

Luego, si tales actos administrativos con fuerza de cosa juzgada pueden obligar al Estado a indemnizar a los perjudicados con los mismos, no se ve porque no puede suceder la misma cosa en el caso de sentencias con fuerza de cosa juzgada.

Mas aun cuando se aceptare la ficción de Ulpiano, ella no es óbice a la indemnización de víctimas de errores judiciales en materia civil. Porque la sentencia no liga sino a las partes del juicio. Y el juicio de indemnización se dirige contra el Estado que es persona distinta.

Por esta razón autores muy distinguidos defienden la tesis según la cual el Estado está obligado a indemnizar a las víctimas de un error judicial aun cuando se tratare de una sentencia con fuerza de cosa juzgada (34).

Con razón expuso nuestro distinguido colega en el profesorado de este Colegio Mayor y catedrático de Derecho Administrativo en el mismo, *Jaime Vidal*:

“Siguiendo el sistema que predomina en la mayor parte de los países, el Estado colombiano no consagra expresamente la responsabilidad por razón de la administración de justicia. El argumento principal que se da para justificar esta excepción es que el principio de la responsabilidad pondría en dudas la autoridad de la cosa juzgada que se reconoce a las sentencias.

Sin embargo, no tratándose propiamente de ir contra sentencias ejecutoriadas, sino de todo el conjunto de actos propios del ejercicio jurisdiccional del Estado, bien puede pensarse que este se halla sometido al principio de que toda persona que comete un daño debe indemnizarlo” (35).

Por consiguiente, llegamos a la siguiente conclusión: Si el fundamento de la obligación del Estado colombiano a indemnizar a las víctimas de la conducta errónea de sus órganos y empleados (inclusive en el caso de falta de servicio) estriba principalmente en el artículo 16 de la Constitución, según viene sosteniendo el Consejo de Estado, el Estado debe también indemnizar a las personas injustamente perjudicadas por sentencias con fuerza de cosa juzgada.

(34) Cf. Waline, ob. cit., N° 1618; Sayagués Laso, ob. cit., I, N° 464; Andrés Serra Rojas, Derecho Administrativo, 2ª ed., México, 1961, N° 348 b; Varas C., ob. cit., N° 238.

(35) Ob. cit., p. 268.

## DE LA PROVISION DE FONDOS

GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO

Con frecuencia se nos ha consultado sobre los principios legales y jurisprudenciales colombianos acerca de dos puntos del derecho cambiario, a saber:

1º—La propiedad de la provisión de fondos en el cheque y la letra de cambio, y

2º—El Cheque de Gerencia y la provisión de fondos.

Después de estudiar la materia con el necesario detenimiento hemos llegado al siguiente concepto:

**PRIMERO:** La Ley de Instrumentos Negociables, que lo es la 46 de 1923, define al cheque como “una letra girada sobre un Banco y pagadera a su presentación”, agregando que salvo disposición en contrario, las normas sobre letras de cambio pagaderas a su presentación son aplicables al cheque (art. 186).

Tanto la ley de Instrumentos Negociables como el Código de Comercio han dejado claramente establecido que ni el cheque por sí mismo, ni la aceptación (ni mucho menos el giro) de una letra de cambio, suponen una provisión de fondos por lo cual, en cuanto al cheque, se dejó sentado que su giro no obliga al Banco en favor del tenedor, a menos que lo acepte o lo vise y en cuanto a la letra, se concede al aceptante el derecho de exigirle al librador dicha provisión, aun después de aceptada la letra. (Arts. 190, Ley 46 de 1923 y 804 del C. de C.)

La existencia o inexistencia de la provisión de fondos tiene la importancia de determinar quién ha de pagar los gastos que se produzcan con el giro de una letra, si el librado no

acepta o no paga, a lo cual la ley responde: serán a cargo del librador a menos que se pruebe la existencia de la provisión. Si se produjo provisión el librador podrá exigir al librado la indemnización de aquellos que reembolsó al tenedor.

Tiene la provisión un segundo efecto legal: exime al librador de pagar al tenedor negligente (art. 777 del C. de Co.) que no se presente o proteste la letra en tiempo, al librado.

Mucho se ha discutido acerca de la persona a quien pertenezca en propiedad la provisión de fondos.

Sobre el particular existen tres sistemas legislativos:

El inspirado en la legislación francesa; el que sigue a la española y el de las legislaciones modernas, que consideran que la provisión es una relación económico-jurídica entre librador y librado, de carácter interno, independiente, que no debe mezclarse con la relación estrictamente cambiaria nacida de la letra (E. Langle). Por ello el derecho cambiario alemán y el sistema anglo-americano guardan silencio acerca de la provisión y niegan expresamente la cesión de la provisión a los tenedores del título.

La cuestión relativa a la propiedad de la provisión de fondos fue zanjada en Francia por una Ley de 8 de febrero de 1922, que agregó al art. 116 del Código de Comercio un inciso, según el cual "La propiedad de la provisión se transfiere de derecho a los portadores sucesivos de la letra de cambio".

En cuanto a cheques, el legislador francés fue aun más específico y por Decreto Ley de 30 de octubre de 1935 no solamente repitió que el portador es propietario de la provisión, sino que ella debe ser coexistente con el giro.

En la legislación española y por consiguiente en la colombiana, ya que si bien los principios de nuestro Código Civil son los mismos franceses, no sucede lo mismo en cuanto al Código de Comercio el cual se copió con especialidad del español de 1829, la institución de la provisión se halla consagrada pero en forma diferente a la francesa y únicamente para decidir sobre los efectos que determina su existencia o inexistencia. Nada dice sobre la propiedad y por consiguiente, jurídicamente es imposible atribuir al tenedor derecho alguno sobre la provisión; de la nada no puede crearse un derecho de propiedad.

Estos es lo que sostienen los tratadistas y lo que invariablemente han resuelto los tribunales españoles y chilenos, cuyos Códigos comerciales son sustancialmente iguales al colombiano.

De acuerdo con el concepto de aquellos y las decisiones de éstos la provisión constituye solamente un crédito de dinero que ostenta el librador contra el librado. (E. Langle-Manual de Derecho Mercantil Español — Tomo II. Arturo Davis. La Letra de Cambio).

Sin embargo, profundizando en la materia, y aun cuando en ningún tratadista hemos encontrado este planteamiento, por lo cual tímidamente lo sometemos a la consideración de los entendidos, estimo que en Colombia, y de contera en España, Chile y demás países con iguales principios legales de carácter comercial, a la vista de los artículos 805 y 806 del Código de Comercio debe distinguirse ya efectuada la provisión, entre dos casos, según que la letra o el cheque hayan sido aceptados o no.

Veamos primero el texto de las disposiciones:

Art. 805: "Publicada la quiebra del librador u ordenador, el librado no podrá aceptar ni pagar las letras giradas a su cargo, y los acreedores tendrán derecho para exigir al librado declare si ha aceptado o no.

Contraviniendo a esta prohibición, la aceptación y pago serán de cuenta y riesgo del aceptante, y los fondos de provisión volverán a la masa del concurso".

Art. 806: "Aceptada la letra antes de publicada la quiebra del librador u ordenador, los fondos de provisión quedarán en poder del aceptante, y éste será obligado a pagar con ellos al portador".

Repito que a la vista de estos dos artículos debe distinguirse:

1º—Si la letra aún no ha sido aceptada, los fondos de provisión pertenecen al librador y la prueba es que en caso de quiebra publicada ellos vuelven a la masa del concurso.

2º—Si la letra ya ha sido aceptada y se ha hecho provisión de fondos, éstos quedan afectados al pago de la letra y puede decirse con certeza que son de propiedad del tenedor de la letra. Lo dice el art. 806 transcrito: "Aceptada la letra... los fondos de provisión quedarán en poder del aceptante, y éste será obligado a pagar con ellos al portador".

Pero otro texto además, nos confirma en lo expuesto; es el art. 848 que a la letra dice: "Se presume válido el pago de la letra vencida, siempre que su valor no haya sido embargado por decreto de autoridad competente.

Solo podrá decretarse el embargo del importe de la letra por pérdida, sustracción, robo, quiebra del portador, o por

cualquier otro suceso que le prive de la administración de sus bienes”.

La segunda parte del artículo es prueba evidente de que los fondos, luego de la aceptación de una letra y antes de conocerse la quiebra del librador, pasan a ser propiedad del tenedor de la letra, puesto que esta disposición solamente admite el embargo por hechos que afectan al patrimonio de dicho portador o tenedor. Esta norma parte del supuesto de la letra aceptada como quiera que se refiere a la validez del pago y no se pagan sino las letras aceptadas.

Finalmente, el art. 822 del mismo C. de Co. confirma esta tesis cuando dice: “El portador de una letra de cambio, protestada por falta de aceptación o de pago, en ningún caso tiene derecho a la provisión hecha por el librador u ordenador...” De donde razonando a contrario sensu: El portador de una letra de cambio aceptada, tiene derecho a la provisión.

En resumen: La provisión pertenece al librador hasta el momento de la aceptación. A partir de este instante sobre ella tiene derecho el portador de la letra. (Para el correcto entendimiento de los textos del C. de Co. debe tenerse en cuenta que según sus voces, portador o tenedor es “el propietario de la letra a su vencimiento”. Art. 749).

En esto se diferenciaría el sistema colombiano del francés, si nuestra tesis es exacta; pues mientras el segundo le confiere derecho a cualquier tenedor el primero solamente lo otorga al “propietario de la letra a su vencimiento”.

Qué clase de derecho será este? No veo ningún obstáculo para afirmar que es de propiedad o al menos un derecho de garantía, como el mencionado en la ley cambiaria suiza, lo que en último término constituye también un derecho de propiedad sobre ese derecho de garantía pues recordemos que según el art. 670 del Código Civil “Sobre las cosas incorporales (y lo sería el derecho de garantía) hay también una especie de propiedad”.

SEGUNDO: *El Cheque de Gerencia*.—Como bien lo ha definido la Superintendencia Bancaria, cheque de Gerencia es una letra de cambio girada por un Banco contra su propia casa y pagadera a su presentación.

La persona pues, que adquiere un cheque de Gerencia y paga un valor por dicha adquisición, se constituye en acreedora del Banco por el valor del respectivo cheque. El dinero que el Banco recibe como contraprestación por la emisión del cheque pasa a ser de su propiedad.

No tiene el Banco, como no la tiene el girador o librador de una letra de cambio, obligación de constituir provisión de fondos. Lo dice expresamente el art. 190 de la ley 46 de 1923: “El cheque por sí mismo no equivale a una provisión de fondos...” Lo repite, además, el art. 804 del C. de Co. según el cual “La aceptación no supone respecto al librador u ordenador, la provisión de fondos...”.

En cuanto a la propiedad de la provisión sostengo la misma tesis atrás planteada: La provisión pertenece al librador hasta el momento de la aceptación y a partir de ésta, al portador de la letra, si naturalmente ya se hubiere efectuado la provisión al sobrevenir la aceptación.

Como en el Cheque de Gerencia el librador es el mismo librado, el giro equivale a aceptación.

Pero puede preguntarse: Qué sucede si un Banco recibe una nota de autoridad judicial comunicándole que debe retener a órdenes del respectivo funcionario “los saldos bancarios que en cuenta corriente o por cualquier otro concepto tenga el señor...? Debe entenderse que queda embargada o detenida la provisión de fondos de un cheque de Gerencia cuando la persona mencionada en la nota u oficio es el mismo beneficiario a quien se libró el cheque de Gerencia?

Aplicando a este caso particular los principios generales expuestos, conceptúo que no puede quedar retenida esa suma por dos razones:

*Primera:* Porque el propietario de la provisión o de la garantía que ella constituye no es el primer beneficiario sino el portador o tenedor es decir, según el art. 749 del C. de Co. “el propietario de la letra a su vencimiento” y en el caso del cheque —que es una letra de cambio pagadera a su presentación— lo será el tenedor que la presente y en el momento en que lo haga.

*Segunda:* Porque debe recordarse que el importe de una letra —o de un cheque— aceptada, solo puede embargarse, por “pérdida, sustracción, robo, quiebra del portador, o por cualquier otro suceso que le prive (al portador) de la administración de sus bienes”. (art. 848 del C. de Co.).

Con esto quiso el legislador proteger aun más el carácter de negociable de esta clase de instrumentos, de manera que no pudiera haber temor en su tradición por posibles embargos a su valor o a su provisión.

Como las ideas expuestas aquí no las hemos hallado en ningún tratadista a pesar de existir textos legales idénticos a los colombianos en otras codificaciones, sería interesante que desde esta revista se propiciara un debate sobre el particular.