

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION A

Consejero Ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil quince (2015)

RADICACIÓN: 250002326000 199802130 01
EXPEDIENTE: 28878
DEMANDANTE: ECOSALUD S.A.
DEMANDADO: BANCO POPULAR S.A.
REFERENCIA: ACCIÓN CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida 18 de agosto de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se despacharon negativamente sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 14 de julio de 1998, la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. - ECOSALUD .S.A. -, actuando en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitó que se hagan las siguientes declaraciones y condenas en contra del Banco Popular S.A.:

***“PRIMERA:** Se declare que entre la EMPRESA COLOMBIANA DE RECURSOS PARA LA SALUD S.A. - ECOSALUD S.A. - y el BANCO POPULAR S.A., se celebró un contrato de cuenta corriente nacional, en virtud del cual se abrió la cuenta corriente No. 063-12919-1 en la sucursal Chicó de Santa Fe de Bogotá D.C.*

***SEGUNDA:** Se declare que el BANCO POPULAR S.A., es civilmente responsable por el incumplimiento del contrato de cuenta corriente nacional celebrado con ECOSALUD S.A., consistente en el pago indebido de los cheques que a continuación se relacionan, y que por tanto debe restituir a la demandante su valor nominal, más el reajuste monetario que conforme a los índices de depreciación del poder adquisitivo de la moneda nacional certifique el DANE para el período comprendido entre las fechas de pago de cada instrumento y aquella en que se devuelva su importe efectivamente a la demandante, más los intereses corrientes bancarios desde la fecha en que se dispuso de los dineros de la demandante hasta*

que se le requirió mediante carta y de allí en adelante hasta que se pague, se computen los intereses de mora comerciales.

No. cheque	Fecha	Valor	Beneficiario
9089498	12 febrero/97	\$978.450.00	Héctor Vargas Bolívar
9089499	12 febrero/97	\$8'478.450.00	Guillermo González
9089500	12 febrero/97	\$18'579.450.00	Wilson Víctor Valbuena

TERCERA: Condenar en costas al demandado”.

1.1. Los hechos.

Como sustento de sus pretensiones, la parte actora, expuso, en síntesis, los siguientes hechos:

Relató la parte demandante que Ecosalud S.A., celebró un contrato de cuenta corriente nacional con el Banco Popular S.A., en virtud del cual se abrió la cuenta corriente No. 063-12919-1 y se entregó un talonario que contenía, entre otros, los cheques identificados con los números 9089498, 9089499 y 9089500.

Así mismo, manifestó la demandante que el día 14 de febrero de 1997, una funcionaria de la gerencia de seguridad bancaria del Banco Central Hipotecario alertó al departamento de tesorería de Ecosalud S.A., acerca del pago, por parte del Banco Popular S.A., de los cheques enunciados con anterioridad, sin que éstos hubieran sido confirmados por su girador, ante lo cual la entidad pública verificó que los mencionados cheques no habían sido girados, sino que habían sido hurtados.

Se indicó en la demanda que en esa misma fecha Ecosalud S.A., informó telefónicamente al Banco Popular S.A., acerca de lo ocurrido y que también lo hizo el 17 de febrero de 1997 por medio escrito.

Según el libelo las firmas impuestas en los cheques fueron falsificadas, no correspondían a las firmas registradas con ocasión de la apertura de la cuenta corriente y, a pesar de ello, según se aseveró, el banco pagó los cheques con culpa grave, pues lo hizo sin confirmación por parte de Ecosalud S.A.

Dijo la parte demandante que notificó oportunamente al Banco Popular S.A., sobre la adulteración de las firmas impuestas en los cheques pagados de manera irregular, pero que el banco se negó a reintegrar su valor.

Se relató también en la demanda que el día 15 de febrero de 1997, Ecosalud S.A., formuló denuncia ante la Fiscalía Seccional 302 delegada ante la Unidad de Reacción Inmediata de Santa Fe de Bogotá por los hechos narrados¹.

2. Actuación procesal.

La demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de julio de 1998², fue admitida mediante proveído del 1 de septiembre de 1998³, notificada al Banco Popular S.A., el 18 de enero de 1999⁴ y al señor agente del Ministerio Público el 17 de septiembre de 1999⁵.

3. La contestación de la demanda.

El Banco Popular S.A., contestó la demanda para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó unos y, respecto de otros, dijo que se atenía a lo que resultara probado en el proceso.

Como razones de su oposición la parte demandada señaló, en suma, que si bien el artículo 1391 del Código de Comercio establece que todo banco es responsable con el cuentacorrentista por el pago que haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado, lo cierto era que la misma norma también dispone una salvedad a dicha responsabilidad, en aquellos casos en los cuales el cuentacorrentista haya dado lugar a tales supuestos por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes.

Adujo el banco que el hurto y la falsificación de cheques a los que se refirió la parte actora, fueron posibles por su propio descuido y negligencia en la debida vigilancia y seguridad del talonario que contenía los cheques girados y que de ello dio cuenta la Contraloría General de la República en diferentes pronunciamientos, en los que evidenció las irregularidades que se presentaron en Ecosalud S.A., en relación con unos faltantes de fondos públicos por sustracción.

Expresó también la parte demandada que para la fecha en que se cobraron los cheques, a pesar de no ser su obligación legal, el banco intentó comunicarse telefónicamente con Ecosalud S.A., pero que no fue posible hacerlo por cuanto las líneas de la entidad estaban fuera de servicio, lo que habría facilitado la defraudación⁶.

¹ Folios 5 a 8 del cuaderno No. 3.

² Folio 8 del cuaderno No. 3.

³ Folio 12 del cuaderno No. 3.

⁴ Folio 14 del cuaderno No. 3.

⁵ Reverso folio 12 del cuaderno No. 3.

⁶ Folios 22 a 27 del cuaderno No. 3.

4. Alegatos de conclusión.

Una vez vencido el término probatorio, mediante auto del 27 de mayo de 2004⁷, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, término procesal del que hizo uso la demandada para, con base en las pruebas que obran en el proceso, insistir en los argumentos de su contestación⁸.

La parte actora presentó alegatos de conclusión de manera extemporánea⁹.

El Ministerio Público guardó silencio.

5. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 18 de agosto de 2004, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su decisión, expresó el Tribunal que, según el análisis probatorio que se realizó, la causa del daño por el cual se reclama indemnización era atribuible al “*desgreño administrativo de la entidad demandante*”, pues, a juicio del *a quo*, fue la falta de diligencia y de cuidado por parte de Ecosalud S.A., lo que constituyó la causa efectiva de la pérdida de los cheques y el consecuente desfalco.

Se señaló en la providencia que la entidad bancaria se limitó a tomar las medidas de seguridad necesarias y que en desarrollo de éstas no pudo advertir una falsedad evidente, pues, como lo señaló la Contraloría, dicha falsedad fue el resultado de la negligencia de la parte actora en el cuidado tanto de las chequeras como de los sellos.

Adicionalmente, se indicó en la providencia que al proceso no se allegó prueba alguna tendiente a establecer la falsificación de las firmas estampadas en los títulos valores sustraídos y que la pericia que para tales efectos se decretó no pudo ser practicada por causas imputables a la parte actora. En lo que a la presunta falsificación concierne, indicó el Tribunal que, según lo establecido por la Contraloría, las firmas de los cheques fueron “*el producto de reproducciones fraudulentas en la modalidad de imitación servil y sonsacadas en consulta de patrones auténticos*”, por lo que la falsedad de las mismas no era apreciable a simple vista, situación que favorece a la entidad bancaria, ya que su responsabilidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 733 del Código de Comercio, habría surgido en la medida en que la falsificación hubiera sido notoria.

⁷Folio 193 del cuaderno No. 3.

⁸Folios 194 a 205 del cuaderno No. 3 del expediente.

⁹ Ver constancia secretarial que obra a folio 208 del cuaderno No. 3 del expediente.

Finalmente, el Tribunal manifestó que no se pronunciaba en relación con la pretensión de la parte actora tendiente a declarar la existencia del contrato de cuenta corriente, por cuanto dicha circunstancia se encontraba plenamente respaldada en el plenario y, además, porque la litis no se remitió a dicho punto de la discusión, sino al incumplimiento del contrato, por lo que consideró inocuo hacer algún pronunciamiento al respecto¹⁰.

6. El recurso de apelación.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora interpuso recurso de apelación en su contra, con el objeto de solicitar que se revocara la sentencia y que, en su lugar, se accediera a la pretensión segunda formulada en la demanda, en el sentido de declarar que el Banco Popular S.A., incumplió sus obligaciones en el contrato de cuenta corriente que celebró con Ecosalud S.A., por haber pagado irregularmente los cheques relacionados en el libelo y que, en consecuencia, se le ordene restituir a favor de la entidad pública actora el valor nominal de los mismos.

Como fundamento de su oposición, insistió la parte apelante en que para proceder al pago de los cheques el banco accionado no agotó los mecanismos y procedimientos tendientes a comprobar la autenticidad de las firmas autorizadas y registradas ante la misma entidad bancaria, de lo cual, según dijo, no obra prueba en el proceso, pues se limitó únicamente a intentar una comunicación telefónica que no fue exitosa, de lo cual se dejó constancia en los títulos con los sellos de “*confirmado telefónicamente*” y “*no contestar*”.

Igualmente, señaló que Ecosalud S.A., informó al banco acerca de la pérdida de los formularios dentro de los términos establecidos en el artículo 1391 del Código de Comercio, norma que establece que si el aviso no se hace de manera oportuna, cesa la responsabilidad del banco para el pago del cheque falso.

Expresó también la parte apelante que el banco no puede evadir su responsabilidad en los hechos excusándose en la diligencia y cuidado que debía tener Ecosalud S.A., en relación con la expedición de los formularios, toda vez que el ilícito se configuró al momento de efectuarse el pago por parte de la entidad financiera, que procedió a ello sin el más mínimo control de seguridad y verificación que debía adelantar dada la cantidad de las cifras contenidas en los cheques.

¹⁰ Folios 209 a 217 del cuaderno principal.

Dijo la parte actora que, según la doctrina, las obligaciones del banco librado a la hora de pagar un cheque son: “a) *Comprobar que la firma del librado coincida con la registrada en las tarjetas del banco; b) verificar que el documento esté bien expedido o, como dice algún autor: ‘examinar el valor objetivo del cheque en cuanto a su existencia (valor formal) y especialmente en cuanto a la cantidad a que el mismo se refiere’, y c) Comprobar si la persona que lo presenta al cobro está legitimada para obtener el pago*”.

Con base en lo anterior, concluyó la parte demandante que el banco tiene la obligación de cotejar la firma que aparece en el cheque con la firma original que conserva la entidad financiera en sus archivos y que obtuvo al momento de la celebración del contrato de cuenta corriente; sin embargo, según aseveró, al momento de realizar el pago el banco omitió tal procedimiento¹¹.

7. Actuación en segunda instancia.

Mediante proveído del 3 de junio de 2005 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 18 de agosto de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹². A través de auto del 3 de febrero de 2006 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo¹³, término procesal dentro del cual hicieron uso las partes para insistir cada una de ellas en sus argumentos¹⁴ y, además, la parte demandada para solicitar que se revoque la sentencia en cuanto a la negativa de condenar en costas a la actora. El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Sala es competente para conocer del asunto en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de agosto de 2004, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en cincuenta millones de pesos (\$50'000.000), mientras que el monto exigido al momento

¹¹ Folios 234 a 236 del cuaderno principal.

¹² Folio 256 del cuaderno principal.

¹³ Folio 268 del cuaderno principal.

¹⁴ Folios 269, 229 a 233 y 270 a 273 del cuaderno principal.

de su presentación¹⁵ para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de controversias contractuales tuviera vocación de doble instancia era dieciocho millones ochocientos cincuenta mil pesos (\$18'850.000). (Decreto 597 de 1988).

Adicionalmente, para establecer si la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la llamada a conocer de las controversias que surgen de un contrato de cuenta corriente bancaria, debe tenerse en cuenta lo previsto en el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, según el cual:

“Artículo 32. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se define a continuación:

(...)

Parágrafo 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”.

Con base en la norma anterior, la Sección Tercera de esta Corporación ha expresado que en relación con la jurisdicción competente para conocer acerca de contratos celebrados con entidades que integran el sistema financiero, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, existen tres hipótesis posibles, así:

Primera: contrato celebrado entre una entidad financiera o aseguradora de carácter público y un particular. *En este evento, la entidad, a pesar de ser de naturaleza pública, por expresa disposición del estatuto de contratación estatal, párrafo 1 del art. 32 de la ley 80 de 1993, aquellos contratos que correspondan “al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social”, no son estatales y en consecuencia, la jurisdicción ordinaria conoce tanto de los procesos declarativos como los ejecutivos derivados de esos contratos. Por esta razón, se considera que este evento es igual a aquél en el que ambas partes son de naturaleza privada.*

Segunda: cuando el contrato es suscrito entre una entidad pública del sector financiero o asegurador y otra entidad estatal. *En este caso, a pesar de que, en principio, el contrato no se considera estatal por haber sido suscrito por una de las entidades del sistema financiero excluida del régimen de contratación de la ley 80 de 1993, el contrato adquiere tal naturaleza pero por haber sido celebrado con una “entidad estatal”, es decir, la naturaleza de contrato del Estado está determinada no por la entidad pública del sector financiero, sino por aquella entidad estatal que*

¹⁵14 de julio de 1998 (Folio 8 del cuaderno No. 3 del expediente).

contrata con la primera, a la que le es aplicable el régimen de contratación de la ley 80.

Por este motivo, la jurisdicción contenciosa administrativa será la competente para conocer de los procesos declarativos o ejecutivos que se deriven de esos contratos, de acuerdo con el art. 75 de la ley 80 de 1993.

Sobre ese aspecto la sala sostuvo:

'Sin embargo, el régimen de excepción [parágrafo 1 del art. 32] así establecido no está excluyendo la atribución a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las controversias contractuales que se deriven de los contratos celebrados en desarrollo de dichas actividades cuando el contratante sea también una entidad estatal de aquellas que están sujetas a dicho estatuto, caso en el cual la atribución de competencia prevista en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 se mantiene, en razón de la naturaleza que adquiere el respectivo contrato.

*En otros términos, si el contrato al cual se refiere la figura exceptiva del parágrafo del artículo 32, lo celebra un establecimiento de crédito, compañía de seguros u otra entidad financiera, siendo ella de carácter estatal, con un particular, la regulación y la jurisdicción escapan a lo previsto en la Ley 80 de 1993. **Pero si el contrato es celebrado, no con un particular, sino con otra entidad estatal, como ocurre en este caso en que el contratista es el municipio de Buenaventura, es claro que los preceptos de dicha Ley, al menos en cuanto a la jurisdicción se refiere, no se ponen en duda**¹⁶. (Negritas fuera del texto).*

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil expresó que

*"en principio, la jurisdicción competente para conocer de los contratos que celebren las entidades financieras y del sector asegurador de carácter estatal dentro del giro ordinario de las actividades propias de este tipo de entidades, entendiéndose por tales, aquellos que correspondan a las funciones y operaciones señaladas en el E.O.S.F. y los contratos conexos directamente con aquellas, será la jurisdicción ordinaria, salvo que dicho contrato se celebre con otra entidad estatal que se rija en su integridad por la ley 80 de 1993"*¹⁷.

Tercera: contratos celebrados entre una entidad financiera o aseguradora privada y una entidad estatal. Este evento es semejante al anterior, toda vez que a pesar de tratarse de una entidad del sistema financiero sujeta a las disposiciones del régimen privado, es decir, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Código de Comercio, el hecho de que la otra parte del contrato sea una 'entidad estatal' de aquellas contempladas en el art. 2 de la ley 80 de 1993, le otorga la categoría de estatal al contrato celebrado; en consecuencia, le es aplicable el régimen de contratación estatal y por consiguiente, las normas de competencia establecidas por el art. 75, es decir, la jurisdicción competente para conocer de los procesos declarativos y ejecutivos derivados de esos contratos es la contenciosa administrativa".

¹⁶ Auto del 7 de marzo de 2002, Exp. No. 19057, posición que fue reiterada en auto del 5 de noviembre de 2003, Exp. No. 24706.

¹⁷ Concepto del 29 de mayo de 2003, Radicación No. 1488.

De conformidad con lo anterior y dado que el caso *sub judice* se adecúa a la tercera de las referenciadas hipótesis, por cuanto el contrato de cuenta corriente cuyo incumplimiento se discute se celebró con Ecosalud S.A.¹⁸, que era una entidad de naturaleza pública, que fue creada bajo la autorización otorgada a través del artículo 43 de la Ley 10 de 1993, como “una sociedad de capital público, de la cual, serán socios la Nación y las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, y cuyo objeto sea la explotación y administración del monopolio rentístico creado mediante el artículo 42 de la presente ley...”¹⁹, dable es concluir que la competencia para conocer del presente proceso corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

2. Ejercicio oportuno de la acción.

De conformidad con el enunciado del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término de caducidad para interponer la acción contractual es de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Así las cosas, como quiera que, según lo dicho por la parte actora y lo acreditado en el proceso, el cobro presuntamente irregular de los cheques se habría presentado el 10 de febrero de 1997 y la demanda se instauró el 14 de julio de 1998, resulta evidente que el ejercicio de la acción fue oportuno.

3. Las pruebas que obran en el proceso.

3.1. Documentales.

¹⁸ La Empresa Colombiana de Recursos para la Salud - Ecosalud S.A., con capital de la Nación y de algunas entidades territoriales descentralizadas.

¹⁹ “Con arreglo a este marco legal se constituyó la Empresa Colombiana de Juegos de Suerte y Azar COLJUEGOS LTDA. mediante escritura pública No. 4379 de 1990 de la Notaría 9 de Bogotá del 23 de julio de 1990, inscrita el 17 de octubre de 1990, bajo el No. 307728 del Libro IX, según da cuenta el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, Sede Norte No. 02N04072606899PJA0426 fechado el 26 de julio de 1999 (...).

Posteriormente, por Escritura Pública No. 1408 de la Notaría 28 de Bogotá del 7 de diciembre de 1990, inscrita el 11 de diciembre de 1990 bajo el No. 312621 del Libro XI, dicha sociedad entre entidades públicas se transformó de limitada en anónima bajo el nombre Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. sigla Ecosalud S.A., como también pone de presente el certificado de existencia y representación legal citado (...).

De otra parte, según se desprende de lo dispuesto en sus estatutos, aprobados por Decreto 271 de 25 de enero de 1991, Ecosalud S.A. fue constituida como una sociedad entre entidades públicas del orden nacional dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, de la forma de las anónimas, sometida, en lo pertinente, al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, pertenecientes al Sector Salud y se organizó conforme lo dispuesto por los Decretos-leyes 1050¹⁹ y 3130 de 1968¹⁹, 130 de 1976¹⁹ y por sus estatutos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 27 de abril de 2011, Expediente: 16763.

- Certificado de existencia y representación de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. - Ecosalud S.A. -²⁰.

- Certificado expedido por el Secretario General Ad - Hoc de la Superintendencia Bancaria en relación con el Banco Popular S.A.²¹.

- Oficio No. 001988 del 14 de febrero de 1997, dirigido por el Jefe de Departamento de Tesorería de Ecosalud S.A., a la Gerente del Banco Popular S.A., sucursal Chicó de la ciudad de Bogotá, por medio del cual se informó que el cheque No. 9089498 no había sido girado por la entidad pública y, por tanto, se le solicitó a la entidad financiera que no lo pagara²².

- Oficio No. 001990 del 17 de febrero de 1997, dirigido por el Jefe de Departamento de Tesorería de Ecosalud S.A., a la Gerente del Banco Popular S.A., sucursal Chicó de la ciudad de Bogotá, por medio del cual se complementa el oficio anterior, en el sentido de informar la misma situación en relación con los cheques Nos. 9089499 y 9089500²³.

- Constancia de operación bancaria No. 7234643, de conformidad con la cual el 18 de febrero de 1997, el Banco Popular depositó en la cuenta No. 063-12919-1 de Ecosalud S.A., la suma de \$978.450 y en la que en la franja denominada detalle se lee: "*valor que estamos abonando por cheque 9498 devuelto por causal 08 por fuera de canje*"²⁴.

- Comunicación remitida con destino al proceso el 12 de julio de 2000, por el Vicepresidente del Banco Popular S.A., por medio del cual se informó el procedimiento que se sigue para la confirmación de los cheques y se dio cuenta de lo ocurrido en relación con ese aspecto con los cheques Nos. 9089498, 9089499 y 9089500²⁵.

- Oficio No. 8060 remitido con destino a este proceso el 9 de febrero de 2001 por el asistente judicial de la Unidad Primera de Delitos Contra la Fe Pública y Patrimonio, de la Fiscalía Seccional Tercera, por medio del cual se allegó al expediente un cuaderno con 278 folios correspondientes a las copias de las diligencias de la investigación No. 302118 que en esa oficina se adelantó por el delito de falsedad y estafa²⁶.

- Comunicación allegada al proceso el 7 de junio de 2001 por el asistente de procesos judiciales del Banco Popular, por medio del cual se aportó al expediente fotocopias certificadas de los cheques Nos. 9089498, 9089499 y 90899500, así como de las

²⁰ Folios 3 y 4 del cuaderno No. 3 del expediente.

²¹ Folio 2 del cuaderno No. 3 y 1 a 3 del cuaderno No. 2 del expediente.

²² Folio 9 del cuaderno No. 2 del expediente.

²³ Folio 10 del cuaderno No. 2 del expediente.

²⁴ Folio 27 del cuaderno No. 2 del expediente.

²⁵ Folio 34 del cuaderno No. 2 del expediente.

²⁶ Folios 38 a 318 del cuaderno No. 2 del expediente.

tarjetas de firmas y sellos registrados en la entidad financiera por Ecosalud S.A.²⁷. Con el mismo contenido obra en el expediente una comunicación, remitida por el Banco Popular con destino al proceso el 6 de agosto de 2001²⁸

- Oficio No. 2001-00979-LDO-RB remitido con destino a este proceso por el Laboratorio de documentología y grafología del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses el 30 de agosto de 2001, por medio del cual informa que la prueba grafológica solicitada no se pudo practicar porque para ello se requerían los sellos y firmas originales, así como un cuestionario que permitiera realizar la pericia²⁹.

- Oficio del 19 de febrero de 2004, remitido por la Fiscalía Seccional 91 con destino a este proceso, en el que se informó que en las diligencias radicadas bajo el número 302118, esa seccional profirió resolución inhibitoria. Igualmente, se puso en conocimiento que a pesar de que se solicitó el desarchivo del proceso, no se logró determinar su paradero, por lo cual no fue posible allegar las piezas procesales solicitadas en el oficio RJP-2004-111³⁰.

- Auto del 17 de abril de 1998, por medio del cual la Contraloría General de la República resolvió unos recursos de reposición en contra del auto de cierre de investigación y orden de apertura de juicio fiscal que se adelantó, entre otros, por los hechos narrados en la demanda³¹.

3.2. Testimoniales.

En el curso de proceso las personas que se relacionan a continuación rindieron testimonio: Ana Milena Oñate Jiménez³², Suly Stella Colorado Zuluaga³³ y Jorge Enrique Arredondo Rodríguez³⁴.

3.3. Interrogatorio de parte.

De folios 20 a 24, obra interrogatorio de parte surtido el 25 de octubre de 1995, con el representante legal del Banco Popular S.A.

4. El caso concreto.

²⁷ Folios 319 a 323 del cuaderno No. 2 del expediente.

²⁸ Folios 324 a 331 del cuaderno No. 2 de expediente.

²⁹ Folios 333 a 336 del cuaderno No. 2 del expediente.

³⁰ Folios 337 y 338 del cuaderno No. 2 del expediente.

³¹ Folios 28 a 91 del cuaderno No. 3 del expediente.

³² Folios 28 a 31 del cuaderno No. 2 del expediente.

³³ Folios 32 y 33 del cuaderno No. 2 del expediente.

³⁴ Folios 35 a 37 del cuaderno No. 2 del expediente.

Si bien la pretensión encaminada a que se declare la existencia del contrato de cuenta corriente no fue objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal *a quo* por considerar que la litis no recaía sobre tal aspecto y, además, dicha decisión tampoco fue objeto de apelación, lo cierto es que la existencia del contrato al que ha hecho alusión la parte actora constituye un presupuesto ineludible para que las pretensiones que se encaminaron en virtud de la acción contractual puedan ser resueltas.

Al respecto, es oportuno destacar que en la actualidad es criterio claro, pacífico, reiterado y soportado en la ley el supuesto ineludible según el cual, para que una pretensión pueda ser resuelta a través de la acción contractual, ésta debe tener por origen un contrato, dicha posición se ha edificado sobre el contenido del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, de conformidad con el cual, a través de la mencionada acción, las partes de un contrato estatal pueden solicitar que “*se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas*”.

Así las cosas, definida como está la competencia de esta Corporación para conocer del presente asunto, es necesario establecer el régimen jurídico aplicable a dicho contrato a efectos de adoptar una decisión en el caso concreto:

4.1. El régimen jurídico aplicable al contrato de cuenta corriente bancario.

En Colombia las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación han sido consideradas como actividades de interés público por las que debe velar el Estado. Así, en la hoy derogada Constitución de 1986, en el numeral 17 del artículo 120, se preveía que era deber del Presidente, como suprema autoridad administrativa, organizar el Banco Nacional y ejercer la inspección necesaria sobre los bancos de emisión y demás establecimiento de crédito conforme a las leyes.

Mediante el Decreto 1593 del 6 de junio de 1959, a las funciones que prestaba la banca privada se les otorgó de manera expresa el carácter de servicio público, el cual, posteriormente, fue reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 12 de junio de 1969, que al respecto precisó:

"Aunque formalmente no se califique de servicio público al que presta la banca privada, las regulaciones y controles a su expansión, y las limitaciones a las tasas de interés como fuente de utilidades, son típicas normaciones de servicio público. Y aunque se habla de permisos de funcionamiento, lo que hay implícito es el

otorgamiento de concesiones temporales".

Desde entonces, dada su importancia, las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, fueron reguladas de manera especial en varias leyes, especialmente en la Ley 45 de 1923, así como en varios decretos del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución de 1986³⁵.

Posteriormente, ante la dispersión y diversidad de normas que regulaban la materia, el Congreso, mediante la Ley 45 de 1990, otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para *"sistematizar, integrar y organizar en una solo cuerpo jurídico las normas vigentes que regulan a las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria"*, de donde surgió el Decreto Ley 1730 del 4 de julio de 1991, por medio del cual se expidió el *"Estatuto Orgánico del Sistema Financiero"*, en el que se compilaron las leyes sobre instituciones bancarias vigentes desde 1923, así como los distintos reglamentos constitucionales expedidos desde 1968³⁶.

En la Constitución Política de 1991³⁷, el legislador primario determinó que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado y que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito³⁸.

En desarrollo de tal precepto constitucional, el Congreso expidió la Ley 35 de enero 5 de 1993³⁹ *"Por la cual se dictan normas generales y se señalan los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora"* y, a su vez, en el marco de la mencionada ley, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 663 de 2 de abril de 1993⁴⁰ *"Por medio del cual se **actualiza** el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración"* (Destaca la Sala).

³⁵ Al respecto, ver: MARTÍNEZ NEIRA. Néstor Humberto. *"CÁTEDRA DE DERECHO BANCARIO COLOMBIANO"*. Editorial Legis. Primera Edición. 2000. Págs. 56 a 59.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Artículos 334 y 335 de la Constitución Política de 1991.

³⁸ *La Corte Constitucional en la sentencia C-1062/03 destacó que la actividad financiera es de interés general y como juega papel importante en el desarrollo económico, está sometida a la vigilancia estatal.*

³⁹ *"Por la cual se dictan normas generales y se señalan los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora"*, Diario Oficial 40.710 de 5 de enero de 1993.

⁴⁰ *Diario Oficial 40.820 de 5 de abril de 1993.*

Así entonces, en razón de la importancia y del interés público que media en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, éstas son de carácter reglado, dicha reglamentación es de carácter especial y se encuentra contenida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en las normas de derecho privado que le sean aplicables⁴¹.

Esta Corporación a propósito del carácter reglado de la actividad financiera y aseguradora, en Sentencia del 7 de julio de 1989, Sección Cuarta, expediente No. 1012, reiterada por la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto 1488 del 29 de mayo de 2003, señaló:

“(...) por tratarse de un servicio público del que es responsable el Estado y en el cual está de por medio el interés público, la actividad bancaria no es una actividad libre, sino que está limitada y condicionada por regulaciones expresas en cuanto su iniciativa, organización, desarrollo, operaciones posibles, condiciones de las mismas, vigilancia, terminación, liquidación, etc, y todas esas limitaciones tienen como finalidad, la protección de los intereses de la colectividad y no el ánimo de lucro que pudieran tener los particulares cuando prestan dicho servicio público”.

En razón de lo anterior, esto es, dada la importancia y naturaleza de las actividades mencionadas, los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las entidades financieras, tanto públicas como privadas, tienen un régimen especial que gobierna sus actividades, contenido, como ya se dijo, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en las normas del derecho privado que les sean aplicables.

En consonancia con lo anterior, en el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el legislador estableció una excepción en relación con la aplicación de las disposiciones contenidas en dicha normativa respecto de los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, al disponer que los contratos que tales entes celebren y que correspondan al giro ordinario de su objeto, esto es, al desarrollo de actividades financieras, bursátiles, aseguradoras y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, según corresponda, se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

⁴¹ “La ley comercial gobierna en general los contratos bancarios y algunos aspectos de los sujetos del derecho bancario. Pero sólo se aplica en defecto de disposición especial relativa a la materia financiera. Por manera que su carácter subsidiario con relación a la legislación bancaria definitivamente da lugar a afirmar su íntima relación con la legislación bancaria, pero al mismo tiempo su identidad propia”. MARTÍNEZ NEIRA. Néstor Humberto. “CÁTEDRA DE DERECHO BANCARIO COLOMBIANO”. Editorial Legis. Primera Edición. 2000. Pág. 23.

No obstante ello, cabe también señalar, como ya en otras oportunidades lo ha hecho la Sala⁴², que a través de la mencionada excepción normativa se introdujo un régimen mixto respecto de los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, pues si bien en lo que a los contratos que éstas celebren en el giro ordinario de su objeto se deben aplicar las normas especiales que regulan de manera la materia, en los demás contratos se aplicarán las normas contenidas en la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, la regulación contenida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contempla, entre otros aspectos, los relacionados con las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, hoy superintendencia Financiera, la estructura general del sistema financiero y asegurador, las operaciones autorizadas que dichas entidades pueden desarrollar, las entidades con regímenes especiales, la intervención del Estado en dichas actividades, el procedimiento para toma de posesión y liquidación de las mismas, así como un régimen sancionatorio en la materia.

En relación con la estructura general del sistema financiero y asegurador, el artículo primero del Estatuto señala que está integrado por los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros, las sociedades de capitalización, las entidades aseguradoras y los intermediarios de seguros y reaseguros, los cuales, por tanto, están sometidos al control y vigilancia del Estado a través de la Superintendencia Financiera.

El artículo 2º del Decreto 633 de 1993 señala la función que se predica respecto de las entidades financieras y, en particular, de los establecimientos de crédito, en los siguientes términos:

*“ART. 2º— 1. **Establecimientos de crédito.** 1. Modificado. L. 454/98, art. 54. Establecimientos de crédito. **Los establecimientos de crédito** comprenden las siguientes clases de instituciones financieras: establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras.*

Se consideran establecimientos de crédito las instituciones financieras cuya función principal consista en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito.

2. Establecimientos bancarios. Son establecimientos bancarios las instituciones financieras que tienen por función principal la captación de recursos en cuenta

⁴² Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia proferida el 12 de febrero de 2014, dentro del proceso radicado bajo el número interno 28209.

corriente bancaria, así como también la captación de otros depósitos a la vista o a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito.

(...)”.

En concordancia con lo anterior, en el artículo sexto y en el artículo séptimo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se definen los diferentes tipos de entidades bancarias, las operaciones bancarias y las demás actividades que la ley les permite realizar. En relación con las operaciones bancarias autorizadas, el Estatuto señala que todo establecimiento bancario organizado de conformidad con esa normativa tiene las siguientes facultades, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes:

“a. Descontar y negociar pagarés, giros, letras de cambio y otros títulos de deuda;

b. Recibir depósitos en cuenta corriente, a término y de ahorros, conforme a las previsiones contenidas en el Código de Comercio y en el presente Estatuto;

c. Cobrar deudas y hacer pagos y traspasos;

d. Comprar y vender letras de cambio y monedas;

e. <Literal modificado por el artículo 26 de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Otorgar crédito, incluidos préstamos para realizar operaciones dirigidas a adquirir el control de otras sociedades o asociaciones, sin perjuicio de lo previsto en el literal c) del artículo 10 del presente estatuto.

f. Aceptar para su pago, en fecha futura, letras de cambio que se originen en transacciones de bienes correspondientes a compraventas nacionales o internacionales.

g. Expedir cartas de crédito;

h. Recibir bienes muebles en depósito para su custodia, según los términos y condiciones que el mismo banco prescriba, y arrendar cajillas de seguridad para la custodia de tales bienes;

i. Tomar préstamos dentro y fuera del país, con las limitaciones señaladas por las leyes;

j. Obrar como agente de transferencia de cualquier persona y en tal carácter recibir y entregar dinero, traspasar, registrar y refrendar títulos de acciones, bonos u otras constancias de deudas;

k. Celebrar contratos de apertura de crédito, conforme a lo previsto en el Código de Comercio, y

l. Otorgar avales y garantías, con sujeción a los límites y prohibiciones que establezcan la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional, cada uno dentro de su competencia.

m. <Literal adicionado por el artículo 7o. de la Ley 510 de 1999. El texto es el siguiente:> Realizar las operaciones de que trata el numeral 5 del artículo 22 del presente Estatuto.

n. <Numeral adicionado por el artículo 1 de la Ley 795 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Realizar operaciones de leasing habitacional las cuales deben tener por objeto bienes inmuebles destinados a vivienda. Estas operaciones se considerarán leasing operativo para efectos contables y tributarios.

Para el desarrollo de esta operación los Establecimientos Bancarios deberán dar prioridad a los deudores de créditos de vivienda que hayan entregado en dación de pago el respectivo bien inmueble. Lo anterior siempre y cuando tales personas naturales, cumplan los requisitos legales mínimos relacionados con el respectivo análisis del riesgo crediticio.

En el reglamento que expida el Gobierno Nacional en desarrollo del presente artículo, adoptará medidas que garanticen la protección de los usuarios o locatarios.

ñ. <Numeral adicionado por el artículo 2 de la Ley 795 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Celebrar contratos de administración no fiduciaria de la cartera y de las acreencias de las entidades financieras que han sido objeto de toma de posesión para liquidación.

o. <Literal adicionado por el artículo 26 de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Realizar operaciones de leasing y arrendamiento sin opción de compra.

<Operación adicionada por el parágrafo del artículo 26 de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Autorízase a los establecimientos bancarios para manejar las cuentas de ahorro programado obligatorio previstas en el literal b) del numeral 4 del artículo 40 de la Ley 1151 de 2007” (Destaca la Sala).

Como se observa, el contrato de cuenta corriente es típicamente un contrato bancario, cuya ejecución implica el ejercicio de actividad financiera, razón por la cual únicamente puede ser desarrollado por las entidades a las que se refiere el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sean públicas o privadas, de conformidad con las normas dispuestas en dicha normativa y, por remisión suya, en las contenidas, en lo pertinente, en el Código de Comercio.

Descendiendo al caso concreto se tiene que el contrato de cuenta corriente al que se hizo alusión en la demanda se celebró entre la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud - Ecosalud S.A., entidad de naturaleza pública, que fue creada bajo la autorización otorgada a través del artículo 43 de la Ley 10 de 1993, como “una sociedad de capital público, de la cual, serán socios la Nación y las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, y cuyo objeto sea la explotación y administración del monopolio rentístico creado mediante el artículo 42 de la presente ley...”⁴³ y el Banco Popular S.A., entidad financiera que cambió

⁴³ “Con arreglo a este marco legal se constituyó la Empresa Colombiana de Juegos de Suerte y Azar COLJUEGOS LTDA. mediante escritura pública No. 4379 de 1990 de la Notaría 9 de Bogotá del 23 de julio de 1990, inscrita el 17 de octubre de 1990, bajo el No. 307728 del Libro IX, según da cuenta el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, Sede Norte No. 02N04072606899PJA0426 fechado el 26 de julio de 1999 (...).

su naturaleza jurídica de pública a privada después de la enajenación de las acciones que poseía la Nación⁴⁴ y que, según certificado expedido por el Secretario General Ad - Hoc de la Superintendencia Bancaria de Colombia, mediante escritura pública No. 85 del 13 de enero de 1997 de la Notaría 31 de Santa Fe de Bogotá, pasó de ser una sociedad de economía mixta del orden nacional sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a ser una sociedad comercial anónima. Así mismo, cambió su razón social a la de “*Banco Popular S.A.*”.

De conformidad con lo que se ha expuesto en el presente acápite de la providencia y a pesar de que Ecosalud S.A., siendo una entidad pública, no se encontraba inmersa en la excepción de que trata el parágrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por no haber tenido la condición de establecimiento de crédito, compañía de seguros u otra entidad financiera, y, además, a pesar de que ante la falta de pruebas para determinar la fecha de celebración del negocio jurídico sea imposible establecer la naturaleza jurídica que para ese entonces tenía el Banco Popular; dada la especialidad de la materia, la Sala concluye que al contrato de cuenta corriente que dio origen a la presente controversia le son aplicables las normas contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las del Código de Comercio que le sean pertinentes. Por la misma razón, aun cuando el contrato hubiese sido celebrado en vigencia del Decreto 222 de 1983, las normas aplicables serían las especiales que regulaban la actividad financiera y, en particular, las contenidas en lo pertinente en el Código de Comercio.

4.2. La existencia del contrato bancario de cuenta corriente.

Los contratos bancarios de cuenta corriente y depósito de ahorros se encuentran regulados en los artículos 1382 a 1399 del Código de Comercio y 125 y siguientes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Posteriormente, por Escritura Pública No. 1408 de la Notaría 28 de Bogotá del 7 de diciembre de 1990, inscrita el 11 de diciembre de 1990 bajo el No. 312621 del Libro XI, dicha sociedad entre entidades públicas se transformó de limitada en anónima bajo el nombre Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. sigla Ecosalud S.A., como también pone de presente el certificado de existencia y representación legal citado (...).

De otra parte, según se desprende de lo dispuesto en sus estatutos, aprobados por Decreto 271 de 25 de enero de 1991, Ecosalud S.A. fue constituida como una sociedad entre entidades públicas del orden nacional dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, de la forma de las anónimas, sometida, en lo pertinente, al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, pertenecientes al Sector Salud y se organizó conforme lo dispuesto por los Decretos-leyes 1050⁴³ y 3130 de 1968⁴³, 130 de de 1976⁴³ y por sus estatutos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 27 de abril de 2011, Expediente: 16763.

⁴⁴ El programa de venta de las acciones que poseía la Nación en el Banco Popular fue aprobado por el Decreto 814 de 1994.

De conformidad con el art. 1382 del Código de Comercio se tiene que “*por el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero, y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco*”.

El contrato bancario de cuenta corriente es un contrato bilateral, puesto que en virtud de su celebración cada una de sus partes adquiere y asume sus propios derechos y obligaciones: “*por la llamada cuentacorrentista, la de efectuar depósitos bien en dinero en efectivo, bien en cheques y la disponer total o parcialmente de los dineros depositados; y por el banco la de usar, gozar o disponer como suyos de esos dineros, la de restituir al cuentacorrentista lo pertinente y finalmente la de responder a éste por esos dineros*”⁴⁵.

Es un contrato principal y autónomo, toda vez que subsiste por sí mismo sin necesidad de la existencia de otro negocio jurídico previo o anterior del cual dependa; es oneroso, puesto que para ambas partes representa utilidad; es conmutativo, pues las cargas de una y otra son equivalentes; es de tracto sucesivo, porque el cumplimiento de las obligaciones no se agota en un solo acto, sino que se realiza de forma continuada y permanente mientras esté vigente, y es consensual, por cuanto se perfecciona por el simple consentimiento del cuentacorrentista y del banco⁴⁶.

En cuanto al perfeccionamiento de este negocio jurídico, la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

*“Celebrado el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria, **que se perfecciona por el simple consentimiento del cuentacorrentista y del banco**, surgen para aquél, sin previa solemnidad las facultades de hacer depósitos a su nombre, en dinero o en cheques, y de disponer de los saldos mediante el giro de cheques que ha de suministrar el banco*”⁴⁷. (Destaca la Sala).

Ahora bien, en relación con la prueba idónea para demostrar la existencia del contrato bancario de cuenta corriente, la Sección Tercera de esta Corporación, en providencia del 10 de junio de 2004, proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 24764, expresó:

“De este modo, en virtud del carácter consensual del contrato de cuenta corriente bancaria y de ahorros, la ley permite acudir a otros medios de prueba para

⁴⁵ MORALES CASAS. Francisco. “*FUNDAMENTOS DE LA ACTIVIDAD Y LOS NEGOCIOS BANCARIOS. ANALISIS INSTITUCIONAL LEGAL Y OPERATIVOS DE LA BANCA Y SU ENTORNO*”. Jurídica Radar Ediciones, 2005. Págs. 546 a 559.

⁴⁶ *Ibídem*.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de marzo de 1981. *Gaceta Judicial*. CLXVI, Pág. 405.

demostrar el monto de los dineros consignados e inferirse de ellos la existencia del contrato, tal y como se deduce de los artículos 1386 y 1396 del C. Co., según los cuales, 'constituye plena prueba de la consignación en cuenta corriente el recibo de depósito expedido por el banco' (art. 1386) y 'los depósitos recibidos en cuenta de ahorro estarán representados en un documentos idóneo para reflejar fielmente el movimiento de la cuenta. Los registros hechos en el documento por el banco, serán plena prueba de su movimiento' (art. 1396)".

Así entonces, dado que en el proceso obra la constancia bancaria No. 7234643 del 18 de febrero de 1997, en la que se detalla un depósito realizado a la cuenta corriente No. 063-12919 del Banco Popular, cuya titularidad se encuentra en cabeza de Ecosalud S.A., así como copia de los cheques números Nos. 9089498, 9089499 y 90899500, todos pertenecientes a la misma cuenta y por tanto prueba de sus movimientos, la Sala encuentra acreditada la existencia del contrato que dio origen al litigio que ahora se dispone a resolver.

4.3. El incumplimiento del contrato de cuenta corriente por parte del Banco Popular.

De conformidad con los fundamentos expuestos en la demanda y reiterados en el recurso de apelación, el incumplimiento que Ecosalud S.A., pretende endilgar en cabeza del Banco Popular, en relación con las obligaciones adquiridas en virtud del contrato de cuenta corriente celebrado entre ambas partes, habría consistido en el pago irregular que de los cheques números 9089498, 9089499 y 90899500 habría realizado la entidad financiera, al haber omitido los mecanismos y procedimientos tendientes a comprobar la autenticidad de las firmas autorizadas y registradas ante el banco.

La responsabilidad por el pago de cheques falsificados o alterados, está regulada por el Código de Comercio en los artículos 732, 733 y 1391, así:

“ARTÍCULO 732. Todo banco será responsable a un depositante por el pago que aquel haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al banco, dentro de los tres meses después de que se le devuelva el cheque, que el título era falso o que la cantidad de él se había aumentado.

Si la falsedad o alteración se debiere a culpa del librador, el banco quedará exonerado de responsabilidad.

(...)

ARTÍCULO 733. El dueño de una chequera que hubiere perdido uno o más formularios y no hubiere dado aviso oportunamente al banco, sólo podrá objetar el pago si la alteración o la falsificación fueren notorias.

(...)

ARTÍCULO 1391. Todo banco es responsable con el cuentacorrentista por el pago que haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado, salvo que el cuentacorrentista haya dado lugar a ello por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes.

La responsabilidad del banco cesará si el cuentacorrentista no le hubiere notificado sobre la falsedad o adulteración del cheque, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió la información sobre tal pago”.

La H. Corte Suprema de Justicia ha estudiado el tema de la responsabilidad por el pago de un cheque falso o adulterado desde mucho tiempo atrás. En un inicio, esa Corporación abordó el régimen de responsabilidad como un todo, estableciendo como regla general la responsabilidad del banco por el pago de cheques falsificados o alterados, la cual podía ser desvirtuada con la demostración, por parte de la entidad financiera, de la culpa del cuentacorrentista, de sus dependientes, factores o representantes en la configuración de la falsificación o alteración, o por no haber sido notificada por parte del cuentacorrentista acerca de tales circunstancias dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que se enviara la información del pago, caso en el cual el cliente sólo podía reclamar si alteración o falsificación fueran notorias⁴⁸:

“Pero el riguroso principio anterior se quiebra si por culpa del cuentacorrentista, de sus dependientes, factores o representantes, se dio lugar al pago del cheque con firma falsificada, o alterado, cesando la responsabilidad para el banco en el caso de no haber notificado por el cuentacorrentista sobre la falsedad o adulteración del cheque dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió la información sobre el pago (art. 1391 C, de Co.); en el evento de no haber dado oportuno aviso al banco, se restringe la posibilidad al cuentacorrentista de objetar el pago, al hecho de que la alteración o falsificación fueren notorias (art. 733. C. de Co.)”⁴⁹.

Posteriormente, esa H. Corporación, varió su posición jurisprudencial en relación con el régimen de responsabilidad al que se refieren los artículos del Código de Comercio anteriormente transcritos, en el sentido de señalar que el artículo 733 contempla un supuesto particular que se sustrae al principio general de responsabilidad a cargo del banco contenido en los artículos 732 y 1391 ibídem, determinado por la pérdida del o los cheques falsificados o alterados, y bajo cuya ocurrencia se invierte la carga de la prueba en cabeza del cuentacorrentista, quien, en tal evento, deberá sufrir las consecuencias que de tal hecho pudieran derivarse, sin importar que haya mediado o no su culpa en el cuidado del o los formularios, salvo que logre informar al banco de

⁴⁸ Al respecto se pueden consultar las siguientes providencias: 9 de diciembre de 1936, publicada en Gaceta Judicial XLIV,405; 15 de julio de 1938, publicada en Gaceta Judicial XLVII, 68; 11 de marzo de 1943, publicada en Gaceta Judicial LV, 48; 23 de abril de 1959, publicada en Gaceta Judicial XC, 354; 26 de noviembre de 1965, publicada en Gaceta Judicial CXIII y CXIV, 198; 29 de noviembre de 1976, publicada en Gaceta Judicial CLII, 522; 24 de octubre de 1994, publicada en Gaceta Judicial CCXXXI, 830.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 5831.

manera oportuna acerca de la pérdida, o que, de no hacerlo, logre acreditar que la falsificación o alteración era notoria, posición jurisprudencial que en la actualidad se encuentra vigente y que se adoptó en sentencia del 8 de septiembre de 2003, en la cual la H. Corte Suprema de Justicia discurrió sobre el tema, en los siguientes términos:

“4. Aparte de que, como se ha venido insistiendo, en principio el banco librado es responsable por el pago del cheque falso y que de ello sólo puede sustraerse si demuestra cabalmente que lo anterior obedeció a culpa del librador, o de quienes lo representan, o de aquellos que de él dependen, es menester agregar que el establecimiento igualmente podría exonerarse de responsabilidad cuando se encuentre que no fue notificado oportunamente sobre la falsificación o adulteración del instrumento pagado, en torno de lo cual, esta Corporación, en la última providencia citada, después de notar ‘una real situación de antinomia’ entre los artículos 732 y 1391 del Código de Comercio, ‘en cuanto contemplan dos términos de caducidad distintos, uno de 3 meses y otro de 6’, se inclinó por la segunda de tales disposiciones mercantiles, para concluir: ‘a) Que el término dentro del cual el cuentacorrentista debe dar aviso al banco sobre la falsedad del título pagado es de seis (6) meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1391 del C.C.; b) Que dicho término empieza a correr a partir del envío de la información suministrada por el banco al cuentacorrentista sobre el pago del cheque falso, la que bien puede darse al mismo tiempo con la devolución del título y el envío del extracto de la cuenta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 728 íb.; o de alguna de las dos formas, según sea lo que ocurra primero; c) Que si no se da dicho aviso oportunamente, cesa la responsabilidad del banco por el pago del cheque falso’.

5. Aunque dentro del mismo tema de la responsabilidad, pero sin que haya lugar a confundirlo por tratarse de una hipótesis particularísima que, por lo mismo, merece un manejo disímil, impónese resaltar que el artículo 733 del Código de Comercio exige distinguir el pago de cheques falsificados o adulterados, sin mediar su pérdida por parte del dueño de la chequera - riesgo propio de la circulación -, como lo prevén las normas aludidas en los párrafos precedentes, de aquel que se haga de títulos igualmente apócrifos, pero precedido de la ‘pérdida’, evento este que, como se analizará con detenimiento, está regulado exclusiva y preferentemente por la disposición que se acaba de mencionar.

Evidentemente, en esta especial circunstancia, el dueño de la chequera, que no es otro que el cuentacorrentista, según voces de los artículos 714 y 1382 íbidem, ‘que hubiere perdido uno o más formularios’, deberá avisar sobre dicho suceso a fin de que el banco se abstenga de hacerlos efectivos, porque de lo contrario, es decir, si no da noticia del hecho irregular o si lo hace de modo extemporáneo, la objeción por su pago sólo tendrá cabida si ‘la alteración o la falsificación fueren notorias’.

Pronto se avista así cómo a partir de un supuesto fáctico singular, esto es, el de la ‘pérdida’ de uno o varios formularios de cheque, se modifica la forma como habrán de endilgarse los efectos derivados del pago de los mismos ilegítimamente diligenciados, puesto que tal hipótesis se sustrae de la regla general de responsabilidad a cargo del banco establecida, según se vio, en los artículos 732 y 1391 del C. de Co.

Efecto de lo anterior es que sin importar cuál haya sido la conducta del cuentacorrentista en el cuidado del talonario, él será el llamado a soportar las secuelas de su pérdida, de suerte que el banco sólo asumirá el resultado del pago

*del cheque apócrifo previamente perdido por el cuentacorrentista si éste lo enteró tempestivamente del hecho de la pérdida, o si la falsedad es cuestión notoria*⁵⁰ (Destaca la Sala).

La posición adoptada en la citada sentencia, se apoyó en el artículo 194 de la “Ley General de Título y Operaciones de Crédito” de México, con sustento en que el Código de Comercio Colombiano se fundó, en el aspecto tratado, sobre bases análogas a las de otras codificaciones. Sobre este aspecto expresó:

*“No sin antes observar que, por razones suficientemente conocidas, el Código de Comercio se funda en este aspecto sobre bases análogas a las de otras codificaciones⁵¹, con respecto al artículo 194 de la ‘Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito’ de México, el expositor Joaquín Rodríguez Rodríguez indica: “... el problema es saber cuándo puede decirse que el librador o sus representantes, ‘han dado lugar’ a la alteración o falsificación. **Para apreciar esta culpa, deben tenerse en cuenta dos diversas hipótesis: primera, el cheque estaba redactado sobre una de las fórmulas del talonario que el banco proporcionó al cliente; segunda, el cheque no estaba redactado en una de las fórmulas indicadas. Si ocurre lo primero, el artículo 194, en su párrafo segundo, establece una clara presunción: la culpa del pago indebido es del girador; se supone que es éste el que ha dado lugar al pago indebido, por haber incurrido en una negligencia en la custodia del talonario que el banco le proporcionó. De este modo, el girador soportará el pago del cheque falsificado, o alterado, cuyo importe le será cargado en su cuenta. Esta presunción tiene dos excepciones. La primera, es la que resulta del hecho de ser notorias la falsificación o la alteración. ... La segunda excepción es la que***

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de septiembre de 2003, expediente 6909. En el mismo sentido ver: sentencia del 15 de junio de 2005, expediente 1999-00444-01; sentencia del 29 de septiembre de 2006, expediente 1992-20139-01; sentencia del 17 de octubre de 2006, expediente 1999-00481-01; sentencia del 16 de junio de 2008, expediente 1995-01394-01; sentencia del 17 de octubre de 2008, expediente 2008-01657-00.

⁵¹ En compendio, el artículo 194 de la “Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito” de México, presenta un contenido equiparable con el de los artículos 732, 733 y 1391 del Código de Comercio Colombiano, así: “La alteración de la cantidad por la que el cheque fue expedido, o la falsificación de la firma del librador, no pueden ser invocadas por éste para objetar el pago hecho por el librado, si el librador ha dado lugar a ellas por su culpa, o por la de sus factores, representantes o dependientes. Cuando el cheque aparezca extendido en esqueleto de los que el librado hubiere proporcionado al librador, éste sólo podrá objetar el pago, si la alteración o la falsificación fueren notorias, o si, habiendo perdido el esqueleto o el talonario, hubiere dado aviso oportuno de la pérdida al librado. Todo convenio contrario a lo dispuesto en este artículo es nulo.” Por su parte, los artículos 5, 35 y 36 de la ley Argentina de cheques - número 24452 de 1995 que derogó el Decreto Ley 4776 de 1963, pero con reproducción sustancial de su texto en esta materia -, otorgan un tratamiento coincidente al asunto: “Artículo 5. En caso de extravío o sustracción de fórmulas de cheque sin utilizar, de cheques creados pero no emitidos o de la fórmula especial para solicitar aquellas, el titular de la cuenta corriente deberá avisar inmediatamente al girado. En igual forma deberá proceder cuando tuviese conocimiento de que un cheque ya emitido hubiera sido alterado. El aviso también puede darlo el tenedor desposeído. El aviso cursado por escrito impide el pago del cheque, bajo responsabilidad del titular de la cuenta corriente o del tenedor desposeído. (...)”, “artículo 35. El girado responderá por las consecuencias del pago de un cheque, en los siguientes casos: 1. Cuando la firma del librador fuese visiblemente falsificada. 2. Cuando el documento no reuniese los requisitos esenciales especificados en el artículo 2º. 3. Cuando el cheque no hubiese sido extendido en una de las fórmulas entregadas al librador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º.” y “artículo 36. El titular de la cuenta corriente responderá de los perjuicios: 1. Cuando la firma hubiese sido falsificada en alguna de las fórmulas entregada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º y la falsificación no fuese visiblemente manifiesta. 2. Cuando no hubiese cumplido con las obligaciones impuestas por el artículo 5º. La falsificación se considerará visiblemente manifiesta cuando pueda apreciarse a simple vista, dentro de la rapidez y prudencia impuestas por el normal movimiento de los negocios del girado, en el cotejo de la firma del cheque con la registrada en el girado, en el momento del pago.”

resulta del aviso dado al banco por el cliente de haber perdido o haber sufrido la sustracción del talonario o de algunas de las fórmulas de cheques... (Derecho Bancario, 7ª ed., Editorial Porrúa S.A., México, 1993, pág. 218, cursiva textual). Del mismo criterio participa el tratadista Raúl Cervantes Ahumada, autor del proyecto Intal, (Títulos y Operaciones de Crédito, 14ª ed., Editorial Porrúa S.A., México, 2000, pag. 117)" (Destaca la Sala).

Así entonces, queda claro que para efectos de analizar y determinar la responsabilidad por el pago de uno o varios cheques falsificados o alterados, primariamente es menester establecer el supuesto normativo en el que se sitúa el caso, esto es, si a dicha falsificación o alteración ha precedido o no la pérdida del cheque, lo que dará lugar, según corresponda, a realizar los siguientes razonamientos:

a) Cuando no medie la pérdida del formulario de la chequera entregada por el banco al cuentacorrentista. Si el caso se enmarca en este supuesto, las normas que habrán de analizarse serán las contenidas en los artículos 732 y 1391 del Código de Comercio, en consecuencia, en principio, la responsabilidad recaerá en cabeza de la entidad financiera, la cual, por tanto, deberá devolver al cuentacorrentista el valor de lo pagado indebidamente; sin embargo, a la vez, la norma prevé que dicha responsabilidad cesa o desaparece cuando ocurre una cualquiera de las siguientes circunstancias: *i)* que la falsificación o alteración del cheque se hubiera presentado por culpa del cuentacorrentista o por la de sus dependientes, factores o representantes, o *ii)* que el cuentacorrentista no hubiere informado al banco acerca de la adulteración o falsificación del cheque, dentro de los seis (6) meses siguientes al envío de la información de pago.

En este supuesto, la carga probatoria que recae en cabeza del cuentacorrentista para que se proceda a la devolución del valor pagado con base en un cheque falso o adulterado, consiste en demostrar que *i)* el pago se hizo, *ii)* que, en efecto, el cheque estaba afectado por alguna de las mencionadas situaciones y *iii)* que de ello se dio cuenta al banco dentro de los seis (6) meses siguientes al envío de la información acerca del pago; mientras que la carga probatoria que recae en cabeza de la entidad financiera para exonerarse de responsabilidad, consiste en demostrar, o bien que fue la culpa del cuentacorrentista, la de sus dependientes, factores o representantes la causa que dio lugar a que se configurara alguna de dichas circunstancias, o que el cuentacorrentista no dio información al banco acerca de la falsedad o alteración del cheque dentro los seis (6) meses siguientes a la fecha en que se envió la información acerca del pago.

En ese orden de ideas, dable es concluir que, si de este evento se trata, para lograr la devolución del valor pagado por el banco con base en un cheque falso o alterado, el

cuentacorrentista no estará en la obligación de acreditar ningún tipo de culpa por parte del banco, como quiera que el principio de responsabilidad en cabeza de éste viene dado por la misma ley y, en consecuencia, es a la entidad financiera a la que corresponde desvirtuarlo. Sobre este aspecto en la sentencia del 9 de septiembre de 2003 que viene comentándose, la Corte Suprema de Justicia, señaló:

“3. Bajo las anteriores premisas, forzosa es la conclusión consistente en que el cuentacorrentista, en aquellas ocasiones en que un establecimiento bancario descarga un cheque falso o adulterado, no tiene el deber de acreditar ningún tipo de culpa de parte de éste, como quiera que el mismo sistema jurídico se ha encargado de asignarle la responsabilidad aneja a los riesgos propios de la actividad que desarrolla. Como lo dijo esta Corporación en el mentado fallo de septiembre de 1999, ‘... deviene inútil e insubstancial la tarea de emprender la acreditación de alguna culpa atribuible a ellas - se refiere a las entidades bancarias -, habida cuenta que la ley las considera responsables por el pago de los cheques adulterados, obligación que se extingue cuando por culpa imputable al titular de la cuenta corriente se hubiese producido la defraudación”.

b) Cuando medie la pérdida del formulario de la chequera entregada por el banco al cuentacorrentista. Si el caso se enmarca en este supuesto, la norma que habrá de analizarse será la contenida en el artículo 733 del Código de Comercio, en consecuencia, la carga de la prueba correrá a cargo del cuentacorrentista, quien deberá acreditar una cualquiera de las siguientes circunstancias: *i)* que dio aviso al banco acerca de la pérdida del formulario de chequera de manera oportuna y que, no obstante ello, el banco procedió al pago, o, en caso de omisión del aviso o de que este hubiera sido extemporáneo, *ii)* que la falsificación o alteración del cheque era notoria, a pesar de lo cual la entidad financiera lo canceló.

Contrario sensu de lo concluido en el evento anterior, en este caso al banco no le asiste responsabilidad alguna en demostrar la culpa del cuentacorrentista en la pérdida del cheque falsificado o adulterado, así como tampoco en relación con la notoriedad o no de tales aspectos, lo primero, por cuanto, de conformidad con lo que viene de analizarse, sin importar cuál haya sido la conducta del cuentahabiente en el cuidado del talonario, él será el llamado a soportar las secuelas de su pérdida, lo segundo, porque esa será una carga que deba asumir el cuentacorrentista en razón del interés que en ese particular le asiste.

En relación con lo anterior, en la plurimencionada sentencia del 9 de septiembre de 2003, el Máximo Tribunal de la justicia ordinaria expresó:

“... la carga probatoria que allí se atribuye al librado [se refiere al artículo 733 del Código de Comercio] en forma alguna comprende la demostración de la culpa del cuentacorrentista en la pérdida del esqueleto o esqueletos de cheque, ya que ello

sería exigir la satisfacción de un requisito que la ley no prevé, pues, se reitera, el tratamiento particular que ofrece el citado artículo 733 parte de la simple y llana 'pérdida', seguida, eso sí, de la falta de enteramiento al banco o del anuncio extemporáneo. En lo que hace a la notoriedad de la falsedad es de verse que si, por mandato del artículo 177 del C. de P.C., concierne a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen, no resulta adecuado esperar que el banco sea el encargado de traer al proceso la evidencia de que 'la falsificación no fue notoria, o sea, de difícil verificación', habida cuenta que si el cuentacorrentista que ha extraviado el título y no lo ha comunicado al banco - o lo ha comunicado por fuera del término - es quien pretende reservarse el derecho de objetar el pago efectuado por el librado, es a él, y sólo a él, al que compete el cumplimiento de la carga de acreditar que el instrumento contenía una falsedad o alteración palpable, más si se tiene en cuenta que la consecuencia que se desprendería de dicha demostración, esto es, mantener a salvo la posibilidad de que el establecimiento pagador le reembolse la suma entregada, redundará en beneficio exclusivo del cuentahabiente”.

Adicionalmente, en cuanto a la oportunidad que tiene el cuentacorrentista para informar al banco acerca de la pérdida del cheque en el evento previsto en el artículo 733 del Código de Comercio, debe precisarse que ésta no puede confundirse con la notificación de la falsedad o alteración del documento a la que se refieren los artículos 732 y 1391 ibídem, toda vez que, por tratarse de supuestos disímiles, en uno y otro caso, dicho plazo opera de manera diferente, en el primero, el aviso será oportuno siempre y cuando se informe al banco de la pérdida antes de que éste hubiera procedido al pago, en el segundo caso, el plazo opera con posterioridad a la cancelación del cheque falsificado o alterado, pues, según las normas pertinentes, en tratándose de estos eventos, el término empieza a correr después del envío de la información del pago que el banco remita al cuentacorrentista⁵².

De conformidad con todo lo anterior, corresponde ahora a la Sala determinar el supuesto normativo en el que se sitúa el caso *sub judice*, para lo cual se deben tener en cuenta los siguientes hechos probados:

- El día 7 de febrero de 1997, se libraron los siguientes cheques, todos correspondientes a la cuenta corriente No. 06312919 del Banco Popular, cuyo titular era Ecosalud S.A., e igualmente todos girados a favor de personas naturales: cheque No. 9089500, por valor de \$18'579.450, cheque No. 90289499, por valor de \$8'478.450 y cheque No. 9089498, por valor de \$978.450.

⁵² Sobre este particular la sentencia del 9 de septiembre de 2003, señala: “Ha de precisarse que el aviso previsto por el artículo 733 del Código de Comercio, referido como se viene diciendo a la pérdida o extravío de los esqueletos de cheques, sólo será oportuno si el banco lo recibe con antelación al pago del título, como quiera que tiene el propósito de prevenir que se haga efectivo el derecho que anormalmente se ha incorporado en el instrumento.

(...)

En este punto, resulta menester destacarlo, surge nítido que el aviso en cuestión difiere sustancialmente de la notificación que imponen los artículos 732 y 1391 del C. de Co., pues ésta, por corresponder a una eventualidad distinta, emerge con posterioridad al pago del cheque falso o adulterado”.

- El día 10 de febrero de 1997, los cheques Nos. 9089499 y 9089500, fueron cobrados y pagados. El cheque No. 9089498, fue cobrado y pagado el día 13 de ese mismo mes y año.

- El día 14 de febrero de 1997, el Jefe del Departamento de Tesorería de Ecosalud S.A., a través de oficio No. 001988, informó a la Gerente de la sucursal Chicó del Banco Popular, que el cheque No. 9089498 no había sido girado por la entidad pública y que, por tanto, se abstuviera de pagarlo.

- El día 15 de febrero de 1997, el entonces Presidente de Ecosalud S.A., instauró denuncia penal ante la Fiscalía Seccional 302 Delgada, por la pérdida de unos cheques del “*banco de CUENTAS CORRIENTES*” a través de las cuales la entidad manejaba sus recursos. Entre los cheques extraviados se reportaron los tres del Banco Popular que fueron relacionados con anterioridad.

Relató el denunciante que el 14 de febrero de 1997, a la altura de las 11 de la noche recibió una llamada del Vicepresidente Financiero de Ecosalud S.A., quien le informó que el Tesorero de la entidad había reportado la pérdida de unos cheques en blanco. Indicó también que, al día siguiente, esto es, el 15 de febrero, se reunieron en las instalaciones de la empresa y se confirmó la “*sustracción de los siguientes cheques: (...), del BANCO POPULAR, los cheques Nos. 9089498; 9089499; y 9089500 (...)*”, así mismo, se informó que los títulos ya habían sido consignados en cuentas corrientes de personas naturales.

- El día 17 de febrero de 1997, el Jefe del Departamento de Tesorería de Ecosalud S.A., a través de oficio No. 001990, remitido a la Gerente de la sucursal Chicó del Banco Popular, informó que complementada “*el oficio No. 001988 remitido vía fax a las 5:20 p.m. del día viernes 14 de febrero del presente año, para comunicarles que también los cheques No. 9089499 y 9089500, de nuestra cuenta corriente en referencia fueron hurtados*”, razón por la cual solicitó que no fueran pagados.

A partir del material probatorio relacionado, es posible concluir que el caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala debe ser analizado desde la óptica contemplada en el artículo 733 del Código de Comercio, por cuanto, al margen de la culpa que hubiera podido tener la entidad demandante en la pérdida de los formularios de la chequera que fue entregada por el Banco Popular para el manejo de la cuenta corriente No. 06312919, lo cierto es que los documentos se extraviaron estando en

manos de la cuentacorrentista, a quien, al parecer, le fueron sustraídos de manera irregular.

En esas condiciones, según lo antes estudiado, era a la parte actora a la que le correspondía demostrar, o bien, que informó de manera oportuna al banco acerca de la pérdida de los cheques para evitar que éste procediera al pago o, de no haberlo hecho, que la falsificación de los mismos era notoria.

En relación con el primer aspecto, en el recurso de apelación la parte demandante señaló que informó acerca de la pérdida de los cheques dentro del término de los seis (6) meses a que se refiere el artículo 1391 del Código de Comercio. Al respecto, debe decirse que si bien ese hecho se encuentra demostrado, lo cierto es que, como antes se explicó, al no estar el caso enmarcado en dicha norma, sino en el particular supuesto del artículo 733, el aviso únicamente podía considerarse oportuno si el banco lo hubiera recibido con antelación a la fecha en que se pagaron los títulos, mientras que el término al que se refiere el artículo 1391, opera con posterioridad al pago del cheque falso o adulterado y, además, en ese evento la notificación no versa sobre la pérdida, sino sobre la falsificación o adulteración del respectivo cheque.

Así las cosas, como quiera que el aviso que Ecosalud S.A., reportó al Banco Popular en relación con la pérdida de los cheques no fue oportuno, toda vez que ocurrió con posterioridad a su pago, pues los cheques se cancelaron el 10 de febrero de 1997 y el aviso se dio los días 14 y 17 de febrero de esa misma anualidad, a la entidad pública demandante le correspondía demostrar que la falsificación que aseguró se hizo de la firma del librador en los documentos era notoria y que, a pesar de ello, el banco los pagó; no obstante, en relación con este aspecto no obra ninguna prueba en el plenario.

En efecto, se encuentra en el expediente que el estudio grafológico solicitado por la parte demandante con el objeto de que se verificara la coincidencia entre las firmas registradas en el Banco Popular con las suscritas en los cheques presentados y pagados para su cobro, no pudo ser practicado, toda vez que no fue posible obtener el material idóneo para realizarlo, esto es, el original de toda la documentación.

En razón de lo anterior, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ofició a la Fiscalía 91 Seccional de la Unidad Primera de Delitos contra la Fe Pública y Patrimonio, para que remitiera con destino a este proceso copia auténtica del estudio grafológico realizado a las firmas registradas en el banco por parte de la entidad demandante, así como a las impuestas sobre los cheques presentados y pagados. Igualmente, solicitó lo propio en relación con los sellos y protector registrados en el banco y los utilizados en

los cheques, en cuanto a su número, naturaleza y calidad; sin embargo, según respuesta dada por dicha unidad de la Fiscalía, no fue posible allegar la pieza procesal solicitada, dado que no se logró determinar el paradero del expediente. En el mismo documento, el ente fiscal informó que en las diligencias del respectivo proceso penal se había proferido resolución inhibitoria.

En ese contexto, dada la insuficiente información con la que se cuenta en el proceso en relación con la presunta falsificación de las firmas suscritas en los cheques cobrados, resulta imposible si quiera determinar si dicha falsificación ocurrió, menos aún es posible establecer si la misma era o no notoria.

En este punto, precisa la Sala que si bien, en auto del 17 de abril de 1998, por medio del cual la Contraloría General de la República resolvió unos recursos de reposición en contra del auto de cierre de investigación y orden de apertura de juicio fiscal que se adelantó, entre otros, por los hechos narrados en la demanda, se transcribieron algunos apartes del *"Informe del Departamento de Seguridad del Banco Popular"* y que, a partir de ahí, se concluyó que la falsificación de las firmas no era apreciable a simple vista, lo cierto es que, por no obrar dicha prueba en este proceso, no es posible considerarla para resolver el asunto.

En consecuencia, dado que, siendo carga de la parte actora, ésta no logró demostrar que informó de manera oportuna acerca de la pérdida de los cheques, así como tampoco que la supuesta falsificación si quiera hubiere existido y, menos aún que hubiere sido notoria, resulta acertada la decisión del Tribunal en el sentido de negar, en lo que a este aspecto concierne, las pretensiones de la demanda.

En todo caso, considera la Sala oportuno destacar que, aun cuando el asunto fuera analizado a la luz del artículo 1391 del Código de Comercio, al margen de que la notificación acerca de la presunta falsificación de los cheques en este caso hubiera sido oportuna, lo cierto es que se encuentra demostrado en el proceso que fue la culpa del cuentacorrentista la causa que dio lugar a la pérdida de los cheques y, en ese sentido, a la posterior defraudación que sufrió la entidad pública, razón por la cual, al encontrarse configurada una de las causales de exoneración de responsabilidad a las que se refiere la norma en cuestión, tampoco por esta vía las pretensiones de la parte actora podrían prosperar.

Al respecto, debe decirse que, con base en lo analizado con anterioridad en relación con esta norma, no le asiste razón a la parte actora cuando afirma que la entidad bancaria no puede excusarse de su responsabilidad con fundamento en la falta de diligencia y de cuidado que debía tener Ecosalud S.A., en el manejo y expedición de los

cheques que estaban bajo su custodia, pues, como viene de verse, dicha causal de exoneración de responsabilidad proviene de la misma ley y, en el caso *sub judice*, fue alegada por la parte demandada y se encuentra plenamente acreditada en el proceso.

En efecto, a partir del testimonio rendido por el propio tesorero de Ecosalud S.A., es posible establecer que la entidad no tenía ninguna clase de sistema de seguridad adoptado para la custodia y vigilancia de sus cheques, así como tampoco un mínimo control sobre los mismos y que fue esa situación la que facilitó que los documentos fueran sustraídos de su poder, sin que la cuentacorrentista notara su ausencia, sino hasta cuatro días después de que fueran cobrados, sustracción de la cual ni siquiera se enteró por sus propios medios, sino, según se relató en la demanda, por una llamada que recibió de una funcionaria de la Gerencia de Seguridad Bancaria del Banco Central Hipotecario.

En ese sentido, observa la Sala que fue ese mismo funcionario el que en declaración rendida en este proceso, señaló que *“la caja fuerte se abría en horas de la mañana, pues era absolutamente necesario dado el movimiento de pagos y recibo de dinero que sucedía en todo momento durante el transcurso de cada día. La empresa no contaba con ninguna otra caja fuerte en la cual se hubiera podido depositar algunos documentos o títulos valores cuya custodia mereciera un especial cuidado o que no fueran requeridos frecuentemente para el cumplimiento de las labores del departamento, por esta razón no era posible obviar la apertura de la caja fuerte ni siquiera en los momentos en los cuales yo no podía permanecer en la oficina quedando esta bajo responsabilidad del auxiliar del departamento”*.

Enseguida, al ser interrogado acerca del cambio de guardas que había solicitado para todas las cerraduras del departamento de tesorería, indicó:

“El cambio de las guardas de las cerraduras de las dos puerta de acceso al departamento había sido solicitado por mi con anterioridad al hurto de los cheques; pero ello no se realizó por parte del departamento administrativo, sino hasta después de presentados los hechos”.

La Sala considera que el descuido de la entidad se hace aún más evidente si se tiene en cuenta que en la primera comunicación que se hizo al banco, esto es, la No. 001988 del 14 de febrero de 1997, apenas se dio información de uno de los cheques presuntamente hurtados, cuando, al menos en lo que a la cuenta corriente del Banco Popular corresponde, eran tres los cheques que habían desaparecido, de lo cual se vino a dar información al banco hasta el 17 de febrero de 1997.

Adicionalmente, observa la Sala que a pesar de que, según lo mencionó el tesorero de la entidad, era necesario mantener todo el día abierta la caja fuerte en la que se guardaban las chequeras y ante la aparente necesidad de cambiar las cerraduras de dicha dependencia, no se hacía ningún arqueo de los talonarios al finalizar las jornadas laborales, tanto así que la entidad no se percató de la desaparición de los cheques, sino hasta cuando recibió una llamada de una funcionaria del Banco Central Hipotecario, lo cual ocurrió pasados cuatro días desde que los títulos fueron cobrados.

Finalmente, advierte la Sala que en tratándose del supuesto del artículo 1391 del Código de Comercio, el cuentacorrentista no está en la obligación de demostrar la culpa en cabeza del banco, como quiera que es la misma norma la que, en principio, le asigna la responsabilidad por el pago del cheque falso o alterado, por lo que *“... deviene inútil e insubstancial la tarea de emprender la acreditación de alguna culpa atribuible a ellas - se refiere a las entidades bancarias -, habida cuenta que la ley las considera responsables por el pago de los cheques adulterados, obligación que se extingue cuando por culpa imputable al titular de la cuenta corriente se hubiese producido la defraudación”*⁵³; a pesar de lo cual en el presente asunto no sobra destacar, según lo que se desprende de los testimonios que obran en el expediente, cuya contenido no fue refutado con ninguna prueba de las que obran en el plenario, que los funcionarios del Banco Popular encargados de pagar los cheques adoptaron las medidas de seguridad necesarias, tanto así que en el cuerpo de los títulos se dejó constancia en el sentido de que no fue posible la comunicación con la entidad para su confirmación, lo cual fue posteriormente corroborado por el tesorero de Ecosalud S.A., quien manifestó en este proceso que para la época en que se extraviaron los cheques las líneas telefónicas de la entidad no estaban funcionando, porque, según dijo, *“todas las líneas telefónicas de la empresa fueron cortadas con alicate”*.

Así las cosas, la Sala, en lo que a la pretensión segunda y consecuencias corresponde, confirmará la sentencia apelada.

5. No hay lugar a condena en costas.

Toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de septiembre de 1999, reiterada en sentencia del 8 de septiembre de 2003, expediente 6909.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. MODIFICAR la sentencia proferida por la el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 18 de agosto de 2004, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia, la cual quedará así:

1. Declarar la existencia del contrato de cuenta corriente celebrado entre la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. - ECOSALUD .S.A. – y el Banco Popular.
2. Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. Sin condena en costas.

TERCERO. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA