

***RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS
POR EL PAGO DE CHEQUES FALSOS***

Por: ***HÉCTOR JULIO PRIETO CELY***¹

Cuando un banco paga un cheque falso siempre aparece la siguiente pregunta: ¿quién debe asumir la responsabilidad de ese pago mal hecho? Al respecto han existido tres teorías claramente determinables: la primera de ellas afirma que el banco debe responder por la ineficacia en sus controles internos al momento de verificar el contenido, requisitos y forma del cheque, toda vez que la posibilidad de falsedades y adulteraciones es un riesgo propio de su actividad empresarial cuyas consecuencias no se pueden trasladar al cuentacorrentista; esta teoría se conoce como *Teoría del riesgo creado*. La segunda teoría sostiene que quien debe responder es el cuentacorrentista, si se llega a comprobar que de su parte hubo negligencia y falta de cuidado en la custodia del talonario de cheques si, obviamente, gracias a esa negligencia y falta de cuidado en la custodia se presenta la alteración; esta teoría se conoce como *Teoría de la culpa*. Y la tercera posición, que podríamos llamar ecléctica, nos indica que la responsabilidad es compartida, es decir, se sustenta en la concurrencia de culpas; esta última es conocida como *Teoría de la compensación de las culpas*.

Para tratar mejor el tema de estudio comenzaremos analizando qué es la cuenta corriente

I. CUENTA CORRIENTE BANCARIA

Concepto

Una de las formas contractuales² de las operaciones pasivas³ realizadas por los establecimientos bancarios y, tal vez la más importante, es la de cuenta corriente bancaria. A través de ella, el banco recoge el dinero que más tarde va a utilizar, junto con sus propios recursos y otros sumados provenientes de diversas fuentes, en el préstamo a terceros.

La función predominante de los bancos ha sido siempre la de prestar dinero, para lo cual es menester en primer lugar, como ya se dijo anteriormente, recaudarlo; por ello el contrato de cuenta corriente bancaria ha sido un instrumento representativo de las operaciones pasivas, “...hasta la década de los setenta era la fuente más importante de que disponían las instituciones para captar dinero del público”⁴.

El contrato de cuenta corriente bancaria es un negocio jurídico en el cual intervienen dos partes, de un lado el cuentacorrentista, que puede estar conformado por más de una persona y, del otro lado, un banco, que debe contar con la autorización especial expedida por la Superintendencia Bancaria para poder desarrollar dicha actividad financiera⁵.

-
1. Se habla de forma contractual por cuanto la misma ley exige tal mecanismo para la exteriorización de la voluntad de las partes interviniente en dicho negocio jurídico, es decir, que el contrato bancario de la cuenta corriente se individualiza únicamente por medio de las características que les son propias, como se vera en su momento. Por ahora es suficiente tener en cuenta lo establecido por el legislador en los artículos 1382 del C de Co., (definición del contrato de cuenta corriente bancaria), artículo 864 *Ibidem* (definición de contrato en general) y 1495 del Código Civil (definición del contrato o convención). De la lectura juiciosa de las anteriores disposiciones se llega a la conclusión de que el contrato es un instrumento idóneo para la autodisciplina.
 2. Por operación pasiva debe entenderse la aceptación y admisión de capitales ajenos para el fortalecimiento de los propios medios de explotación del banco. Su finalidad consiste en que el banco obtiene capitales improductivos en poder de particulares, sean personas naturales o jurídicas para hacerlos producir por medio de inversiones lucrativas.
 3. RAMIRO RENGIFO. Bancos comerciales y operacionales bancarias, Ed., Irinia, Medellín. Colombia, pág. 118.
 4. De conformidad con el art. 189 No. 24 de la Constitución Nacional, corresponde a la Rama Ejecutiva del Poder Público “Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección y vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles”. Constitucionalmente, pues, le corresponde al Ejecutivo inspeccionar, vigilar y controlar la actividad financiera del país. Para lograr dicho objetivo ha delegado parte de esas funciones a la Superintendencia Bancaria.
En la Superintendencia Bancaria a la que corresponde autorizar la constitución de la entidad financiera y, por su puesto, a ella le compete además su vigilancia. Todo lo anterior con fundamento en el art. 53 del Dec. 663 de 1993 o ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO; de conformidad con el inciso 2 del numeral 5 del citado artículo, “ El Superintendente concederá la autorización para constituir la entidad cuando la solicitud satisfaga los requisitos legales y se cerciore...de la responsabilidad, idoneidad y solvencia patrimonial de las personas que participen en la operación”.

La afirmación anterior se origina a simple vista al leer el artículo 1382 del C. de Co. que a la letra dice: **“Por el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y disponer de sus saldos, total o parcialmente, mediante giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco”**.

“Todo depósito constituido a la vista se entenderá entregado en cuenta corriente bancaria, salvo convenio en contrario”.

Aun cuando el contrato de cuenta corriente bancaria se encuentra regulado en la legislación colombiana por primera vez, desde la expedición del decreto 410 de 1971 en libro 4. Título XVII en los artículos 1382 a 1392, que es nuestro actual Código de Comercio, es verdad incontestable que desde siempre han sido los propios bancos los que han manejado el clausulado del contrato de cuenta corriente a su arbitrio, pues, al analizar las normas legales vigentes se llega a la conclusión que son insuficientes para regularlo; es decir, que los bancos con base en su experiencia y la práctica comercial crean el clausulado necesario para contratar con sus clientes el depósito de dinero en la cuenta corriente bancaria⁶.

Este contrato presupone que entre el cliente y el banco se establezcan continuadas relaciones de crédito; comienza con el primer depósito que hace el cuentacorrentista⁷ y la entrega a éste por parte del banco de un talonario de cheques para que pueda disponer, total o parcialmente, de los fondos que tenga en su cuenta cuando lo desee. No obstante, para que el cliente pueda disponer de los fondos no siempre es necesario que lo haga por medio de los cheques, sino que puede llegar a acordar previamente con el banco otro mecanismo para ello;⁸

-
1. No obstante la afirmación anterior, no se puede olvidar la ley 46 de 1923, en la cual se regulan aspectos muy importantes de la cuenta corriente bancaria, especialmente lo referente a su funcionamiento y al cheque.
 2. Cuando se realiza cualquier depósito en la cuenta corriente bancaria se transfiere a la propiedad del dinero al banco y este puede disponer de él como si fuera suyo, es decir, que el banco dispone de los dineros consignados en las cuentas corrientes como dineros propios en la totalidad de sus operaciones.
 3. Véase sentencia de junio 14 de 1995. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Dr PEDRO LAFONT PIANETTA.

no sobra anotar aquí que la entrega del talonario de cheques, la posesión que ejerce el cuentacorrentista sobre ellos, su uso y posterior pago, originan ciertos cuidados y responsabilidades tanto para el cliente como para el banco⁹, como tendremos la oportunidad de tratar más adelante.

-
1. Aun cuando el contrato de cuenta corriente bancaria se encuentra regulada en la legislación Colombiana, desde siempre han sido los propios bancos los que manejan su clausurado a su arbitrio, pues al analizar sus normas se llegan a la conclusión de que son insuficientes para regularlo; es decir, que los bancos con base a su experiencia y la práctica comercial, crean el clausulado necesario para contratar con sus clientes el depósito de dinero en la cuenta corriente bancaria; Con la expedición del decreto 410 de 1961, se regulo entonces por primera vez este contrato bancario.

El negocio jurídico en mención se encuentra ubicado en el libro 4. Título XVII en los artículos 1382 a 1392 del C. de Co, hay el contrato de cuenta corriente bancaria se encuentra definido de la siguiente manera: “por el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria el cuenta correntista adquiere consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcial, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida por el banco” .

“Todo depósito constituido a la vista se entenderá entregado en cuenta bancaria, salvo convenio en contrario”.

En virtud del contrato de cuenta corriente bancaria, se entiende que entre el cliente o cuenta correntista y un banco existen continuadas relaciones de crédito; dichas relaciones comienzan desde el mismo momento en que el cuenta correntista deposita su dinero en su cuenta corriente bancaria. A fin de que el banco pudiera cumplir con la obligación de restituir el dinero cuando el cuenta correntista lo solicite y en la cantidad que determina, el banco le hace entrega de un talonario con un número plural de cheques, de esa forma el banco se viene a volver como un representante o delegado de cuenta correntista al momento de confiarle la tarea de pagarle los cheques que este ha girado, ya sea a su propio nombre o a nombre de un tercero.

No siempre se dispone de dinero depositado en la cuenta corriente bancaria por medio de los cheques, según la norma analizada, también se puede hacer “en otra forma previamente convenida con el banco”, no quiere decir que esa otra forma tenga que disponerse coetáneamente a la suscripción del correspondiente contrato, en lo absoluto, bien puede ser durante el desarrollo del mismo; por ejemplo, se puede convenir que de la cuenta corriente se pague directamente el seguro de vida, o el seguro del vehículo e incluso el pago de nóminas y porque no el pago de pensiones.

La entrega del talonario de cheques, la posesión que ejerce el cuenta correntista sobre ellos, su uso y posterior pago, originan ciertos cuidados y responsabilidades tanto como el cliente como el banco.

II. EL CHEQUE COMO DOCUMENTO

El Código de Comercio en el artículo 619 afirma que el cheque como título valor es un documento. No obstante, al referirse especialmente a él (art. 712 y ss) no lo define. Tal falencia ha sido subsanada por la doctrina que lo define como **una orden escrita e incondicional de pago librada contra un banco.**

Noción de documento

La palabra documento proviene del latín *documentum*, que significa lo que enseña, muestra, ilustra o indica algo. Para *CARNELUTTI* es “Toda cosa representativa”; para el ilustre tratadista Jairo Parra es “Toda cosa capaz de representar un hecho cualquiera o una manifestación del pensamiento”; para *HERNANDO DEVIS* es “Toda cosa que sirve de prueba histórica, indirecta o representativa de un hecho cualquiera”.

El objeto debe representar algo diferente de sí mismo, pero lo representado debe estar contenido en el objeto y no solo en la mente de quien lo examina. En palabras del profesor *DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ* “...debe tener un continente (cosa u objeto) y un contenido (algo que está representando)”.

Características del cheque como documento

La materialidad

La orden incondicional de pago o cheque, es un documento y, de otro lado, su expedición deberá someterse a los formularios, talonarios o libretas que para tal fin distribuye el banco donde el titular tiene su respectiva cuenta corriente bancaria; estos dos elementos, el ser escrito y además serlo en formularios preimpresos por el banco y expedidos por él, dan origen a la característica de materialidad.

Como bien mueble

El cheque se encuentra ubicado en la categoría de bien mueble porque puede transportarse de un lugar a otro movido por una fuerza externa, ya que se ajusta a su propia naturaleza. En la mayoría de los casos, el cheque es llevado de un lugar a otro, dada su vocación de circulación, por su tenedor legítimo.

Objeto del documento

Esta característica hace referencia al objeto que representa y es de conocimiento general que el cheque incorpora un derecho literal y autónomo y que es de contenido crediticio; el cheque incorpora una orden de pago de dinero.

El cheque además de ser un documento, posee la función jurídica de medio de pago, por tal razón, es utilizado, en ocasiones, para la extinción de obligaciones dinerarias que han tenido su origen en actos jurídicos; de otro lado, presta función y

eficacia *ad probationem*, ya que se puede aducir como prueba tendiente a demostrar la existencia de un crédito insoluto.

Lo anterior, porque la misma ley le atribuye especial valor probatorio, en la medida en que presume su autenticidad. El artículo 793 del C. de Co. prescribe que “El cobro de un título valor dará lugar al procedimiento ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento de firmas”. De igual manera, el artículo 525, inc. último del C.P.C., refiere sobre el punto “...se presumen auténticos los... comprobantes de crédito, de débitos y de entrega de chequeras, emitidos por los mismos establecimientos,...”. De otro lado, el cheque presta mérito ejecutivo y no es título complejo, esto es, no requiere de otros documentos o medios probatorios para completar su convicción; por lo tanto, es suficiente con que sea expreso, claro y actualmente exigible.

El cheque dentro de la muy variada gama de documentos se encuentra ubicado dentro de la categoría como dispositivo, por cuanto contiene una declaración consistente en actos de voluntad que produce efectos jurídicos (crea obligaciones) y como hemos afirmado anteriormente, es instrumental por ser escrito.

III. LA FALSEDAD

Significa cambio o mutación de la verdad (*IMMUTATIO VERITATIS*). Es un requisito desde la época de los prácticos y es de tal importancia que en la presencia de este fenómeno se ha hecho consistir la esencia misma de la falsedad. No solo es importante la *immutatio veritatis* o la alteración de la forma del documento sino también la que cambia su sentido. Por ello que no se puede hablar de falsedad cuando a pesar de haberse tachado, suprimido o borrado palabras de un documento, el sentido y su contenido siguen siendo los mismos.

Podemos afirmar entonces que toda persona que ha expresado su voluntad en un documento tiene derecho a que se la respeten, a que no sea alterada. La falsedad, ante todo, no es otra cosa que un engaño que una parte le hace a otra. Existen la falsedad material y la falsedad ideológica¹⁰. Mirémoslas rápidamente:

Falsedad material

Consiste en la alteración de un documento, cuando se agregan, cambian o suprimen expresiones que pueden servir de prueba, es decir, modificando el texto del escrito para que diga algo que no dice o, lo que es igual, para que diga algo diferente de su contenido inicial.

10. Véase LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO. La falsedad documental, Ed. Temis, cuarta edición, 1993, pág. 137 y ss.

Como acabamos de mencionar, la falsedad recae sobre un cheque, por lo general, cuando hay suplantación de firma o cuando existe alteración del documento mediante adiciones, borrones, lavados, tachaduras, enmendaduras, adulteraciones, cambios... etc.

Falsedad ideológica

Es aquella que comete el verdadero autor del documento al expresar en él, cosas contrarias a la verdad que pueden servir de prueba. En boca de SOLER “Es aquel documento que su forma siendo verdadera contiene declaraciones falsas”. Según ROMERO SOTO¹¹ “...se puede decir, a manera de generalización, que la falsedad material ataca tanto la genuinidad como la veracidad del documento, en tanto que la ideológica sólo ataca la veracidad del mismo”.

En resumen podemos afirmar, de un lado, que el cheque es un documento, valga decir, título valor, que contiene una orden de pago escrita que permite al girador retirar en provecho propio o de un tercero todos o parte de los fondos que tenga disponibles en poder del girado y, que de conformidad con el artículo 712 del C. de Co., los cheques pueden ser expedidos contra un banco, en talonarios impresos de cheques o chequeras. De otro lado, podemos afirmar que cuando se producen falsedades sobre estos documentos, en la mayoría de los casos es material, por cuanto se presenta por suplantación de la firma del titular o por alteración del cheque mediante adiciones, borrones, lavados, tachaduras, supresiones, enmendaduras, cambios, etc.

IV. LA RESPONSABILIDAD

Como por todos es sabido, etimológicamente la palabra responsabilidad indica una cualidad de responsable y dicha cualidad aparece cuando una persona le ha causado daño a otra, es decir, el daño tiene su origen en una conducta capaz de lesionar intereses de otra sobre la cual recae.

Jurídicamente el término responsabilidad se concreta como la obligación de asumir las consecuencias de un hecho, de un acto o de una conducta. De tal manera que la palabra responsabilidad denota o demuestra una cualidad de responsable y ésta aparece cuando algo o alguien ha causado daño a una persona. En consecuencia, podemos afirmar que el daño tiene su origen en una conducta capaz de lesionar intereses jurídicos¹².

11 . Ob cit., pág. 162.

12 GILBERTO MARTINEZ RAVE. Responsabilidad civil extracontractual en Colombia.

Responsabilidad jurídica

Esta clase de responsabilidad trasciende al campo externo del sujeto¹³, afectando su vida de relación social, su actividad en el grupo frente al cual actúa y por ello tiene repercusiones jurídicas; esta responsabilidad es la que consagran las normas que garantizan el comportamiento de los individuos que conforman el grupo social¹⁴.

La responsabilidad jurídica se manifiesta en todas las áreas o actividades que realizan los individuos. Esa obligación de asumir todas las consecuencias por hechos, actos o conductas de los hombres, puede darse en los diversos terrenos o ámbitos en que se desarrolla el derecho objetivo y se ha dividido en responsabilidad penal y responsabilidad civil.

-
1. Frente a esta clase de responsabilidad se encuentran la responsabilidad moral y ética, las cuales no se ajustan a las normas legales; la primera de ellas se caracteriza porque las consecuencias de un hecho, acto o conducta que deben afrontarse son de índole moral, subjetiva, interna, y no pasan al campo externo de la persona que ejecuta el hecho, acto o conducta; es decir, que estaremos en el campo de esta responsabilidad cuando violentamos normas de carácter puramente espiritual.

Esta clase de responsabilidad depende del criterio, concepción o creencia religiosa de la persona que ejecuta la acción y por ende no trasciende su ámbito privado o interno.

2. la segunda se caracteriza porque supera el aspecto de responsabilidad moral alcanzando a exteriorizarse de manera limitada, cubre entonces la esfera netamente profesional. Como es sabido, la mayoría de los profesionales tienen un conjunto de reglas o normas que buscan que el ejercicio de la profesión se cña a determinados postulados y principios que no se pueden desconocer.

La profesión médica tiene su regulación de ética, fundamentalmente en la ley 23 de febrero 18 de 1981; la profesión de abogado, en del decreto 196 de febrero 12 de 1971 o Estatuto de ejercicio de la abogacía; igualmente ocurre con los ingenieros... etc. Todas estas normas exigen del profesional un comportamiento adecuado, un ejercicio profesional responsable y sanciona a quienes no se comporten o actúen de conformidad con esos postulados. Dichos castigos son impuestos por organismos netamente profesionales que imponen sanciones que van desde la suspensión hasta la pérdida de licencia, tarjeta o autorización legal para ejercer la correspondiente profesión.

Responsabilidad civil¹⁵

Se ha considerado como la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales y económicas, derivadas de un hecho, conducta o acto que ha ocasionado lesión en un patrimonio ajeno.

Esta clase de responsabilidad trasciende el ámbito civil para regular también conflictos o coyunturas laborales, comerciales y en el campo de lo contencioso administrativo. Se ha dividido en contractual y extracontractual.

Responsabilidad civil contractual¹⁶

Por contractual se ha entendido tradicionalmente la responsabilidad que nace para la persona que ocasiona un daño por el incumplimiento, demora, o desconocimiento de determinadas obligaciones adquiridas a través de un negocio jurídico llamado específicamente contrato.

Responsabilidad objetiva

“La ineptitud de la doctrina de la responsabilidad subjetiva, aun con las presunciones de culpa, para asegurar la indemnización de las víctimas en ciertos casos en que esa indemnización ha parecido necesaria, condujo a ciertos autores a oponerle una doctrina en que la culpa no es necesaria para la existencia de la responsabilidad: se la ha llamado **responsabilidad objetiva**. Bajo su forma más simple ella consiste en eliminar la idea de culpa en la responsabilidad para admitir que **todo riesgo creado debe dejarse a cargo de la actividad que ha creado el riesgo**”¹⁷.

1. Frente a esta clase de responsabilidad se encuentra la responsabilidad penal, la cual se ha entendido como la obligación de asumir las consecuencias jurídicas, generalmente, penas privativas de la libertad, que son las consecuencias previstas para la violación de derechos especialmente la conducta que se debe sancionar y las consecuencias o penas que deben imponerse a quien las ejecute.

Afirma el profesor GILBERTO MARTINEZ RAVE en su obra *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, séptima edición, Ed. Biblioteca Jurídica DIKE, 1993, pág. 23 y ss. Que “**doctrinaria y técnicamente responsabilidad es un termino que ha relación a las consecuencias que el autor de una infracción penal debe sufrir a raíz de su conducta ilícita...**” y agrega que “**...sin embargo, procesalmente dentro de nuestra legislación, podría confundirse con la culpabilidad, es decir, tenerse como la relación subjetiva entre lo querido y el resultado obtenido**”.

2. A esta clase de responsabilidad se opone la responsabilidad civil extracontractual; ésta es la que nace para una persona, como consecuencia de un daño que haya causado en el patrimonio de otra y con la cual no existe relación jurídica anterior o nexo contractual anterior. Esta clase de responsabilidad se ha dividido a su vez en directa o personal y en indirecta o compleja; **la directa o personal** es la que nace contra la persona que directa o personalmente ha ocasionado el daño; su acto, hecho o conducta, es el que ocasiona el daño en el patrimonio ajeno, **la indirecta o compleja** es la que nace contra la persona que, aunque no ejecutó personalmente el hecho dañoso, se encuentra vinculada con quien lo hizo o con la cosa que lo ocasionó.

3. PLANIOL Y RIPERT. Tomo VI, París, 1930, No. 478.

La responsabilidad objetiva es una figura excepcional en el derecho. Consiste, en que ante determinada situación de hecho definida de antemano en la ley, el legislador establece un efecto indemnizatorio inmediato, sin que haya lugar a probar lo contrario.

En otras palabras, es el régimen según el cual, siempre que se pueda imputar el daño causado al hecho de un individuo determinado, surge obligación indemnizatoria, de tal manera que no da cabida a consideraciones de carácter subjetivo, tales como si el individuo actuó culposamente o no. A manera de ejemplo, podemos citar el artículo 88 inc. 3º, de nuestra Constitución Nacional, en cuanto afirma que **“la ley definirá...los casos de responsabilidad civil objetiva para el daño inferido a los derechos e intereses colectivos...”**.

Responsabilidad por culpa presunta

Tradicionalmente se ha considerado que la culpa es el fundamento de la responsabilidad civil de derecho común. El artículo 2341 del C.C. establece la regla de conducta de **no inferir daño a otro**, pero subordinada la responsabilidad y la obligación de reparar el daño a la existencia de una culpa, y no solamente el acto voluntario, aunque causado sin intención de dañar, sino también de acuerdo con el artículo 2356, **a todo hecho de malicia, negligencia o imprudencia**. Es lo que se ha llamado **responsabilidad subjetiva**. También se ha visto en otros preceptos una responsabilidad que reposa en presunciones de culpa como, los artículos 2347 y otros del C.C.

Entonces, se presenta cuando el legislador, ante una determinada situación de hecho, presume la responsabilidad, pero hay lugar a probar lo contrario. La víctima prueba la ocurrencia del suceso, se presume la culpa del agresor, quien para eximirse de responsabilidad debe demostrar una causa extraña que rompe la relación de causalidad entre la conducta imputable y el daño. Esas circunstancias eximentes de responsabilidad **son el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de un tercero y la culpa exclusiva de la víctima**.

En tratándose de responsabilidad contractual, no se acepta, por lo general, la responsabilidad objetiva. Existen algunas excepciones en materia laboral, es decir, que la responsabilidad más frecuente en los códigos es la de la culpa presunta.

V TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD

Por el pago de cheques falsos (Conferencias de La Haya)

El interrogante de quién debe asumir la responsabilidad cuando el banco paga mal un cheque falso o alterado, ha suscitado en todos los países grandes dificultades, especialmente lo que a legislación se refiere. Este interrogante tiene que ver con los elementos de hecho que hacen muy difícil una solución absoluta. En las conferencias de La Haya, la mayoría de países opinaban que en la ley uniforme del cheque no debía tratarse esta materia, sino dejarse su solución a leyes nacionales o a los tribunales de justicia; no obstante, Hungría, España, Italia, Serbia, Suiza, Turquía, Argentina, Brasil,

Haití, Japón y Siam, opinaron en el sentido de que el problema debía ser resuelto por la ley uniforme, proponiendo cada uno las siguientes posibilidades¹⁸.

Hungría. Proponía, conforme a lo dispuesto en las leyes austriaca y húngara y a la doctrina y jurisprudencia más generalizadas, establecer en principio que el banco girado debe soportar el daño y no podrá exigir reembolso al librador por lo pagado más que en el caso de que aquél o las personas a quien tuviese encargadas del manejo de los libros de cheques hubieren omitido el tomar las precauciones necesarias. El pago de cheques falsificados – decía la respuesta húngara– debe contenerse entre los riesgos y peligros ajenos a los negocios bancarios, y este principio presenta ventajas en cuanto aparta de la explotación de dichos negocios a los elementos débiles y no suficientemente organizados.

Italia. Entendía que debería partirse del principio según el cual, soportará los daños el librador o el girado, dependiendo de parte de quién esté la culpa y que sólo si no se puede establecer quién es el culpable responderá el girado.

Suiza. Opinaba que debe declararse responsable al girado, cuando no se pueda imputar falta alguna al librador.

Japón. A la inversa de la anterior, entendía que el responsable es el librador, salvo culpa grave del girado.

Brasil. Distinguía tres casos: *En primer lugar*, establecía que si un cheque auténtico es sustraído y presentado al pago, el librador debe soportar éste, a menos que el girado haya obrado con ligereza manifiesta, sea por la condición de la persona que se presenta a cobrar, sea por otra razón cualquiera. *En segundo lugar*, aconsejaba la misma solución para el caso de que se tratara de un cheque auténtico pero falsificado, sea en el nombre del beneficiario, sea en la cifra del monto a pagar, a menos, decía, que el pago hubiera sido hecho sin la atención ordinaria en relación con la forma material de la falsificación. Ahora, y *en tercer lugar*, concluía, si se trata de un cheque originalmente falsificado, el que figura como librador no podrá nunca ser considerado responsable.

De las sesiones de las conferencias de 1912, Hungría entendió que se trataba de cuestiones de hecho, que los tribunales deben resolver según las circunstancias; Suiza, que había lugar a establecer que el daño debe soportarlo el girado, si no prueba culpa del librador o de sus empleados, y Japón, Italia y Brasil, manifestaron que era materia de reservarse a las legislaciones nacionales. **En definitiva, esta última decisión fue la que se adoptó y en el proyecto se limitó a referirse a los artículos 68 y 69 del reglamento uniforme de la letra de cambio.**

18. Tomado de la obra Derecho Comercial Argentino del profesor CARLOS C. MALAGARRIAGA.

VI. EL SISTEMA COLOMBIANO

El presente tema involucra una importancia práctica tanto para banqueros como para cuentacorrentistas, desde el punto de vista del desarrollo contractual de la cuenta corriente bancaria y, cuando un conflicto de esta naturaleza se encuentra *sub júdice*, exige del juez de conocimiento el más cuidadoso estudio.

Tanto legal, doctrinal como jurisprudencialmente, en la historia de nuestro país, no ha existido unanimidad frente a la solución del caso estudiado y, por ello, han aparecido diversas teorías que intentan adjudicar responsabilidad a los hechos o conductas de una de las partes contratantes e, incluso, alguna ha llegado a repartir dicha responsabilidad entre las partes, para lo cual se toma como base el resultado de la averiguación sobre quién tuvo la culpa en la falsedad y, obviamente, el grado de culpa, para determinar si se originó en una sola parte o en las dos conjuntamente.

Con base en lo anterior se ha sostenido que solamente por los principios de derecho común relativos a la culpa se podrá llegar a una solución equitativa, y esto es importante para los Tribunales en la tarea que tienen de examinar detenidamente los casos concretos, huyendo de las generalizaciones, y de decretar en cada caso específico a quién corresponde o cabe soportar la carga del fraude¹⁹.

Esta doctrina de maestros italianos es la que más de cerca consulta los intereses en juego y encuentra adeptos, los más autorizados, en todos los países, con excepción de los autores ingleses y americanos, cuya tendencia es la de hacer responsables a los bancos²⁰.

Teoría del riesgo creado

También llamada “de la responsabilidad profesional”, esta teoría sostiene que la actividad bancaria contiene un cúmulo de riesgos naturales que en un momento determinado deben ser asumidos por quien profesionalmente se beneficia de los resultados de su práctica.

La primera manifestación jurídica en nuestra legislación, al respecto, fue el artículo 191 de la ley 46 de 1923, el cual prescribía que todo Banco era responsable a un depositante por el pago que hiciera de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, a menos que el depositante no le hubiere notificado “...dentro de un año después de que se le devuelva el comprobante de tal pago...”, que el cheque así pagado era falso o que la cantidad de él se había aumentado.

19 .CARLOS MADEIROS SILVA. Revista Forense de Río de Janeiro. Dezembro de 1936, trad. JULIAN MOTTA SALAS

20. DELLA CAMBIALE G:BONELLI D'assegno bancario, etc. (1930), N.419, citado por CARLOS MADEIRO SILVA.

En consecuencia, bajo este supuesto, el banco no se podía exonerar de responsabilidad por el pago, así demostrara que la falsedad o adulteración habían tenido origen en la conducta descuidada del cuentacorrentista en la guarda del instrumento, de tal manera que los perjuicios del cobro indebido debían ser indemnizados por el banco librado si el cuentacorrentista le hacía conocedor del hecho fraudulento oportunamente.

Quienes sostenían esta tesis consideraban que cuando se presentaba un cheque alterado o falsificado y el banco lo hacía efectivo, es decir, lo pagaba, éste debía asumir las consecuencias, por cuanto no era posible perjudicar al titular de la cuenta, ya que el banco por ser profesional en esa área debía asumir las consecuencias de un pago equivocado.

“Si el banco tiene como negocio manejar los dineros ajenos, si como consecuencia de los depósitos constituidos surge un crédito a favor del titular de la cuenta y si, finalmente, la obligación primaria de la institución crediticia es reembolsar a ese titular los dineros en la forma de en que lo indique y a favor de quien él establezca, es evidente que el riesgo derivado de una eventual suplantación, adulteración de las cifras, etc., no puede perjudicar a ese titular, sino que debe asumirse por el banco”²¹.

Nuestra Corte Suprema de Justicia sentó doctrina sobre el punto, en sentencia de diciembre 9 de 1936, en donde sobre el tema manifestó lo siguiente, con fundamento en la obra del profesor francés *HAMEL*:

“...Conviene entonces admitir en principio la responsabilidad del banquero que ha pagado el cheque. Es imposible, en efecto, hacer pesar una responsabilidad sobre el propietario de la libreta a la cual un cheque ha sido desprendido, o sobre el titular de una cuenta de banco cuyo nombre y firma han sido usados por un falsificador de cheques. Ninguna responsabilidad sabría encontrar su base en el hecho de que una persona sea la dueña de una libreta de cheques o titular de una cuenta de banco.

Es entonces el banquero pagador el que debe soportar el peso del pago indebido; el pago no es liberatorio para él y no puede debitar la cuenta del cliente por el monto que ha pagado. El pago de un cheque es el riesgo normal del comercio del banco”.

El fundamento jurídico de la Corte Suprema de Justicia para sostener esta tesis se encuentra en el ya citado artículo 191 de la ley 46 de 1923, que a la letra dice:

“ Todo Banco será responsable a un depositante por el pago que aquél haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al Banco, dentro de un año después de que se le devuelva el comprobante de tal pago, que el cheque así pagado era falso o que la cantidad de él se había aumentado”. (El inclinado es nuestro).

21. SERGIO RODRIGUEZ AZUERO., ob cit., pág. 190.

Sobre esta norma la Corte Suprema en otro memorable fallo²² manifestó lo siguiente:

“...sobre instrumentos negociables, no puede ser otro que la obligación de cuidado que corresponde a los Bancos para defender el dinero que sus clientes le confían, mediante el control que pueden y deben ejercitar con relación a la identidad de la firma de sus consignatarios, ya sea para obtener chequeras, ya para el pago de sus cheques...”.

En fallo de julio 15 de 1938, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. JUAN FRANCISCO MÚJICA, manifestó lo siguiente: “El riesgo es una de las modalidades de la responsabilidad civil, respecto del cual todavía no se ha elaborado una doctrina general. La idea del riesgo se basa en la responsabilidad legal, objetiva, por la lesión causada por un acto ejecutado con la necesaria diligencia y prudencia, y sin posibilidad alguna de prever el resultado dañoso, y sin que, por lo tanto, intervenga en este concepto la noción de culpa.

Los casos de riesgo han sido ordenados en seis categorías, de acuerdo con las causas legales en que se fundamenta la responsabilidad. La categoría pertinente aquí, se funda por una parte por razones de política del derecho, en virtud de la consideración de que los riesgos normales de un oficio sean de cargo del que lo ejerza cuando ello convenga socialmente.

Para las operaciones pasivas de los bancos, o sea las encaminadas a reunir fondos disponibles, estimó prudente el legislador ampliar la responsabilidad a cargo de ellos por encima del límite regular, en lo referente a pago de cheques falsos o cuyas cantidades hayan sido aumentadas.

La actividad de esas empresas, en lo pertinente, no debe realizarse a riesgo ajeno, por consiguiente en la realidad es necesario que haga parte de los gastos del negocio bancario la responsabilidad por riesgo a que se refiere la ley.

La responsabilidad por riesgo del artículo 191 de la ley 43 de 1923, que estriba en una relación mecánica de causalidad, se desplaza hacia el terreno del derecho común tan pronto como se pruebe culpa en el girador, y el banco, por consiguiente, cesa de estar obligado a reparar en tanto que una culpa no se haya establecido a su cargo.

El hecho culposo del girador del cheque debe ser extraño al banco. No es extraño cuando, por ejemplo, ese hecho ha debido ser previsto por el banco, o cuando no evitó la consecuencia nociva, habiendo podido hacerlo. La obligación de prever se extiende a todos los hechos normales, desde luego que cada cual debe reglamentar su conducta teniendo en cuenta la conducta normal de los demás, y se detiene en el límite que engañe su legítima confianza, esto es, los culposos del girador.

22. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia de marzo 11 de 1943, M.P. Dr. ISAIAS CEPEDA.

Si en consecuencia, el banco conocía o podía conocer que el girador no observaba una conducta normal o usual, debe tener en cuenta esa conducta normal y regular así el ejercicio de su propia actividad. Todos los demás hechos no culposos del girador, o sea los previstos e inevitables *no exoneran de su responsabilidad por riesgo, al banco*”.

Cláusulas francas de irresponsabilidad

De otro lado, en ocasiones los bancos, en los contratos de cuenta corriente bancaria, suelen establecer **cláusulas francas de irresponsabilidad**, por medio de las cuales buscan exonerarse de cualquier responsabilidad futura por el pago de un cheque falso o alterado. Al respecto la Corte ha sostenido que “...*las cláusulas de exención de responsabilidad sólo son ineficaces cuando tiendan a eximir de responsabilidad al autor del dolo o de culpa grave cuando se trata de daños al patrimonio*”²³.

De lo anterior se desprende que las cláusulas sobre regulación de la culpa leve o levísima, son efectivas y permitidas por la ley²⁴.

Teoría de la culpa

“Esta teoría, en cambio de sustentarse en la verificación objetiva de la falsedad o adulteración y deducir de allí una consecuencia automática, incorpora una calificación subjetiva enderezada a precisar en qué condiciones pudo el banco apreciar la dicha falsificación o adulteración y en qué medida el titular de la cuenta contribuyó por su conducta descuidada en la falsificación. En otras palabras, la conducta de las partes frente a las circunstancias de hecho en que se produce el pago o sus antecedentes, es indispensable para poder determinar la eventual responsabilidad.

23. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Fallo de diciembre 9 de 1936, Cit.

24. Sobre las cláusulas francas de irresponsabilidad existen varias teorías:1.-)**las cláusulas tienen plena eficacia. (rechazada)**;2.-)**las cláusulas tienen plena ineficacia. (rechazada)**;3.-)**Teoría ecléctica**. Afirma que las cláusulas carecen de validez en tratándose de dolo o culpa grave, pero, en todo caso, producen la inversión de la carga de la prueba. (Arts, 1522 y 1604 inc. 3° C.C.).

En otras palabras, la cláusula no exime al demandado del dolo o la culpa grave, pero sí lo favorece en el sentido de que puede alegar sin probar, su diligencia y cuidado; se invierte así la carga de la prueba, ya que, entonces, corresponde al demandante probar el descuido o negligencia del demandado.

En el mismo sentido puede el demandado, amparado en una de estas cláusulas, alegar el caso fortuito para eximirse de responsabilidad, sin probar, correspondiendo entonces al demandante comprobar la inexistencia de la eximente.

Por lo anterior, las referidas cláusulas sólo tienen plena eficacia cuando hacen referencia a la culpa leve o levísima.

En esta teoría, entonces, por aplicación de principios generales de responsabilidad, el establecimiento de culpa a cargo de una de las partes puede llevar a la responsabilidad integral de la misma o la eventual presencia de culpas compartidas, puede traducirse en una repartición de la responsabilidad que, a su turno, conduce a una repartición proporcional de los perjuicios pecuniarios sufridos. En todo caso el principio general, aun dentro de esta teoría, sigue siendo que el banco es responsable por el pago de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado.

Como consecuencia de lo anterior, si el hecho se prueba en un proceso, corresponde al banco esa prueba, tendiente a demostrar que hubo culpa de su cuentacorrentista o de su representante, sus factores o dependientes, es decir, aquellas personas que actuando en nombre suyo, han podido obligarlo.

Visto de otra manera, ante la reclamación del cliente le basta al banco presentar el cheque con base en cuyo pago procedió a cargar la cuenta de su cliente, ante lo cual éste deberá probar la existencia de una falsificación o adulteración. *Si se establece y para eximirse de responsabilidad, el banco debe estar en condiciones de probar la culpa del titular o de las personas que puedan actuar en su nombre*²⁵.

Resumiendo lo anterior, se puede afirmar que el artículo 191 de la ley 45 de 1923, en principio, descartaba para los efectos de deducir la responsabilidad por el pago de cheques falsos, todo género de culpa en el titular de la cuenta corriente bancaria, y que bien pronto la doctrina y la jurisprudencia, y con ellos el legislador posteriormente, atemperaron su rigor, en el sentido de eximir de tal responsabilidad al banco, en razón de la relación de causalidad que existiera entre la culpa del librador y la falsificación del instrumento.

Fue así como el legislador colombiano de 1971, en el decreto 710 de 1970, artículos 732, 733 y 1.391, actual Código de Comercio, indicó la medida o las reglas que se deben tener en cuenta para determinar la responsabilidad de un banco por el pago de un cheque falso o alterado; no se detuvo, pues, en la teoría del riesgo creado sino que fue más allá al sostener la teoría de la culpa, de tal manera que al banco no le basta el lleno de las precauciones habituales, sino que es preciso que haga operar el *onus probandi* puesta a su favor y pruebe algún género de culpa en el titular de la cuenta corriente bancaria para quedar libre.

Podemos afirmar, por consiguiente, que en nuestra legislación la responsabilidad por el pago de cheques falsos o alterados, en términos generales, se encuentra consagrada en los artículos 732, 733 y 1.391 del C. de Co., artículos que nuestros jueces no pueden desconocer al momento de fallar sobre un caso concreto.

25. SERGIO RODRIGUEZ AZUERO., ob. Cit., pág. 190.

Artículo 732 del C. Co.:

“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 devuelve 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 del C. Co.:

“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 falsificación fueren notorias”.

Artículo 1.391 del C. Co.:

“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 cuenta-correntista 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”.

Alcance de estas disposiciones

Del contenido de las anteriores disposiciones resultan los siguientes principios aplicables cuando un banco paga un cheque falso:

Regla general

En principio el banco siempre es responsable, frente al cuentacorrentista, por el pago del cheque falso o alterado, pues nótese como nuestro legislador en el artículo 732 del Código de Comercio, sostiene claramente que “ Todo banco será responsable a un depositante por el pago que aquel haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado...” y luego, en el artículo 1391 *ibídem*, prescribe fundamentalmente lo mismo: “Todo banco es responsable con el cuentacorrentista por el pago que haga de un cheque falso o cuya cantidad se ha ya alterado...”. No obstante, a simple vista estas dos normas parecen iguales, pero la verdad es que su redacción es diferente. Al respecto miremos estos tres puntos: primero, mientras el artículo 1.391 se refiere a la responsabilidad, en presente, “Todo banco es responsable...”, el artículo 732 se refiere a lo mismo pero en futuro “Todo banco será responsable...”; segundo, el artículo 1.391 cambia la palabra depositante, utilizada en el artículo 732, por la de cuentacorrentista y, en tercer lugar; el

artículo 1.391 utiliza la palabra alterado en lugar de la palabra aumentado empleada en el artículo 732 del Código de Comercio.

No obstante todo lo anterior, la responsabilidad que se consagra en estas normas es una responsabilidad por culpa presunta, de tal manera que el banco se puede exonerar de responsabilidad si demuestra culpa en el cuentacorrentista, ya sea directamente o por conducto de sus dependientes, factores o representantes; en todo caso, siempre la entidad financiera debe demostrar la culpa para que pueda exonerarse de responsabilidad por el mal pago.

Exoneración de responsabilidad

El banco queda exonerado de responsabilidad en los siguientes casos:

Por culpa del cuentacorrentista

Se presenta cuando el cuentacorrentista con su culpa o dolo, facilita la fabricación de la falsedad; la falsificación hecha en uno de los cheques supone que éste ha salido de las manos del titular por descuido de su parte o, por lo menos sobre este supuesto, operan las disposiciones consagradas en: el inciso final del artículo 732 del C.de Co. al prescribir que “...Si la falsedad o la alteración se debiere a culpa del librador, el banco quedará exonerado de responsabilidad” y en el artículo 1.391 *ibídem*, en su primer inciso, al manifestar que el banco responde por el pago de un cheque falso “...salvo que el cuentacorrentista haya dado lugar a ello por su culpa...”.

Estamos en presencia de lo anterior, por ejemplo, cuando el cuentacorrentista deja sobre su escritorio el talonario de cheques, firmados en blanco, a sabiendas que a su oficina entran toda clase de personas y, una de ellas, toma uno de los últimos cheques del talonario, lo llena y lo hace efectivo; en este caso, si el banco logra demostrar tal conducta negligente del cliente, se exonera de responsabilidad.

Por culpa de dependientes, factores o representantes

Cuando la falsificación del cheque es realizada por los propios dependientes, factores o representantes del titular de la cuenta corriente bancaria o, por la culpa o dolo de éstos, es decir, cuando el cuentacorrentista indirectamente ha dado lugar a la falsificación de su firma o a la alteración del título valor.

Lo anterior tiene fundamento legal en el artículo 2.347 del C. C. pues, “**Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado...**”.

Para efecto de endilgarle la responsabilidad al cuentacorrentista, por este aspecto, se deben tener en cuenta **la culpa in vigilando** y **la culpa in eligiendo**, esto es, que el cuentacorrentista debe emplear una gran carga de cuidado al elegir a sus representantes, factores o dependientes y, además debe asumir la carga de vigilancia y cuidado sobre

los mismos, para evitar de esa forma la fabricación de falsedades o adulteraciones de los cheques.

No es necesario que entre éstos y el cuentacorrentista exista contrato laboral, basta con que exista la relación de dependiente, factor o representante para que se configure la exoneración de responsabilidad, siempre y cuando, se pruebe tal calidad.

Al respecto es reiterativa y clara la ley al establecer que “...Si la falsedad o la alteración se debiere a culpa del librador, el banco quedará exonerado de responsabilidad”. (Art 732 C. de Co). y más exactamente el artículo 1.391 al establecer que “ ...salvo que el cuentacorrentista haya dado lugar a ella por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes”.

En este caso, la culpa debe demostrarla la entidad financiera, para que pueda exonerarse de responsabilidad por el mal pago.

Por extravío del título y falta de aviso oportuno

El artículo 733 del C. de Co. es claro en este punto al establecer que “El dueño de una chequera que hubiere perdido uno o más formularios y no hubiere dado aviso oportunamente al banco, solo podrá objetar el pago si la falsificación o la alteración fueren notorias”.

Como se ve en este caso, se invierte la regla, porque si el cuentacorrentista extravía o pierde los esqueletos, lo regular es que el banco no responde.

Para establecer la responsabilidad del banco se requiere que el cliente cuya libreta de cheques ha extraviado, dé aviso inmediato al banco, para que éste tome las precauciones tendientes a evitar el mal pago. Si el cliente no da aviso oportuno y eficaz, sobre él recaerá la totalidad de la responsabilidad por el mal pago.

No obstante lo anterior, si a pesar de que el cliente sí dio aviso oportuno, pero el banco pagó el cheque, cuya falsedad es notoria, burda o apreciable a simple vista por un no experto, la pérdida es de cargo del banco. La carga de demostrar que la falsedad es notoria le corresponde en este caso al cliente.

En nuestro concepto no parece acertada esta regla, ya que cuando el banco paga un cheque cuya falsedad es burda está incurriendo, no en culpa leve, sino grave.

Por reclamación extemporánea

Al respecto el Código de Comercio establece lo propio en dos normas que a primera vista son contradictorias. No obstante, haremos claridad sobre el punto.

De un lado se encuentra el artículo 732 que dispone: “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...”.

De otro lado, se encuentra el artículo 1.391 que textualmente reza lo siguiente: “...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**”.

Puede observarse, que cualesquiera que sean las circunstancias en que un banco haya pagado un cheque falso o cualquiera que sea el grado o calidad de la falsificación, la ley le fija un plazo al cuentacorrentista para advertir al banco, y si aquél deja pasar dicho tiempo, el banco queda librado definitivamente de responsabilidad por esta caducidad especial que se consagra en estas normas.

De lo anterior se desprende que el cuentacorrentista tiene dos posibilidades para avisar oportunamente al banco sobre el mal pago de un cheque por ser éste falso o alterado; en el primer caso el aviso oportuno se tendrá que verificar dentro de los tres meses siguientes a que se le devuelva el cheque y en el segundo, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió el extracto bancario.

En nuestro entender, debe primar la aplicación del artículo 1391 del C. de Co., por ser norma posterior y especial y porque, como ya lo hemos afirmado en el presente estudio, los cheques pagados, generalmente, se ponen a disposición del cuentacorrentista de manera tácita, esto es, el cliente es quien tiene que reclamarlos y, si no lo hace, se presumirá que está de acuerdo con el pago, entonces, pasado un tiempo, los cheques pagados y no reclamados son destruidos por el banco; en tanto que el extracto bancario, según se haya acordado con el cuentacorrentista, siempre será conocido por éste último y con base en él, puede hacer la correspondiente reclamación dentro de los seis meses siguientes a su envío, de no hacerlo, el banco se exonera totalmente de responsabilidad por el pago del cheque falso o adulterado.

No obstante todo lo anterior, como lo sostuvo nuestra Corte Suprema de Justicia en fallo de reciente data²⁶,

26. “Así mismo, es aparente la señalada contradicción relativa al momento a partir del cual empieza a contabilizarse el término de caducidad de la responsabilidad bancaria. En efecto, mientras el artículo 732, relativo a la reglamentación del cheque como título valor, exonera la responsabilidad al banco cuando el depositante “...no notifique al banco, dentro de los tres meses después de que se le devuelve el cheque, que el título era falso...”; el artículo 1391, perteneciente a la normatividad reguladora del contrato de cuenta corriente bancaria, dispone que dicha responsabilidad “...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 notificación sobre tal pago”.

No existe contradicción, en tal punto, puesto que, de un lado, la devolución del cheque pagado que toma como punto de partida el artículo 732 *ejusdem*, y el envío de “la información sobre tal pago” que toma como consideración el artículo 1391 *Ibidem*, son acontecimientos que, por mandato del artículo 728 *Ibidem*, deben ser cumplidos por el banco en forma simultánea; y, de otro lado, fundamentalmente, porque el ámbito de referencia del artículo posterior (el 1391) es mayor y, por ende, comprende al del precepto anterior; por supuesto que enviar los cheques es una manera de informar sobre su pago.

Así las cosas, uno y otro no deben mirarse en el punto como excluyentes entre sí, ni, en consecuencia, es predicable *stricto sensu* una verdadera contradicción entre las sobredichas normas.

Débase subrayar, entonces, que la carga atribuida al cuentacorrentista de notificar al banco de la falsedad del cheque pagado por éste, surge a partir del momento en que aquél tenga noticia del pago, ya sea mediante la devolución de los cheques descargados, o por razón de cualquier otra “información sobre el pago”. Subsecuentemente si en la práctica sucede la devolución del cheque y el envío de la información en fechas diferentes, menester es concluir, miradas las normas en su contexto y en sentido teológico, **que el primero de aquellos hechos que llegase a ocurrir será el que determine desde cuando el depositante o cuentacorrentista tuvo conocimiento del pago del cheque falso; (Inclinado y en negrilla fuera de texto)** y es a partir de allí cuando empieza a correr el término otorgado por la ley para dar aviso al banco sobre el pago anómalo, bajo la consecuencia de que si el aviso o notificación se omite o resulta extemporánea cesará la responsabilidad de aquél...”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia de septiembre 9 de 1999, M.P. Dr. JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.

si ocurre la primera hipótesis prevista en el artículo 732 del C. de Co., es decir, que el banco procede a devolver los cheques pagados, antes de enviar el correspondiente extracto bancario, de que habla el artículo 1.391 del C. de Co., el cuentacorrestista deberá dar aviso del mal pago al banco dentro de los tres meses siguientes, so pena de que opere la caducidad.

El fundamento de esta exoneración debe encontrarse en que si bien el banco está obligado a actuar con diligencia en el pago de los cheques, el cuentacorrestista también contrae la obligación de ejercer o llevar un responsable y adecuado control sobre el movimiento de su cuenta y ahí la importancia que tiene el que revise oportunamente las operaciones que aparecen en el extracto que periódicamente envía el banco. El faltar a esta obligación configura culpa por el descuido de su parte.

La responsabilidad del banco, como ya lo hemos afirmado varias veces, no es objetiva, esto es, que proscriba cualquier eximente. Es una responsabilidad subjetiva o por culpa presunta, de la cual puede liberarse el banco cuando demuestra culpa del cuentacorrestista, por ejemplo, en la custodia del talonario de cheques, o cuando acredita que el dueño de la chequera no avisó oportunamente la sustracción ilícita del documento, es decir, antes de ser presentado para su pago, o si la falsificación no es detectable a simple vista.

Las anteriores enumeraciones son a manera de ejemplo y, por lo tanto, no excluyen otras posibilidades, por cuanto son situaciones que buscan orientar al intérprete en el examen del caso concreto y porque dependen de las estipulaciones definidas por las partes al momento de contratar. Los indicios de culpa son numerosos y de su valoración se puede colegir a quién cabe la responsabilidad y por lo tanto el perjuicio.

Del estudio cuidadoso de las anteriores disposiciones del Código de Comercio, podemos concluir que en caso de falsificación o adulteración de un cheque, el banco por regla general responde, especialmente, si se demuestra que: la firma del librador o las alteraciones, raspaduras, borrones...etc., eran notorios, esto es, apreciables a simple vista, que el cheque no correspondía a los entregados al librador directamente por el banco, que no existe culpa del cuentacorrestista, que no hay culpa de factores, dependientes o representantes del cuentahabiente, que existiendo extravío del título se le avisó oportunamente para que tomara las medidas necesarias tendientes a evitar un mal pago o, que existiendo el mal pago, el cuentacorrestista reclamó oportunamente.

Teoría de la concurrencia de culpas

De conformidad con el artículo 2.357 del Código Civil Colombiano, norma que la jurisprudencia y la doctrina han extendido tanto a la responsabilidad contractual como extracontractual “...la apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente...”. Esta norma puede tener dos efectos:

Exoneración total del banco

Si se considera alguna culpa del banco, ella sería consecuencia del cuentacorrentista, ya que como lo dijo la Corte Suprema en fallo de marzo 25 de 1953 “...cuando la culpa del demandado es consecuencia de un hecho culposo de la víctima, no hay responsabilidad alguna por parte de aquél, porque la imprudencia de la víctima, su culpa absorbe, por decirlo así, lo imputado al banco...”²⁷.

Reducción de la condena

En atención a la culpa concurrente, según la doctrina de la Corte, contenida en sentencia del 10 de febrero de 1976 en la que se afirmó: “...Pero como el daño no siempre tiene su origen en la culpa exclusiva de la víctima, o en el descuido único del demandado, sino que, en muchas ocasiones, tiene su manantial en la concurrencia de culpas de uno y otro, en negligencia tanto de la víctima como del autor del perjuicio, entonces, en este último evento, en virtud de la concausa, el demandado no puede ser obligado, sin quebranto de la equidad, a resarcir íntegramente el daño sufrido por la víctima.

Si la acción o la omisión culposa de ésta fue motivo concurrente del perjuicio que sufre, necesariamente resulta ser el lesionado, al menos en forma parcial su propio victimario. Y si él ha contribuido a la producción del perjuicio cuya indemnización demanda, es indispensable que en la parte del daño que se produjo por su propio obrar o por su particular omisión, no debe responder quien solo coadyuvó a su producción, quien, realmente, no es su único autor, sino solamente su partícipe.

Tal es el fundamento racional y lógico del artículo 2.357 del C.C...La total reparación del daño producido, tanto por negligencia de la víctima como por el demandado, no puede exigirse judicialmente de éste, pues habiendo contribuido también a su producción, la propia persona que lo padece, entonces la solución equitativa es la reducir su monto”²⁸.

Cuando haya concurrencia o ausencia de culpa, la responsabilidad recaerá por igual sobre ambos, es decir, habrá concurrencia de culpas y los dos deberán asumir las consecuencias de acuerdo con su grado de irresponsabilidad y negligencia.

Nuestra Jurisprudencia ha acogido esos principios y la multiplicidad de hipótesis juzgadas aparta, por inicuo, el establecimiento de presunciones en contra o a favor de los bancos.

27. G.J Tomo LXXIV, pág. 420.

28. G.J Tomo CLII, pág. 29.

La doctrina contraria es peligrosa viéndola desde la óptica del interés social. Vuelve al depositante un cómplice, por omisión y negligencia frente a los fraudes cometidos contra los establecimientos bancarios.

Todo lo anterior conduce a reafirmar que la responsabilidad depende del resultado de la investigación de la culpa, que se hará de conformidad con los lineamientos generales del procedimiento dentro del litigio correspondiente.

VII. CASOS PRÁCTICOS

Corte Suprema de Justicia, sentencia de septiembre 30 de 1986. Proceso ordinario de Empresas Municipales de Cali contra Banco de Bogotá ²⁹

En este memorable fallo se hace un estudio a fondo sobre la responsabilidad de los bancos por el pago de cheques falsos. Por su gran importancia y claridad nos permitimos transcribir aquí lo más importante que sobre el punto sostuvo la Corte, así:

“...El artículo 391 del Código de Comercio, de manera concreta, se refiere a la responsabilidad contractual por el pago de cheques falsos o alterados, que sitúa el fenómeno, como lo ha sostenido la doctrina de la Corte, en la **presunción contra el banco**, de responder por el pago, “...salvo que el cuentacorrentista haya dado lugar a ello por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes...”, como lo dispone aquél precepto. Sin embargo, no se contrapone a las otras situaciones las disciplinas en los artículos 732 y 733 *ejusdem*, que reglamentan así mismo, con criterio general, la responsabilidad por el pago de cheques falsos o alterados a cargo del Banco, a saber: que el “... 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” (732-1), o que “se debiera a culpa del librador” (732-2), o que “el dueño de una chequera que hubiera perdido uno o más formularios y no hubiera dado aviso oportuno al Banco” en el evento de no ser notoria la falsificación o alteración. (Art.733).

Es decir, el actual ordenamiento mercantil, sin detenerse en la culpa del Banco por el pago de un cheque falso, que en un momento de doctrina de la Corte lo ubicó en el ámbito del riesgo creado³⁰, con fundamento en la preceptiva del artículo 191 de la ley 23 de 1923, reconoce causales de exoneración de responsabilidad teniendo como soporte precisamente el comportamiento del cuentacorrentista, que se puede identificar sobre la calificación del grado de conducta descuidada, constitutiva de culpa, o de las circunstancias que registran los artículos 732 y 733 del Código de Comercio. Entonces el riesgo de la falsificación del cheque lo sufre la entidad bancaria, porque, como se dice, ésta debe pagar, en principio, los cheques emitidos por el librador.

14. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de septiembre 30 de 1986, M.P. Dr ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ.

15. G.J. 1943. 734, sentencia de noviembre 29 de 1976.

En cualquier evento eximente de responsabilidad, corresponde al Banco demostrar la culpa del cuentacorrentista, en cuanto éste se ampara en una amplia suposición frente al deber de aquél, de no pagar un cheque falso o alterado³¹.

Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, D.C., sentencia de julio 8 de 1992. Proceso ordinario de Interfil contra Banco de Occidente

Con ponencia del Dr. *EDGARDO VILLAMIL PORTILLA*, el Tribunal trató el tema de la responsabilidad de los Bancos por el pago de cheques falsos sustraídos al cuentacorrentista, de la siguiente manera:

Responsabilidad de los bancos

Inicialmente el Tribunal aborda el estudio de la responsabilidad de los Bancos, así: “...existe un postulado general de responsabilidad del Banco para con sus cuentacorrentistas por el pago de cheques adulterados. Pero así como puede afirmarse un postulado general de responsabilidad del Banco, también existe una eximente general de responsabilidad para cuando haya culpa del cuentacorrentista...de hallarse incurso el actor en la situación de culpa prevista en los artículos 1391 y 732 del C. de Co., naturalmente vendría la eximente en beneficio del Banco convocado a juicio...Para que pueda aplicarse a plenitud el principio general de responsabilidad a cargo del Banco demandado, previsto en los artículos 1391 y 732 del C. de Co., es necesario examinar la conducta del cuentacorrentista, pues solo si éste cumplió fielmente las obligaciones que le imponen la ley y el contrato, puede invocar la culpa del Banco demandado...”.

Aviso oportuno y falsificación notoria

Finalmente el tribunal analiza el artículo 733 del C. de Co., señalando: “...La Sala advierte que el cuentacorrentista incumplió también con el precepto consagrado en el artículo 733 *ibídem*, pues debió haber noticiado de la pérdida de los cheques y del sello a fin de que el Banco quedara advertido y pudiera adoptar las medidas especiales de sigilo y evitar la consumación del fraude. Como lo señala la norma supracitada no puede el cuentacorrentista objetar el pago si previamente no avisó el extravío de los títulos. Para poder objetar el pago debió acreditar, la parte demandante, que la adulteración de los instrumentos es notoria, lo que no ocurrió...”.

“...naturalmente al empleado bancario profesional le es exigible una cautela y conocimientos especiales, pero no con grado de especial científicidad...como el demandante no probó el carácter notorio de la adulteración ni dio noticia del extravío, no puede objetar ahora el pago hecho...”.

31. Véase en igual sentido fallo de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de octubre 24 de 1994, M.P. Dr. ESTEBAN JARAMILLO SCHOLSS

Culpa del cuentacorrentista

Después el Tribunal estudia la culpa del cuentacorrentista, sobre la cláusula del contrato referente a la custodia de la chequera, afirmando lo siguiente: "...Como se infiere de la disposición contractual transcrita, el cuentacorrentista asumió un deber especial de vigilancia sobre los talonarios de modo que cualquier contingencia nacida del extravío de los mismos le hace responsable. Afirma la Sala la culpa del demandante por violación de la disposición contractual citada, con la seguridad de que su debida observancia hubiera impedido la ocurrencia del hecho. En suma, no es solo la violación del contrato, sino que precisamente, el precepto violado guarda una relación determinante con el resultado producido..."

Cargas de las partes para evitar falsedades y alteraciones en los cheques

Tanto los Bancos como los cuentacorrentistas tienen la carga de lealtad, de buena fe, de probidad, esto quiere decir que los dos deben estar vigilantes para impedir las falsificaciones o alteraciones; dichas cargas podrían ser las siguientes:

Por parte del cuentacorrentista

Entre otras, se encuentran, a manera de ejemplo, la guarda personal e intransferible del talonario de cheques, la emisión de endosos nominativos y el cruzamiento. (Cuando se trata de cheques de grandes cuantías), la comunicación inmediata en caso de extravíos de formularios o talonario de cheques y la abstención en el préstamo de cheques y talonarios a cualquier persona.

Por parte del banco

El banco al momento de pagar un cheque deberá realizar una investigación de la numeración, firma y en general de todo el aspecto formal del cheque, deberá realizar el rechazo de cheques que tengan cierto grado de indicio de adulteración en la cuantía, fecha...etc., además de lo anterior debe exigir la identificación de la persona que presenta el cheque para su pago, exigiendo además número telefónico, dirección de domicilio o residencia... etc., y es desde todo punto de vista conveniente que haga una confirmación telefónica con el titular de la cuenta cuando la cuantía así lo amerite.

La rápida circulación del cheque no permite, máxime en los casos de falsificación de firma, que son los más frecuentes, un examen que no sea susceptible de equivocaciones. El Banco debe emplear la diligencia ordinaria al pagar un cheque presentado en los formatos por él expedidos.

Un examen de conjunto que tenga en cuenta esos requisitos lo exonera de cualquier responsabilidad, solamente la falta grave lo hace responsable ante el girador. No se puede exigir que los Bancos sometan los cheques a un examen pericial grafológico, con microscopios y agentes químicos porque, además de falible, ese

to llevaría mucho tiempo, sería vejatorio y constituiría una práctica contraria a la misma naturaleza del título valor.

Para ubicar si es del caso

Según lo establece esa misma norma legal en su segundo inciso, el derecho del cuenta-correntista a repetir del banco el valor pagado por el cheque falso, caduca si aquél no le hubiere notificado a éste “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”.

Nuestra Corte Suprema de Justicia en sus últimos fallos se ha fundamentado en las disposiciones del Código de Comercio que más detalladamente tratan el asunto basándose en la teoría de la culpabilidad.

Responsabilidad por culpa

La Comisión autora del Código de 1889 no acudió al respecto a la experiencia de las leyes inglesas desde 1856 hasta 1882 ni a las sabias lecciones de los largos debates judiciales de Inglaterra y de los Estados Unidos. Se limitó a copiar los artículos 627 y 628 del proyecto del Dr. *SEGOVIA*, quien lo había tomado a su vez de los artículos 696 y 697 del proyecto de reformas de 1873. El sistema adoptado parte, al parecer, del principio de que entre el librador del cheque y el banco, debe soportar las consecuencias del pago de un cheque falso, el culpable o, en caso de culpa de ambos, el que incurrió en mayor descuido. Pero no se establecen estas reglas expresamente sino que se hace su aplicación a varios casos en que se presume *juris et de jure*, es decir, sin admitir prueba en contrario, quién de las dos partes es la culpable o la más culpable³². Así, en el Código Civil Argentino se establecen tres situaciones en las que el Banco es responsable por presumir la ley *juris et de jure* que se trata de casos en que al pagar el cheque incurrió en negligencia culpable. Esa presunción legal, al decir de muchos, es justa en los tres casos siguientes:

Firma del librador visiblemente falsificada

La presunción de culpa se basa en que los bancos tienen registradas las firmas de sus clientes y en que así, si la falsificación es visible, le fue fácil al Banco constatarla antes de pagar.

Cheques con enmendaduras visibles

La presunción legal es una consecuencia de la prohibición contenida en el numeral anterior.

32. Véase la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil de 9 de diciembre de 1936, M.P. Dr. ANTONIO ROCHA.

Cheque librado en talonario diferente

Finalmente, **se presume la culpa del Banco** cuando el cheque falso pagado no era de los del libro de cheques del girador, porque precisamente, se obliga a entregar dicho libro con

to llevaría mucho tiempo, sería vejatorio y constituiría una práctica contraria a la misma naturaleza del título valor.

Para ubicar si es del caso

Según lo establece esa misma norma legal en su segundo inciso, el derecho del cuenta-correntista a repetir del banco el valor pagado por el cheque falso, caduca si aquél no le hubiere notificado a éste “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”.

Nuestra Corte Suprema de Justicia en sus últimos fallos se ha fundamentado en las disposiciones del Código de Comercio que más detalladamente tratan el asunto basándose en la teoría de la culpabilidad.

Responsabilidad por culpa

La Comisión autora del Código de 1889 no acudió al respecto a la experiencia de las leyes inglesas desde 1856 hasta 1882 ni a las sabias lecciones de los largos debates judiciales de Inglaterra y de los Estados Unidos. Se limitó a copiar los artículos 627 y 628 del proyecto del Dr. *SEGOVIA*, quien lo había tomado a su vez de los artículos 696 y 697 del proyecto de reformas de 1873. El sistema adoptado parte, al parecer, del principio de que entre el librador del cheque y el banco, debe soportar las consecuencias del pago de un cheque falso, el culpable o, en caso de culpa de ambos, el que incurrió en mayor descuido. Pero no se establecen estas reglas expresamente sino que se hace su aplicación a varios casos en que se presume *juris et de jure*, es decir, sin admitir prueba en contrario, quién de las dos partes es la culpable o la más culpable³². Así, en el Código Civil Argentino se establecen tres situaciones en las que el Banco es responsable por presumir la ley *juris et de jure* que se trata de casos en que al pagar el cheque incurrió en negligencia culpable. Esa presunción legal, al decir de muchos, es justa en los tres casos siguientes:

Firma del librador visiblemente falsificada

La presunción de culpa se basa en que los bancos tienen registradas las firmas de sus clientes y en que así, si la falsificación es visible, le fue fácil al Banco constatarla antes de pagar.

Cheques con enmendaduras visibles

La presunción legal es una consecuencia de la prohibición contenida en el numeral anterior.

32. Véase la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil de 9 de diciembre de 1936, M.P. Dr. ANTONIO ROCHA.

Cheque librado en talonario diferente

Finalmente, **se presume la culpa del Banco** cuando el cheque falso pagado no era de los del libro de cheques del girador, porque precisamente, se obliga a entregar dicho libro con

Cheque librado en talonario diferente

Finalmente, **se presume la culpa del Banco** cuando el cheque falso pagado no era de los del libro de cheques del girador, porque precisamente, se obliga a entregar dicho libro con la numeración correspondiente como una garantía contra las falsificaciones.

Concurrencia de circunstancias

No es necesario que las tres circunstancias se encuentren reunidas, es decir, bastará, por ejemplo, que la falsificación de la firma del librador sea visible, sin que sea necesario que el cheque falsificado no pertenezca a la libreta del librador.

“No obstante, es de otra manera cuando el banquero puede establecer que el cliente cuya firma ha sido falsificada ha cometido una culpa o imprudencia; tal es el caso del cliente que deja sin control su carnet de cheques o que permite a sus empleados girarlos en su lugar imitando su firma. Pero conviene que la prueba de una culpa semejante sea dada por el mismo banquero”. (La negrilla y las inclinadas son nuestras).

De lo anterior se desprende que la teoría del riesgo, en principio, hace responsable al banco por el pago de un cheque falso o alterado, no obstante, no excluye la posibilidad de que la entidad financiera pueda probar que por descuido, negligencia o culpa del librador del cheque le fue sustraído, falsificado o alterado y posteriormente cobrado. De lograr la prueba anterior, el banco quedará exonerado de responsabilidad y el pago que éste haya hecho se tendrá como válido y liberatorio.