁵ las parte tuvieron como un hecho relevado de prueba que “*los flujos de los dineros de las cuentas corrientes de las entidades que hoy demandan dentro del Banco AV Villas SA, son producto de sobregiros que esas entidades tenían con Banco Pichincha S.A.*”, lo cierto es que, con posterioridad, esto es, el 3 de abril siguiente, en respuesta al requerimiento que formulara la falladora de primera instancia, el representante legal del Banco Pichincha SA informó:

“Teniendo en cuenta el modo en que operaban las empresas se puede concluir que, en los términos indicados en el artículo 125 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en

*el numeral 2.6 del Capítulo Primero del Título Tercero de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 1996) expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, no existió sobregiro de las cuentas de las empresas TRANSPORTES ESPECIALES VIP S.A.S., FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S. y TRANSPORTES ESPECIALES DEL EJE CAFETERO S.A.S., pues el pago de los cheques girados durante los años 2016 y 2017 nunca fue superior al saldo de las cuentas corrientes, toda vez que a través de triangulaciones entre las tres (3) empresas se lograba cubrir la totalidad de los saldos y el Banco no se veía abocado a aceptar la orden concediendo un préstamo a los clientes por la diferencia entre la disponibilidad y el total de la suma librada, eliminando así la posibilidad de clasificar las operaciones como sobregiros (...). El inconveniente con las empresas de transporte se presenta cuando la cadena de la triangulación se ve operando bajo la modalidad de "jineteo" normalizando sus cuentas a través de cheques sin fondos, lo que da lugar a que las cuentas de las empresas TRANSPORTES ESPECIALES VIP S.A.S., FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S. y TRANSPORTES ESPECIALES DEL EJE CAFETERO S.A.S. se vean sobregiradas y el Banco se convierta en acreedor de las mismas por los cheques girados y pagados con cheques sin fondos en la cadena de la triangulación.”*²⁶ (Negritillas fuera de texto).

Las anteladas explicaciones patentizan que, no obstante ser del resorte obligacional de las sociedades convocantes reportar al extremo pasivo la referida información, a tono con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, y lo estipulado en la “*SOLICITUD DE PRODUCTOS / ACTUALIZACIÓN Y ENTREVISTA PERSONA JURÍDICA*”, las gestoras del juicio adoptaron una inexplicable actitud silente y renuente frente a dicho compromiso, a pesar de que el revisor fiscal puso en conocimiento, de manera tempestiva, la irregularidad en comentario a su representante legal; preterición que, a no dudarlo, contravino el principio de buena fe que rige los contratos financieros, en cuya virtud, “*las relaciones entre las entidades bancarias y los usuarios o clientes deben ajustarse a las exigencias éticas de lealtad, honestidad y colaboración recíproca*”.²⁷

En esas condiciones, no le quedaba otro camino al ente encartado que efectuar el bloqueo de las cuentas y mantenerlo en el tiempo, aun después de presentada la demanda,

²³ fls. 144,189, 244, cd. ppal.

²⁴ fls. 277 y 279, cd. ppal.

²⁵ fls. 313, cd. ppal.

²⁶ fls. 381 y 382, cd. ppal.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-468/03.

esto es, 12 de marzo de 2018, no teniéndose, a la fecha, noticia de que las promotoras del pleito hayan dado observancia a sus obligaciones legales y convencionales, tendientes a suministrar a AV Villas información cierta, suficiente y oportuna sobre cualquier cambio en las fuentes de ingresos y procedencia de recursos.

De ahí que la acción preventiva materializada en disfavor de las accionantes, que persigue, entre otras cosas, apoyar a las autoridades legítimamente constituidas en la prevención y control de actividades delictivas, en el marco del artículo 95, numeral 3, de la Carta Política, no puede ser tildada de indefinida, como equivocadamente lo sostuvo la juzgadora *a quo*, ya que encontró respaldo en la actual renuencia de las demandantes y en los artículos 102 y 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que conminan a las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera “(...) adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas”; derrotero sobre el que habría transitado la entidad crediticia demandada, según la certificación, que, en respuesta al requerimiento realizado, en la audiencia de 22 de febrero de 2019, por la delegatura criticada, emitiera el Oficial de Cumplimiento Suplente del Banco Comercial Av Villas, el 11 de marzo siguiente, en la que se hizo constar:

“La Unidad de Cumplimiento del Banco AV Villas, en referencia de los clientes en mención y acorde a lo establecido en el Manual SARLAFT de la entidad según numeral 7.1 literal a), registró como señal de alerta el reporte de operación informado por el Jefe de Prevención de Fraude de la Gerencia de Seguridad el 3 de noviembre de 2018, sustentado en información que recibieron del coordinador de Seguridad e Investigaciones del Banco Pichincha.

En Consideración a lo definido en el Manual SARLAFT numeral 7.1 literal b), se determinó la operación como inusual debido a que cumple dos características básicas:

- 1) no guardan relación con la actividad económica o se salen de los parámetros adicionales fijados por la entidad y,*
- 2) respecto de las cuales la entidad no ha encontrado explicación o justificación que se considere razonable.*

(...)

Producto de lo estipulado en el Manual SARLAFT numeral 7.5.1, literal a) se analizaron las características y el comportamiento de las transacciones realizadas, así como la información aportada desde su vinculación hasta la fecha, la cual reposa en la carpeta del cliente así:

TRANSPORTES ESPECIALES VIP S.A.S. Nit. 801.003.349:

(...)

Para el cliente, nuestro modelo de riesgo SARLAFT registraba a la fecha de análisis, un histórico de 10 calificaciones de riesgo (alerta) entre el año 2008 al 2017.

FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S. Nit. 830.096.935:

(...)

Para el cliente, nuestro modelo de riesgo SARLAFT registraba a la fecha de análisis, un histórico de 5 calificaciones de riesgo (alerta) desde el año 2010 al 2017.

TRANSPORTES ESPECIALES del eje cafetero S.A.S. Nit. 900.618.348:

Para el cliente, nuestro modelo de riesgo SARLAFT registraba a la fecha de análisis, un histórico de 10 calificaciones de riesgo (alerta) entre el año 2008 al 2017.”

Para finalmente precisar “(...) que respecto de cualquier información adicional que pueda ser requerida sobre el contenido específico o destino del análisis de la documentación aportada por las tres (3) sociedades, consideramos que, de acuerdo con las leyes y jurisprudencia sobre el particular, especialmente la **ley 1621 del 2013; Art. 105 EOSF; sentencia C-540 del 2012** proferida por la Honorable Corte constitucional, la información solicitada por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales, se encuentra sujeta a reserva y no puede ser divulgada, salvo que se trate de requerimiento expreso, que de forma exclusiva realice la UIAF y la Fiscalía General de la Nación.”²⁸

Sobre lo anterior, llama la atención que la Unidad de Cumplimiento del Banco AV Villas calificó de inusual la operación que reportara el Jefe de Prevención de Fraude de la Gerencia de Seguridad el 3 de noviembre de 2018, con ocasión de la información recibida por el Coordinador de Seguridad e Investigaciones del Banco Pichincha, pero en modo alguno la caracterizó como sospechosa, las que deben ser reportadas de forma inmediata y suficiente a la Unidad de Información y Análisis Financiero, en obediencia a lo preceptuado en el canon 102, numeral 2, literal d) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en los artículos 4.1.3.4., 4.2.2.1.6., y 4.2.2.2.4. de la Circular Básica Jurídica, Parte I, Título IV, Capítulo IV,

²⁸ fls. 336 a 340, cd. ppal.

mediante la cual la Superintendencia Financiera de Colombia impartió “*instrucciones relativas a la administración del riesgo de lavado de activos y de la financiación del terrorismo.*”

Por último, no pierde de vista el Tribunal que el 8 de noviembre de 2017, el Coordinador de Seguridad e Investigaciones del Banco Pichincha, vía electrónica, le indicó a AV Villas que “*consideramos que pueden proceder al desbloqueo de las cuentas. Tan pronto tengamos la denuncia te la enviamos para que realicen los trámites correspondientes y las alertas respectivas y dejarla como soporte del bloqueo preventivo que nos ayudaste*”,²⁹ -noticia criminal remitida el 15 de noviembre de 2017-³⁰ y que en comunicación de fecha 25 de abril de 2018, aquél le solicitó a éste “*(...) se proceda con el levantamiento de la referida medida, hasta tanto se obtenga por parte de las autoridades competentes el decreto de las medidas cautelares, preventivas y/o de restablecimiento del derecho que se estimen procedentes.*”³¹ Sin embargo, la entidad enjuiciada tenía razones objetivas para proceder con el bloqueo, comoquiera que las empresas demandantes, además de registrar en el Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo – SARLFAT- un histórico de calificaciones de riesgo, no mostraron verdadera disposición de justificarle, fehacientemente, al banco demandado el incremento transaccional en sus cuentas corrientes, puesto que, en contraposición a sus obligaciones legales y contractuales, omitieron informarle tal situación y no le remitieron toda la documentación contable requerida, al punto que el perito concluyó que “*(...) que con respecto a lo que reflejan los estados financieros (...) no hay relación de causalidad con respecto a los movimientos que se ven en los extractos, especialmente las ventas no corresponderían a esos movimientos que se transaron entre enero a junio de 2017.*”³²

6. En ese orden argumentativo que se trae, emergen frustráneos los reparos formulados por el extremo demandante, y aunque pudiera encontrarse falta de claridad en la forma como la juzgadora *a quo* resolvió la controversia, y que las gestoras critiquen la ausencia de fundamentación normativa de algunos segmentos resolutivos de la sentencia, por no haber sido objeto de pretensión, estando facultada para ello, en los términos el artículo 58 de la Ley 1480 de 2001, tales críticas no alcanzan a derruir el fallo criticado.

En efecto, no le asiste razón a las actoras cuando afirman que no existían fundamentos legales y contractuales para llevar a cabo el bloqueo y mantenerlo, porque lo evidenciado en precedencia dejó al descubierto un escenario probatorio adverso a esta inconformidad, ya que la entidad demandada encontró apoyo para tal medida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en las disposiciones convencionales ajustadas entre las partes.

Frente al reproche edificado en que la delegatura acusada fundó el incumplimiento de la obligación de actualización a cargo de las demandantes en un contrato de cuenta corriente vigente a partir de julio de 2017, no empece a que los hechos que Av Villas alegó como inusuales ocurrieron entre enero y mayo de 2017, cabe apuntalar que tal cuestionamiento no tiene vocación de éxito, puesto que el Tribunal encontró que en la “*SOLICITUD DE PRODUCTOS / ACTUALIZACIÓN Y ENTREVISTA PERSONA JURÍDICA*”, diligenciado por las impulsoras del pleito, se facultó al banco demandado para bloquear las cuentas si se materializaban las exigencias allí plasmadas, lo que en efecto aconteció.

También queda sin piso el reparo estructurado en que las demandantes no incurrieron en incumplimiento, “*toda vez que cuando Av Villas evidenció la insuficiencia en la información no le informó tal situación a las Empresas*”, ya que, como quedó esclarecido previamente, correspondía aquéllas, en los términos legales y contractuales, justificar el incremento de los movimientos financieros en sus cuentas corrientes y actualizar su perfil transaccional, máxime si ello había sido requerido por el demandado.

En relación con la censura construida entorno a que las gestoras del litigio no pueden alegar su culpa, que en su sentir no ocurrió, y que ello comporta incoherencia en la sentencia de primer orden, sea suficiente decir que, como se estableció, las demandantes no suministraron la información pertinente a AV Villas, quedando en claro un proceder contrario a derecho que obstruye las pretensiones formuladas, pues de haber justificado el incremento de los aludidos movimientos bancarios, probablemente el bloqueo no habría tenido lugar.

7. Las dilucidaciones previamente esbozadas sustentan la desestimación de las pretensiones de la demanda, resultando inocuo pronunciarse sobre los medios exceptivos y el recurso planteados por el accionado.

²⁹ fl 387, cd. ppal.

³⁰ Fl. 391, cd. ppal.

³¹ fl 385, cd. ppal.

³² fl. 461, cd. ppal.

En consecuencia, se revocarán los ordinales Primero, Segundo, Tercero, Cuarto, Sexto, Séptimo y Octavo de la parte resolutive de la sentencia opugnada, y se modificará su ordinal quinto, en *consideración a lo dispuesto* en los artículos 95, numeral 3, de la Constitución, 7 de la Ley 1328 de 2009 y 102, numeral 2, literal d) del Decreto 663 de 1993, para ordenar *al BANCO AV VILLAS S.A. que, dentro de un término máximo de 45 días hábiles, resuelva lo concerniente a la investigación efectuada por su unidad de cumplimiento en desarrollo de su SARLAFT y, con fundamento en la misma, ponga a disposición de la autoridad judicial o administrativa competente los recursos depositados en las cuentas corrientes objeto de este proceso, e informar del procedimiento adoptado a la UIAF y a la Fiscalía General de la Nación, así como a la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia en el término máximo de los 5 días hábiles posteriores al cumplimiento de la orden antes impartida; en razón a que las empresas transportadoras demandantes fueron reacias en explicar el aumento inusitado de los recursos depositados en los mencionados productos bancarios, y en actualizar sus datos relativos a los comportamientos que, como consumidoras financieras, realizaban habitualmente; información que, a la fecha, no ha sido suministrada al Banco AV Villas, circunstancia de la que no milita prueba en contrario y que habilitó el bloqueo preventivo de marras.*

Ante la forma como fue desatada la alzada, se condenará en costas de ambas instancias al extremo demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P.